



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

Processo nº 19647.010995/2004-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3401-004.460 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - PIS/COFINS
Recorrente ORGANIZAÇÃO DE PETRÓLEO SHOPPING LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA

Estando o ato administrativo do lançamento revestido de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA NA ETAPA ANTERIOR.

As Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social e para o Programa de Integração Social incidirão sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei, cujos valores são registrados pela contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO COM SUPOSTO EFEITO CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Não há esse Tribunal como afastar a aplicação da multa de ofício prevista na legislação ordinária por suposto vício de constitucionalidade.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA

Estando o ato administrativo do lançamento revestido de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA MONOFÁSICA NA ETAPA ANTERIOR.

As Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social e para o Programa de Integração Social incidirão sobre o faturamento do mês,

deduzidas as exclusões previstas em lei, cujos valores são registrados pela contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO COM SUPOSTO EFEITO CONFISCATÓRIO. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Não há esse Tribunal como afastar a aplicação da multa de ofício prevista na legislação ordinária por suposto vício de constitucionalidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, acolhendo o resultado da diligência.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

TIAGO GUERRA MACHADO - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (presidente da turma), Leonardo Ogassawara de Araújo Branco (vice-presidente), Robson José Bayer, Renato Vieira de Ávila (suplente convocado), Marcos Roberto da Silva (suplente convocado em substituição a conselheira Mara Cristina Sifuentes, ausente justificadamente), André Henrique Lemos e Tiago Guerra Machado. Ausente ocasionalmente o Conselheiro Fenelon Moscoso de Almeida.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. e seguintes), contra decisão da DRJ/Recife, referente a lançamento de ofício de PIS e COFINS devidos pela Recorrente durante o período compreendido entre janeiro de 1999 a junho de 2004.

Dos Lançamentos de Ofício

Foram lavrados Autos de Infração (fls. 9 e seguintes) em razão de suposto recolhimento a menor pelo contribuinte referente ao PIS e à COFINS. Conforme Termo de Constatação, verificou-se que:

Foi verificado através da análise da documentação contábil e fiscal apresentada, que a empresa deixou de recolher e declarar parte das contribuições para com a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) nos períodos de apuração janeiro/1999 a junho/2004, nos meses em que ocorreram diferenças, conforme pode ser verificado em demonstrativos em anexo extraídos do Sistema Papeis de Fiscalização e Planilhas demonstrativas em anexo.

Em relação ao PIS (Contribuição para o Programa de Integração Social), a empresa também deixou de recolher e declarar parte da Contribuição para com o PIS

nos períodos de apuração janeiro/1999 a junho/2004, período esse que foi objeto de análise.

Como a empresa é uma PJ tributada pelo imposto de renda pelo Lucro Real, apuramos o PIS e a COFINS não cumulativos, de acordo com a MP 66/2002 convertida na Lei 10.637/2002 e MP 135/2003 convertida na Lei 10.833, de 29/12/2003.(...). Foi efetuada Planilha de Apuração das Bases de Cálculo e Planilhas de Apuração das deduções geradoras de crédito baseadas nos livros Razão e Diário (cópias em anexo), onde discriminamos os valores que deram origem a tais créditos de acordo com a legislação em vigor. Os valores geradores de créditos foram considerados apenas para as receitas que compuseram a base de cálculo das contribuições para com o PIS e a COFINS, considerando a proporcionalidade das receitas no que se refere a energia elétrica, a partir de fevereiro/2003 conforme determina o art.3º (alterado pelo art.25º da Lei 10.684/2003, que incluiu o inciso IX) da Lei 10.637/2002 e art. 29, II, da Lei 10.684/2003.

Da Impugnação

Às fls. 707, o contribuinte apresentou impugnação onde defendeu que as bases de cálculo apuradas pelo auditor estavam equivocadas:

A base legal para a autuação levada a efeito contra a empresa foi a diferença entre os valores declarados e escriturados pela empresa em relação ao Faturamento utilizado como base de cálculo do PIS e COFINS. Foram levantadas, conforme demonstrado no auto de infração e anexos, diferenças no valor das bases de cálculo informadas pela empresa e as apuradas pela fiscalização entre os anos de 1999 e 2004.

No entanto, como pode ser facilmente verificado na planilha demonstrativa da situação fiscal apurada, só existem valores de débitos significativos (que respondem por mais de 90% de toda a autuação) em relação a alguns meses dos anos de 2000 e 2001. Note-se que em todos os outros anos os valores de débitos são insignificantes e relacionam-se, muito provavelmente a erros na elaboração dos demonstrativos aos quais não nos pareceu útil contestar.

