



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 15563.720018/2013-56
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-001.612 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de março de 2014
Matéria AI PIS COFINS
Recorrente CIA. SULAMERICANA DE TABACOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2009

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO DO LITÍGIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Somente a partir da lavratura do auto de infração é que se instaura o litígio entre o fisco e o contribuinte, podendo-se, então, falar em ampla defesa ou cerceamento dela, sendo improcedente a preliminar de cerceamento do direito de defesa quando concedida, na fase de impugnação, ampla oportunidade de apresentar documentos e esclarecimentos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

JOEL MIYAZAKI - Presidente.

CARLOS ALBERTO NASCIMENTO E SILVA PINTO - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joel Miyazaki (presidente), Winderley Moraes Pereira, Daniel Mariz Gudino, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo e Luciano Lopes de Almeida Moraes.

Relatório

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo abaixo o relatório que compõe a Decisão Recorrida.

Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à empresa qualificada, foram lavrados os seguintes autos de infração:

a) de fls. 425/435, em que são exigidos R\$ 4.603.949,42 de PIS (substituição tributária – cigarros), relativamente ao período de apuração de 01/2008 a 12/2009, além de multa de ofício de 75% e acréscimos legais, em face da apuração de falta de recolhimento da contribuição, consoante descrição dos fatos e enquadramento legal, demonstrativo de apuração da contribuição e demonstrativo de multa e juros de mora, e b) de fls. 436/446, em que são exigidos R\$ 18.132.557,20 de Cofins (substituição tributária – cigarros), além de multa de ofício de 75% e encargos legais, em face da falta de recolhimento da contribuição relativamente ao período de apuração de 01/2008 a 12/2009, consoante descrição dos fatos e enquadramento legal, demonstrativo de apuração e demonstrativo de multa e juros de mora.

Consoante o documento “Termo de Verificação Fiscal”, anexado às fls. 415/420, foi procedida, em atendimento ao MPF-F nº 07.1.03.002011013671 (ciência em 20/10/2011, fl. 7/8), auditoria de IRPJ, IPI, PIS e Cofins, relativamente aos anos de 2008 e 2009.

No que tange às contribuições ao PIS e à Cofins foram realizadas diversas intimações à contribuinte. Como resultado destas intimações, a interessada disponibilizou ao Fisco, dentre outros documentos, seus livros comerciais e fiscais e arquivos digitais relativos às notas fiscais de entrada e saída, dos anos-calandário de 2008 e 2009. Os registros digitais do ano de 2008, porém, segundo apontou a autoridade fiscal, não informavam a data de saída, apesar desta informação constar do corpo das notas fiscais propriamente ditas. Foi, então, em 17/12/2012, lavrada nova intimação (fls. 46/50), solicitando à contribuinte, entre outras ações a disponibilizar a memória de cálculo de apuração do PIS e da Cofins, do período em questão, assim como a apresentação da tabela de preços de venda de seus produtos no varejo.

Em 10/01/2013, a interessada atendeu à intimação acima, entregando demonstrativos das bases de cálculo do PIS e da Cofins dos meses de junho de 2008 e junho de 2009, juntamente com a tabela de preços de venda no varejo do período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009 (fls 57/73).

Na sequência, aduz a autoridade fiscal que como a contribuinte apresentou apenas os demonstrativos das bases de cálculo do PIS e da Cofins dos meses de junho de 2008 e junho de 2009, foi lavrada nova intimação. Nesta, cientificada em 21/01/2013, com prazo de atendimento de três dias, foi solicitado à contribuinte provar que estava amparada judicialmente a apurar as contribuições ao PIS e à Cofins em desacordo com o art. 62 da Lei nº 11.196/2005 e art. 62 da Lei nº 12.024/2009. Foi intimada, ainda, a apresentar cópia da sentença proferida e dos depósitos judiciais, uma vez que a partir de junho de 2008

deixou de efetuar os recolhimentos das contribuições, informando na DCTF que estas estavam suspensas por depósito judicial pelo processo de nº 2008.34.0.0017290.

