



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

Processo nº 16095.000723/2007-11
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 3402-000.423 – 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Data 17 de julho de 2012
Assunto Sobrestamento
Recorrente TM DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida DRJ-FORTALEZA (CE)

RESOLVEM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em sobrestrar o julgamento nos termos da Portaria CARF nº 01/2012.

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO – Relator e Presidente Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros João Carlos Cassuli Junior, Silvia de Brito Oliveira, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca, Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva. O Presidente Substituto da Turma assina o presente acórdão em face da impossibilidade, por motivos de saúde, da Presidente Nayra Bastos Manatta.

RELATÓRIO

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de impugnação a exigências fiscais relativas, nesta ordem, a Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS, formalizada no auto de infração de fls. 661/684, totalizando R\$ 24.308.014,17; e à de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social — Cofins, fls. 685/694, perfazendo R\$ 112.203.670,64. O montante constituído por intermédio de cada Auto de Infração,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 13/04/2013 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 1
3/04/2013 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

Impresso em 19/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

referente a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2000 e janeiro de 2006, é composto pelo valor principal acrescido de multa de ofício agravada e juros de mora.

No Auto de Infração relativo ao PIS, fls. 661/684, as parcelas de crédito de tributário são classificadas e discriminadas em quatro grupos distintos, assim denominados:

001 — PIS (SUBSTITUIÇÃO) FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS (SUBSTITUIÇÃO — GASOLINA E DIESEL) (...)

002 — PIS (SUBSTITUIÇÃO) FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS (SUBSTITUIÇÃO — ÁLCOOL)(...)

003 — PIS FATURAMENTO — INCIDÊNCIA CUMULATIVA FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS (INCIDÊNCIA MONOFÁSICA CUMULATIVA— ÁLCOOL)(...)

004 — PIS FATURAMENTO — INCIDÊNCIA NÃO-CUMULATIVA FALTA/INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PIS (INCIDÊNCIA MONOFÁSICA NÃO-CUMULATIVA— ÁLCOOL)(...).

Após sucinta descrição dos fatos (que sempre se reporta ao DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS e ao TERMO DE VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADE FISCAL), para cada uma das parcelas do crédito tributário classificadas como acima, segue-se relação dos períodos de apuração, Valores Tributáveis ou de Contribuição e percentuais de multa aplicados. Na seqüência é apontado o FUNDAMENTO LEGAL, indicando-se os dispositivos legais que a fiscalização entendeu infringidos e que deram ensejo à autuação.

Idêntico agrupamento, por parcelas, do crédito tributário foi adotado no Auto de Infração relativo à COFINS, fls. 685/694. Seguiu-se, igualmente, a mesma metodologia de descrição dos fatos e exposição dos Fundamentos Legais.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO FISCAL, fls. 487/492, a fiscalização:

- Descreve intimações efetuadas no curso da ação fiscal, pelas quais foram requisitados, dentre outros documentos: arquivos de itens de mercadorias/serviços (Entradas) emitidas pela empresa e por terceiros; arquivos de lançamentos contábeis e Tabela de Plano de Contas; Certidão de Objeto e Pé do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.003983-1; arquivos contábeis relativos aos livros Diário, Razão, Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário; todas as notas fiscais de entradas e saídas, a qualquer título de operação, de janeiro de 2000 a maio de 2007; e extratos bancários;

- Relata a emissão de intimações aos principais fornecedores:

(...), com a finalidade de confirmar a origem das vendas efetuadas ao Contribuinte fiscalizado (...), bem como a informação, por escrito, se a TM Distribuidora de Petróleo Ltda., CNPJ 00.429.406/0001-94, havia

se valido da liminar concedida em 05/02/1999 e cassada, em sentença transitada em julgado, em 23/08/2005, nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.003983-1 e, caso dela não se houvesse beneficiado, quais foram as formas de recolhimentos das contribuições devidas ao PIS/PASEP e COFINS.

• Na parte denominada "Verificações Fiscais", narra:

(...)