Entretanto, em relação, especificamente, ao ano de 2000 pudemos apurar com toda a segurança que os valores apurados pela fiscalização não condizem com a realidade de faturamento da empresa. Para tanto apresentamos em anexo o livro que registra a movimentação diária de combustível da empresa, onde pode ser constatado todo o valor relativo ao faturamento advindo da comercialização de combustíveis. Apresentados, também, as cópias de todas as notas fiscais de venda de mercadorias que são comercializadas pela empresa, indicando que os valores apurados com a venda de mercadorias diversas no livro de ICMS foram, em verdade oriundo de venda de combustíveis e não destas mercadorias.

(...)

A partir dos dados acima mencionados, elaboramos planilhas demonstrativas das verdadeiras bases de cálculo utilizadas pela empresa, onde demonstramos, em separado, o valor da base de cálculo relativa à venda de combustíveis, o valor relativo a venda de mercadorias diversas, o valor relativo às receitas não-

operacionais e, finalmente, o valor relativo à venda de cigarros. Apurados esses valores constata-se que, em verdade, as bases de cálculo apuradas pela fiscalização utilizando-se simplesmente do livro de apuração do ICMS estão equivocadas, haja vista que os dados transcritos para aquele livro estão equivocados.

Nesse sentido, a Recorrente entendera que a base de cálculo utilizada para o lançamento das contribuições por ela devidas teria incluído – erroneamente – receitas de venda de combustíveis, cuja incidência já ocorrera de forma concentrada (incidência monofásica) nas refinarias fornecedoras; bem como de receita de revenda de cigarros (também sujeita à incidência monofásica), que estariam fora do campo de incidência das contribuições sociais sobre a receita bruta, seja na modalidade cumulativa, seja na modalidade não-cumulativa.

Além disso, arguiu pela nulidade do auto de infração pelo suposto cerceamento de defesa, e ainda que a multa de ofício, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento) representaria prática confiscatória, o que seria vedado nos termos da Constituição Federal.

Da Decisão de Primeiro Grau

Sobreveio o acórdão da DRJ/Recife que manteve o auto de infração na sua integralidade, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2000, 01/02/2001 a 31/12/2002, 01/02/2003 a 30/04/2003, 01/07/2003 a 31/12/2003, 01/06/2004 a 30/06/2004

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.

BASE DE CÁLCULO.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e para o Programa de Integração Social incidirá sobre o faturamento do mês, deduzidas as exclusões previstas em lei, cujos valores são registrados pela contribuinte.

MULTA DE OFÍCIO.

A multa a ser aplicada em procedimento ex-officio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2000, 01/02/2001 a 31/12/2003, 01/06/2004 a 30/06/2004

PERÍCIAS. DILIGÊNCIAS.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Lançamento Procedente

Da decisão, destaco os seguintes trechos:

(a) Sobre o cerceamento de defesa:

9. Logo se vê que o presente caso não se enquadra em nenhum dos itens do artigo acima transcrito. Não há a incompetência de que tratam os itens I e II, e não se pode falar em preterição do direito de defesa na fase de lançamento, pois na fiscalização, o autuante faz a verificação do cumprimento das obrigações tributárias e, sendo o caso, apura, através do Auto de Infração, o valor do crédito tributário, intimando o contribuinte a recolher ou impugnar o montante apurado. Não há cerceamento ao direito de defesa, uma vez que foi verificado nos autos ter havido a descrição dos fatos e todas as provas que fundamentaram a autuação.

(b) Sobre os supostos erros cometidos pela Fiscalização na fixação na base de cálculo das contribuições

10. A fiscalização se posicionou corretamente quando informou à contribuinte que se algum engano cometesse no levantamento da base de cálculo, que a mesma fizesse a sua demonstração na defesa e juntasse a este demonstrativo a prova em que se baseava para comprovar o erro. Não há, portanto, que se falar em cerceamento ao direito de defesa na fase do procedimento fiscal.

11. A Contribuinte alega que 90% de suas vendas é de combustível e que em alguns meses dos anos de 2000 e 2001 como pode ser verificado na planilha demonstrativa da situação fiscal apurada, só existem valores de débitos significativos (que respondem por mais de 90% de toda a autuação) em relação a alguns meses dos anos de 2000 e 2001. E, ainda, que em todos os outros anos os valores de débitos são insignificantes e relacionam-se, muito provavelmente a erros na elaboração dos demonstrativos aos quais não nos pareceu contestar. Em relação ao ano de 2000 os valores apurados pela fiscalização não condizem com a realidade de faturamento da empresa, pois, o faturamento da venda de combustíveis já tem a tributação do PIS e COFINS realizada diretamente na refinaria. Este argumento não prospera, uma vez que a Auditora foi devidamente diligente retirando toda a receita de vendas dos derivados de petróleo, do álcool com fins carburantes, como também da receita de vendas de cigarro, como se pode verificar nas planilhas, de fls. 29/36, só levando à tributação o resultado das outras vendas de mercadorias e de outras receitas, apurados de acordo com os livros contábeis e fiscais e à luz da legislação em vigor.