Foi informado à contribuinte, ainda, que como não identificou na tabela apresentada o preço de venda a varejo dos cigarros MAXXI PRATA – CL II, foi utilizado o preço do FLY II, pelo fato de na classe I tais cigarros possuírem o mesmo preço. A contribuinte foi informada, também, que os cigarros FLY IIIR, que não apresentavam no arquivo digital a identificação da versão (cor/aroma), foi utilizado o menor valor da tabela para o cigarro FLY IIIR. Nesta intimação, a contribuinte foi informada, também, que, in verbis:

Anexamos ao presente a planilha “Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS/Cofins – Lei nº 11.196/05 e Lei nº 12.024/2009”, para que o sujeito passivo se manifeste no prazo acima estabelecido, caso discorde da forma de apuração adotada, ou sobre qualquer outro fato.

Em 25/01/2013, a contribuinte apresentou resposta à intimação acima referida, anexando os documentos referentes às ações judiciais 2008.34.00.017290 e 2007.51.10.0058030.

A autoridade fiscal diz que após analisar os referidos processos verificou que o segundo diz respeito a Mandado de Segurança com o objetivo do reconhecimento do direito de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins e do PIS, em razão da inconstitucionalidade do art. 3º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.718/98.

Após, a autoridade fiscal informa que, com base nas informações apresentadas pela Interessada e dos fatos acima narrados, promoveu o lançamento do crédito tributário de PIS e de Cofins (substituição – cigarros – fabricantes nacionais), por insuficiência de recolhimento das contribuições, conforme valores demonstrados nas planilhas “Diferença a tributar COFINS” (fl. 423/424) e “Diferença a tributar PIS” (fl. 421/422).

Relata a autoridade fiscal que o sujeito passivo não apurou o PIS e a Cofins de acordo com a legislação vigente no período, tendo lavrado, em função disso, a planilha “Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS/Cofins – Lei nº 11.196/05 e Lei nº 12.024/2009” (fls. 77 a 227), na qual os valores devidos de PIS e de Cofins foram confrontados com os valores apurados pela contribuinte nas DCTF para a apuração das diferenças a tributar.

A fundamentação legal informada pela autoridade fiscal é a seguinte:

Art. 3º da Lei complementar nº 70/1991 (Cofins): define que “a base de cálculo da contribuição mensal devida pelos fabricantes de cigarros, na condição de contribuintes e de substitutos dos comerciantes varejistas, será obtida multiplicando-se o preço de venda do produto no varejo por cento e dezoito por cento”;

Art. 5o da Lei nº 9.715/1998 (PIS): determina que “a contribuição mensal devida pelos fabricantes de cigarros, na condição de contribuintes e de substitutos dos comerciantes varejistas, será calculada sobre o preço fixado para venda do produto no varejo, multiplicado por um vírgula trinta e oito”;

Art. 62 da Lei nº 11.196/2005: dispõe que “o percentual e o coeficiente multiplicadores a que se refere o art. 3o da Lei Complementar no 70, de 30 de dezembro de 1991, e o art. 5o da Lei no 9.715, de 25 de novembro de 1998, passam a ser de 169% (cento e sessenta e nove por cento) e 1,98 (um inteiro e noventa e oito centésimos), respectivamente”.

Art. 62 da Lei nº 12.024/2009: estabelece que “o percentual e o coeficiente multiplicadores a que se referem o art. 3º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, e o art. 5º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, passam a ser de 291,69% (duzentos e noventa e um inteiros e sessenta e nove centésimos por cento) e 3,42 (três inteiros e quarenta e dois centésimos), respectivamente”.

Cientificada em 30/01/2013 (fl. 473), a Interessada apresentou impugnação, alegando em síntese o seguinte.