2- no que se refere ao Programa de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público — PIS/PASEP e da Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social — COFINS, obteve liminar concedida no Mandado de Segurança (MS) nº 1999.61.00.003983-1, mediante decisão exarada em 05/02/1999, e cassada em sentença publicada aos 06/06/2005

(...)

5- Dentre os fornecedores que subsidiaram esta Auditoria Fiscal, a Petrobrás S/A, vendedora de gasolina e óleo diesel, informou, literalmente, que, "no período de janeiro a junho de 2000 a empresa supracitada se valeu do Mandado de Segurança 1999.61.00.003983-1", conforme carta-resposta de 13/06/2007, em anexo. Nos períodos subsequentes, a partir de julho de 2000, com a entrada em vigor da Lei nº 9.990, de 21/07/2000, combinada com o art. 42 da MP 2.158-35/2001, o PIS e a COFINS passaram a ser devidas pelas refinarias de uma só vez em toda a cadeia de produção e distribuição.

6- No que se refere ao álcool carburante, o Contribuinte, na qualidade de comerciante atacadista deste produto, no período de janeiro a junho de 2000, era substituto tributário na cadeia econômica, por força art. 17, inc. I, da Lei 9.718/98 c.c. art. 92, inc. II, da MP 2.158-35/01, o único responsável pela arrecadação das contribuições ao PIS e a COFINS.

7- Com suporte no Demonstrativo de Tributos com Base na Escrituração da Pessoa Jurídica, entregue a Fiscalização, em 11/07/2007, mediante protocolo, podemos concluir que o Contribuinte, no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2006, não efetuou recolhimentos a título de contribuições ao PIS e a COFINS, fato este confirmado pelas consultas aos sistemas informatizados desta Secretaria para os tributos relativos ao Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), para o período de vigência da Medida Liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.003983-1, compreendendo os meses de fevereiro de 1999 a julho de 2000, e, também, verificamos que não ocorreram informações espontâneas em Declaração de Contribuições e Tributos Federais (DCTF) e, consequentemente, recolhimentos através de Documentos de Arrecadação Federal (DARF).Foram pesquisados para o período de 01/02/1999 a 30/09/2006, inclusive, a ocorrência de recolhimentos nos diferentes códigos do PIS e COFINS, envolvendo vendas de combustíveis em nome do Contribuinte, sem que se encontrasse qualquer valor relevante. Ademais, as DIPJs e DCTFs não apresentam valores declarados dos mesmos tributos para o último período citado.

8- Valendo-nos dos arquivos magnéticos e cópias de notas fiscais emitidas pelos principais fornecedores, cujas cópias se prestam como provas anexadas das operações com gasolina e diesel para fevereiro a junho de 2000, e álcool combustível, para o período de Janeiro de 2000 a janeiro de 2006, elaboramos o Demonstrativo de Apuração do PIS/PASEP e da COFINS, em anexo, parte integrante e indissociável deste Termo de Verificação de Infração Fiscal.

• No trecho do TERMO DE VERIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO FISCAL intitulado "Infrações Fiscais", a fiscalização pormenorizou os dispositivos legais que entendeu infringidos, para cada um dos autos de infração, seguindo a mesma denominação ali adotada para cada componente do crédito. Feito isto, concluiu:

9- Em virtude do Contribuinte não haver declarado em DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica), e, consequentemente, em DACON (Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais), instituído pela IN SRF nº 387/2004, em substituição ao Demonstrativo de Apuração da Contribuição ao PIS/PASEP não-cumulativo — DAPS, instituído pela IN SRF 365/2003), e, em DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Federais, criada pela IN SRF 129/86 e legislação complementar), bem como, pelos não recolhimentos como consequência da cassação da liminar do Mandado de Segurança, em sentença exarada nos Autos de nº 1999.61.00.003983-1, as multas foram agravadas de 75% para 150%:

a) no caso das contribuições ao PIS/PASEP, com supedâneo no artigo 10, parágrafo único, da Lei Complementar 70/91 e art. 44, I c/c o § 1º da Lei 9.430/96.

b) para as contribuições a COFINS nos artigos 86,§ 1º, da Lei 7.450/85 e art. 44, inc. II da Lei nº 9.430/96.