12. A Contribuinte alega, porém não comprova com demonstrativo e documentação hábil o erro que teria havido na escrituração do livro de registro de apuração do ICMS e demais livros apresentados. A base de cálculo foi obtida da escrituração da empresa e está toda demonstrada nas planilhas de "Apuração de Débito", "Pagamentos", "Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada", acostadas ao presente processo.

(c) Sobre o caráter confiscatório da multa de ofício de 75%

15. Sobre a multa aplicada, é a MULTA DE OFÍCIO. Esta é penalidade pecuniária e, como toda e qualquer penalidade, deve ser graduada na exata medida em que constranja o infrator a abster-se da prática da ilicitude, que a penalidade visa coibir.

16. Quanto à pretensa violação à Constituição Federal, em seu art. 150, IV, cabe invocar a vinculação da Administração Pública, de maneira que se encontra este julgador impedido de apreciar a constitucionalidade dos atos legais, cabendo apenas o dever de executar a ordem disposta na norma de regência, que no caso é o art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996:

17 A esse respeito, cumpre ressaltar inicialmente, que a autoridade administrativa não tem competência para decidir sobre a inconstitucionalidade ou a ilegitimidade de lei, matéria reservada ao Poder Judiciário. O órgão administrativo não é o foro apropriado para discussões dessa natureza, salvo nos casos autorizados por disposições legais, regulamentares ou normativas, baixadas por autoridade superior competente – de conformidade com o estatuído no art. 4º do Decreto nº 2.346, de 10/10/1997 -, nos quais não se insere a presente matéria.

21. A autoridade lançadora, portanto, não deve e nem pode fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é "atividade administrativa plenamente vinculada". O que é determinante para a efetivação do lançamento é a ocorrência do fato gerador, e não a repercussão da exigência no patrimônio do contribuinte. Conforme o art. 142 do CTN, ocorrido o fato gerador, a autoridade fiscal deve constituir o crédito tributário, calculando a exigência de acordo com a lei vigente à época do fato, sendo irrelevante sua repercussão na situação econômico-financeira do sujeito passivo.

24. Deste modo, a multa de ofício deve ser aplicada sempre que o contribuinte deixar de recolher ou recolher a menor algum tributo ou contribuição devidos. Assim, é cabível a multa no lançamento de ofício.

25. No presente caso, a autuada incidiu, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, cuja a multa de ofício é de 75%.

(d) Sobre o pedido de diligência:

30. Neste ponto, considerando que o pedido de diligência/perícia está devidamente esclarecido nos autos, verificamos ser desnecessária a realização de diligência e ou perícia por não restar dúvidas acerca dos elementos presentes no processo, restando plenamente esclarecida a questão.

Do Recurso Voluntário

Irresignado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário a esse Tribunal administrativo, reprisando as teses da impugnação, e solicita que, do valor do crédito tributário em discussão, seja descontado o montante de R\$ 165.448,86, que teria sido recolhido durante o curso do presente processo, em 12.9.2005.

Da Resolução 3401-00.236 e da subsequente Diligência

O presente foi distribuído a essa Turma, sob a relatoria do Conselheiro Fernando Marques Cleto Duarte e, por ocasião da sessão de 04.02.2011, foi resolvido pelo colegiado, nos termos da Resolução ditada pelo relator (fls. 11.529 e seguintes), converter o julgamento do recurso em diligência, para verificação dos erros apontados pela Recorrente quanto à base de cálculo utilizada no lançamento (inclusão de receitas sujeitas à incidência monofásica) e da análise do pagamento aludido acima.

Como consequência, os autos foram encaminhados à origem para cumprimento da diligência proposta, pelo que foi emitido respectivo Relatório às fls. 11.748 e seguintes, juntado ao presente, e devolvido a essa Turma para novo julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tiago Guerra Machado

Da Admissibilidade

Em vista de minha análise ocorrer após o retorno da diligência proposta na última sessão de julgamento referente a esse processo, entendo que o juízo de admissibilidade já fora efetuado no momento anterior, sendo desnecessária nova análise.

Porém, antes de atacar o mérito do Recurso interposto pela contribuinte, já com as conclusões da diligência, é necessário analisar a preliminar de nulidade do lançamento oposta pela Recorrente e que não fora ainda objeto de escrutínio por esse colegiado.