Na descrição dos fatos, afirma que no dia 21/01/2013, uma semana antes da emissão do Auto de Infração, recebeu Termo de Intimação Fiscal para que “no prazo surreal de apenas três dias” se manifestasse, entre outros pontos, se discordava da forma de apuração adotada ou sobre qualquer outro fundamento da planilha “Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS/Cofins – Lei nº 11.196/05 e Lei nº 12.024/2009”, que contém 151 folhas, com 41 linhas e 9 colunas cada uma, em um total de 55.719 dados.

Alega que, por isso, houve cerceamento do direito de defesa, que está disposto no art. 5o, da Constituição Federal. Afirma, outrossim, que, conforme art. 2o da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é dever da Administração Pública agir com razoabilidade e proporcionalidade. Transcreve jurisprudência sobre o princípio da razoabilidade. Repete, então, dados sobre a intimação fiscal a qual deveria atender no prazo de 3 dias, sustentando ser impossível atendê-la no prazo determinado. Argumenta, então, que “efetivamente, não foi concedido à recorrente qualquer prazo para manifestar-se sobre a referida planilha”.

Diz, ainda, que a “Sra. Auditora Fiscal autuante” agiu de forma pessoal, fato que “flagela o princípio constitucional da impessoalidade – cujos indícios estão escancaradamente explícitos a quem quiser vê-los”.

Isso porque, segundo afirma, o período fiscalizado de janeiro de 2008 estaria decaído no dia 1o de fevereiro de 2013, razão pela qual, “embora a fiscalização já transcorresse há mais de quatorze meses, ou a Sra. Auditora Fiscal encerrava a fiscalização até o dia 31/01/2012, ou ela seria responsabilizada por deixar decair pelo menos um mês do tributo com o trabalho em suas mãos”.

Por isso, “para escapar de qualquer responsabilidade funcional pela decadência do mês de janeiro de 2008 em suas mãos, lavrou a referida intimação fiscal concedendo à impugnante o insensato prazo de apenas três dias para um resposta sabidamente impossível de ser dada neste tempo”.

Alega, também, que o Decreto 7.574, de 29 de setembro de 2011, determina o prazo de vinte dias “sempre que for necessário solicitar ao contribuinte informações no seu curso e necessárias ao prosseguimento da fiscalização”. Afirma que os prazos para resposta às intimações não podem estar submetidos à inteira e absoluta discricionariedade dos Auditores Fiscais. Repete que não existe qualquer razoabilidade ou proporcionalidade no prazo de três dias concedidos.

Afirma, ainda, que o cerceamento do direito de defesa “não se elide com esta impugnação, que instaura a fase litigiosa do procedimento, pois a resposta que a impugnante poderia ter dado à intimação fiscal de 21/01/2013 se oportunidade tivesse para tanto – seria levada em consideração, no todo ou em parte, pela Sra. Auditora Fiscal, e, agora, sua decisão estaria sendo atacada nesta irresignação, tomando-se por base os argumentos por ela expendidos para negar aqueles desfavoráveis à recorrente. Portanto, inexoravelmente, esta fase da defesa está suprimida, e não se renova com a fase litigiosa do processo, o que, também, conduz à nulidade de todo o processo fiscal”.

No mérito, afirma, simplesmente, que “ante o cerceamento do direito de defesa imposto à impugnante, fundado nas preliminares arguidas, não há como adentrar na discussão de mérito do Auto de Infração, pelo seu total e absoluto desconhecimento do cálculo dos valores nele insertos”.

Requer que seja declarado nulo o lançamento em função da violação aos princípios da impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade e pela supressão de instância, por não ter lhe sido concedido a possibilidade de se manifestar sobre a planilha encaminhada em 21/01/2013.

Por fim, ressalte-se que nos termos da Portaria SUTRI nº 513 de 24 de abril de 2013, publicada no Diário Oficial de 25 de abril de 2013, a competência para julgamento do referido processo foi transferido para esta DRJ em Curitiba.