(...)

No DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS, fls. 493/599 e 602/646, a fiscalização relaciona, para cada Nota Fiscal, o CNPJ do fornecedor, a data de emissão, a quantidade e o tipo do produto, os valores unitário e total do produto, o período de apuração, a base de cálculo, e, para cada contribuição, a alíquota aplicável e o valor devido.

A contribuinte foi notificada, fl. 700, em 02/01/2008, via postal, do teor de cada Auto de Infração, do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO PIS/PASEP E DA COFINS e do TERMO DE VERIFICAÇÃO DE INFRAÇÃO FISCAL, tendo apresentado, em 01/02/2008, impugnação aos autos de infração, fls. 703/723, na qual, em síntese:

I. Em preliminar, alega falta de motivação dos autos de infração, clamando pela sua declaração de nulidade. Diz:

Com a análise do Auto de Infração ora combatido, verificamos, facilmente, que este carece de fundamentação.

Vejamos.

O moderno Estado de Direito tem como um dos seus mais firmes e importantes alicerces os princípios da ampla defesa e do contraditório. Tamanha é a relevância dessas matrizes, que elas estão cristalizadas em nossa Constituição Federal sob a forma de cláusulas pétreas, isto é, absolutamente insuprimíveis.

(...) A fundamentação precisa e bem acabada, como corolário do princípio da ampla defesa e do contraditório, é imprescindível a aplicação da penalidade pretendida pelo Agente Fiscalizador.

(...)

Face ao exposto, a presente preliminar deve ser acolhida, para que seja declarado NULO o Auto de Infração contra a Impugnante, eis que não está devidamente fundamentado, dificultando ou até mesmo impossibilitando a impugnação específica do lançamento tributário. (Os grifos são originais. Há citações a acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes).

2. Ainda, em preliminar, alega o transcurso do prazo decadencial para os fatos geradores ocorridos até janeiro de 2003, com suporte no fato de que a ciência deu-se em 02/01/2008. Argumenta que por se tratar de hipótese de lançamento por homologação deve-se aplicar na apuração do prazo decadencial a regra do artigo 150, §4º do CTN. Cita decisões administrativas e do Superior Tribunal de Justiça que entende favoráveis sua tese;

3. Quanto ao mérito, alega que a Lei no 9.718, de 27 de novembro de 1998, por intermédio de seus artigos 2º e 3º:

(...) ampliou a hipótese de incidência e as bases de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que quebrou o vínculo existente entre receita-faturamento e a atividade prevista no objeto social da empresa através da inclusão de qualquer receita independentemente de sua classificação contábil, infringindo o texto Constitucional vigente na época de sua promulgação.

4. Afirma, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 357.950:

(...) firmou o posicionamento de que o conceito de receita foi inconstitucionalmente alargado, valendo-se da totalidade das receitas das operações das empresas.

5. No mesmo diapasão, pede a exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS, citando precedente do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 240.785/MG;

6. Assevera o descabimento da multa de 150%, vislumbrando ofensa ao artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Cita posicionamento do STF, segundo o qual tal vedação atingiria as multas decorrentes de obrigações tributárias. Em complemento ao seu raciocínio, cita julgados da Corte Máxima em que não se admitiu multa em percentuais superiores a 20% ou 30%;

7. Por fim, defende que a taxa SELIC é inaplicável para o cálculo dos juros de mora, afirmando contradição ao comando do artigo 161 do CTN.

Este foi o relatório da primeira instância.