Alega a recorrente que teria havido cerceamento de defesa em razão de

Contudo, observando-se os autos do processo, percebe-se, ainda que o termo de verificação tenha sido sucinto, todas as planilhas de cálculo que compuseram o lançamento de ofício foram colacionadas aos autos, permitindo ao contribuinte verificar os motivos pelos quais a autoridade fazendária formou o crédito exigido.

Com isso em mente, inexistindo os elementos previstos no artigo 59, do Decreto-Lei 70.235/1972, afasto a preliminar trazida pelo Recorrente.

Quanto ao mérito

Nos termos das conclusões exaradas no relatório de diligência, verifica-se que houve apenas erros no lançamento feito pela fiscalização referente aos períodos de apuração ocorridos durante o ano 2000.

Na planilha elaborada pela unidade, esses foram os valores calculados corretamente:

DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PIS/COFINS APÓS AS CORREÇÕES - AC 2000

FATO GERADOR (A)	BASE DE CÁLCULO APURADA (B)	COFINS APURADA 3% (C)	PIS APURADA 0,65% (D)	COFINS DECLARADA (E)	PIS DECLARADA (F)	COFINS A PAGAR (G)=(C)-(E)	PIS A PAGAR (H)=(D)-(F)
31/01/2000	72.240,77	2.167,22	469,57	1.320,67	286,12	846,55	183,45
28/02/2000	317.875,75	9.536,27	2.066,19	1.395,70	302,40	8.140,57	1.763,79
31/03/2000	66.233,22	1.987,00	430,52	1.198,29	259,63	788,71	170,89
30/04/2000	55.435,82	1.663,07	360,33	551,92	119,58	1.111,15	240,75
31/05/2000	35.587,24	1.067,62	231,32	670,14	145,20	397,48	86,12
30/06/2000	155.655,63	4.669,67	1.011,76	884,87	191,72	3.784,80	820,04
31/07/2000	25.819,64	774,59	167,83	696,46	150,90	78,13	16,93
31/08/2000	51.420,03	1.542,60	334,23	631,60	136,85	911,00	197,38
30/09/2000	64.548,86	1.936,47	419,57	666,07	144,31	1.270,40	275,26
31/10/2000	56.125,31	1.683,76	364,81	425,63	92,22	1.258,13	272,59
30/11/2000	42.182,82	1.265,48	274,19	736,92	159,66	528,56	114,53
31/12/2000	38.043,84	1.141,32	247,28	695,36	150,66	445,96	96,62
TOTAL	981.168,93	29.435,07	6.377,60	9.873,63	2.139,25	19.561,44	4.238,35

FONTE: Livros Razão/Diário e Livros LMC - AC 2000

No lançamento original, os valores lançados somavam cerca de R\$ 142 mil.

Vejamos:

FATO GERADOR (A)	COFINS LANÇADA 3% (C)	PIS LANÇADA 0,65% (D)
31/01/2000	5.411,84	1.152,46
28/02/2000	14.871,15	3.222,09
31/03/2000	9.055,52	1.962,03
30/04/2000	7.762,62	1.681,90
31/05/2000	7.234,41	1.567,46
30/06/2000	8.738,97	1.893,45
31/07/2000	9.044,99	1.958,59
31/08/2000	9.140,64	1.980,47
30/09/2000	8.310,69	1.800,66
31/10/2000	11.964,51	2.592,32
30/11/2000	12.385,47	2.683,53
31/12/2000	13.415,85	2.906,78
TOTAL	117.336,66	25.401,74

FONTE: Autos de Infração - AC 2000

Nesse sentido, merece ser reformada a decisão recorrida para cancelar parcialmente o lançamento efetuado para ajustar o crédito tributário – e respectivos consectários de mora – aos valores encontrados pela diligência fiscal.

Quanto ao valor pago posteriormente pela Recorrente, no curso do processo, acolho o entendimento exarado pelo Relatório da unidade de origem para que tal montante seja imputado ao contribuinte, no momento que o crédito tributário for liquidado para fins de exigência e cobrança administrativa ou judicial.

Com relação à inconstitucionalidade da multa de ofício, é forçoso dizer que não cabe a essa corte administrativa afastar a aplicação de lei ou tratado sob o argumento de inconstitucionalidade, nos termos das restrições legais e regimentais (Súmula CARF nº 2), e mesmo constitucionais, que limitam a competência e legitimidade para exercício do controle de constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário e Poder Legislativo.

Diante disso, e inexistindo decisão judicial transitada em julgado sob os efeitos do artigo 543-B e 543-C, do antigo Código de Processo Civil, não tomo conhecimento da tese suscitada pela Recorrente quanto a não aplicação da multa de ofício no percentual de 75%.

Nesse sentido, tomo conhecimento do presente recurso, porém dou-lhe parcial provimento.

Tiago Guerra Machado - Relator