Sobreveio decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba/PR, que julgou, por unanimidade de votos, improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido. Os fundamentos do voto condutor do acórdão recorrido encontram-se consubstanciados na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2009

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com cerceamento do direito de defesa.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O direito ao contraditório e à ampla defesa é exercido após a instauração da fase litigiosa do processo administrativo fiscal com a impugnação ao lançamento, não cabendo cogitar-se de cerceamento do direito de defesa no curso da ação fiscal.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPUGNAÇÃO.

A impugnação da exigência é o ato que instaura a fase litigiosa do procedimento fiscalizatório.

PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE.

Não se configura violação aos princípios de proporcionalidade e razoabilidade o estabelecimento de prazo exíguo para a contribuinte se manifestar sobre a apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins durante o procedimento fiscalizatório, uma vez que a fase litigiosa se inicia com a apresentação da impugnação.

PESSOALIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não há nos autos qualquer prova a demonstrar que a autoridade fiscal agiu de forma pessoal durante o procedimento fiscalizatório.

APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. METODOLOGIA.

É clara a metodologia utilizada pela autoridade fiscal para a apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins, tendo esta sido demonstrada para cada item de nota fiscal emitida pela contribuinte.

Inconformada com a decisão, apresentou a recorrente, tempestivamente, o presente recurso voluntário. Na oportunidade, reiterou os argumentos colacionados em sua defesa inaugural.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto

O recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

A lide restringe-se a alegação de cerceamento de direito de defesa decorrente do prazo exíguo de três dias concedido para a recorrente se manifestar, durante o procedimento

fiscal, acerca da planilha “Demonstrativo da Base de Cálculo do PIS/Cofins – Lei nº 11.196/05 e Lei nº 12.024/2009”.

Inicialmente, constata-se que para a recorrente foi concedido o prazo legal de trinta dias, a contar da ciência do auto de infração, para apresentar a impugnação, sendo-lhe assegurado vistas ao processo, bem como a extração de cópias das peças necessárias a sua defesa, caso tivesse interesse.

A recorrente questiona o prazo concedido em meio ao procedimento fiscal preparatório ao lançamento.

Esclarece-se que o procedimento de fiscalização possui cunho eminentemente inquisitório, decorrente do exercício do poder de polícia, inerente ao ato de fiscalizar. Esta etapa, em que ocorre a investigação fiscal, é constituída de medidas preparatórias tendentes a definir a pretensão da Fazenda, procedimentos que conduzem a constituição do crédito tributário.

Após esta etapa, ocorrendo o lançamento, abre-se ao contribuinte a oportunidade de contestação da exigência fiscal, ocasião em que oferece sua impugnação.

A partir daí instaura-se o Processo Administrativo Fiscal propriamente dito, a fase contenciosa, que exige a observância de suas normas regentes, entre elas os princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Este momento inicial, de termino do procedimento fiscal e de abertura do processo, encontra-se devidamente positivado no artigo 14 do Decreto 70.235/72:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Desta forma, o fato de a autoridade fiscal, durante a fase preparatória ao lançamento, ter concedido um prazo exíguo para manifestação da recorrente frente a um documento não configura cerceamento ao seu direito de defesa ou contraditório caso lhe seja concedido outro momento processual para que se manifeste sobre os documentos que embasaram a autuação, notadamente o prazo de trinta dias para a impugnação.

Como já explicitado, além dos prazos concedidos pelo auditor durante a fase fiscalizatória, foi oferecido a recorrente o prazo de trinta dias, a contar da ciência do auto de infração, para apresentar a impugnação e juntar as provas suficientes a elidir o valor autuado pela autoridade fiscal, o que não ocorreu no caso em tela.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto - Relator

Processo nº 15563.720018/2013-56
Acórdão n.º **3201-001.612**

S3-C2T1
Fl. 695

CÓPIA