Diante dos fatos contidos nos autos, a Quarta Turma da Delegacia de Julgamento Campinas (SP) julgou o lançamento procedente em parte, nos termos do Acórdão nº 05-24282, de 01 de dezembro de 2008, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 31/01/2000 a 31/01/2006

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO DE (OFÍCIO). Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que não há recolhimento, o prazo decadencial de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

PIS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. A base de cálculo do PIS é o faturamento do mês, nele incluindo-se o ICMS.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. CONFISCO. O percentual da multa de ofício aplicada decorre de lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-lo sob a alegação de confisco.

DECLARAÇÃO INEXATA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Caracterizada a sonegação pela prática reiterada de informação, na DCTF, de valores muito aquém daqueles efetivamente devidos, é aplicável a multa qualificada por evidente intuito de fraude.

JUROS DE MORA. SELIC. A aplicação de juros com base na taxa Selic decorre de lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-la.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2000 a 31/01/2006

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que não há recolhimento, o prazo decadencial de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do

exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. A base de cálculo da Cofins é o faturamento do mês, nele incluindo-se o ICMS.

MULTA DE OFICIO. LEGALIDADE. CONFISCO. O percentual da multa de ofício aplicada decorre de lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-lo sob a alegação de confisco.

DECLARAÇÃO INEXATA. EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. MULTA QUALIFICADA. Caracterizada a sonegação pela prática reiterada de informação, na DCTF, de valores muito aquém daqueles efetivamente devidos, é aplicável a multa qualificada por evidente intuito de fraude.

JUROS DE MORA. SELIC. A aplicação de juros com base na taxa Selic decorre de lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-la.

Lançamento Procedente em Parte

A Turma de Julgamento recorreu de ofício nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235/72 e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97 e Portaria MF nº 03/2008.

Descontente com a decisão de primeira instância, o sujeito passivo protocolou o recurso voluntário, valendo-se dos mesmos fundamentos jurídicos apresentados na impugnação, cuja síntese abaixo descrevo:

- a) É patente o cerceamento do direito à ampla defesa, tendo em vista que a Delegacia de Julgamento da Campinas/SP não apreciou todos os fundamentos aduzidos na Impugnação, sob a alegação que não cabe o exame de constitucionalidade/illegalidade de lei por Autoridade Administrativa;
- b) É vedado ao Fisco exigir o recolhimento do PIS e da Cofins até janeiro de 2003 – já que a corrente foi cientificada do Auto de Infração em 02/01/2008, diante do manifesto transcurso do prazo decadencial;
- c) A Lei nº 9.718/98 de 27 de novembro de 1998, ampliou a hipótese de incidência e as bases de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que quebrou o vínculo existente entre receita e faturamento e a atividade prevista no objeto social da empresa através da inclusão de qualquer receita independentemente de

sua classificação contábil, infringindo o texto Constitucional vigente na época de sua promulgação;

d)

Deve a presente acusação fiscal adequar-se ao posicionamento firmado pelo Colendo STF, procedendo-se o novo cálculo da contribuição supostamente devida, excluindo-se o ICMS de sua base de cálculo; e

e)

A multa estipulada no presente caso é absolutamente desarrazoada e abusiva, conforme demonstrado e repelido pelos Tribunais Pátrios, razão pela qual, deve ser afastada.

Termina sua petição recursal, requerendo a reforma da decisão vergastada e o cancelamento do auto de infração lavrado.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Gilson Macedo Rosenburg Filho, Relator.

Preliminarmente, é sobremodo importante assinalar que uma das matérias discutidas nos autos diz respeito à inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para a Cofins.

Essa matéria encontra-se com Repercussão geral reconhecida em 25/04/2008 (no RE nº 574706 de relatoria da Ministra Cármem Lúcia, o que impõe o sobrerestamento do julgamento do recurso nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 62 A do CARF que expressamente determina que:

"Art. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrerestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestrar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

§ 2º O sobrerestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes."

Isto posto, voto no sentido de sobrestrar o julgamento do presente recurso, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 62A do CARF até que seja proferida decisão definitiva pela Suprema Corte.

É como voto.

Sala das Sessões, 17/07/2012

Gilson Macedo Rosenburg Filho

CÓPIA