



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

Processo nº 10120.006619/2002-95
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3402-000.546 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 21 de maio de 2013
Assunto Sobrestamento
Recorrente Opção 10 Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda
Recorrida DRJ Brasília (DF)

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

(assinado digitalmente)

GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO – Relator e Presidente Substituto.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Fernando Luiz da Gama Lobo D Eca, Silvia de Brito Oliveira, Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente) e Luiz Carlos Shimoyama (suplente).

RELATÓRIO

Como forma de aclarar os fatos acontecidos até a propositura da impugnação pelo sujeito passivo, reproduzo o relatório do acórdão açoitado, *verbis*;

Trata-se de auto de infração de PIS, anos-calendário 1997 a 2002, lavrado em 02/08/2002, no montante de R\$ 355.305,03, fls. 354/369.

Em procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte foi lavrado auto de infração nos termos do art. 926 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, tendo em vista que foi apurada a infração a seguir descrita:

DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO DE PIS

Durante o procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados/recolhidos a título de PIS quando comparados com os valores de Receita escriturados no Livro de Registro de Apuração de ICMS.

Foram apuradas divergências entre valores de Receita contidos na escrituração do livro fiscal de Registro de Apuração de ICMS, fls. 204/352, na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica — DIRPJ e na Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, fls. 137/200.

O contribuinte deixou de recolher parte do PIS, ao utilizar como base de cálculo para a apuração da contribuição somente fração do faturamento escriturado nos livros fiscais.

Para confirmar tal situação, o contribuinte prestou informações inexatas nas Declarações de 1997 e 1998, declarando faturamento a menor que os valores escriturados na coluna de saídas de mercadorias do livro fiscal, subtraídos das devoluções de vendas, fls. 209/258, somando aos valores de outras receitas informados pelo próprio contribuinte nas planilhas de fls. 35/37 e 50/52.

Para os anos-calendário de 1999 a 2001 o contribuinte continuou a efetuar recolhimentos de PIS em montantes inferiores aos devidos, levando-se em consideração os valores de faturamento extraídos do livro de Registro de Apuração de ICMS, fls. 259/340, e os de outras receitas informados pelo próprio contribuinte nas planilhas de fls. 40/48 e 128/129. O contribuinte apresentou DCTFs apenas para o 1º e 4º trimestres de 2001, fls. 193/200, deixando de apresentar as dos demais períodos, mesmo depois de intimado a fazê-lo, fls. 123/124.

Assim, ao se efetivar a comparação entre os valores escriturados de os declarados, conforme Demonstrativo de Diferença na Receita Total, fls. 56/57, pode-se observar que os valores declarados são, em média, 30% dos escriturados, evidenciando-se o intuito de fraude contra a ordem tributária.

Esses procedimentos demonstraram para a fiscalização, a consciência da conduta do contribuinte, visando eximir-se do pagamento de parte dos tributos, neste caso o PIS, pela omissão de declaração sobre

grande parcela do faturamento da empresa, constituindo, desta forma, crime contra a ordem tributária prevista no art. 2º, inciso I, da lei 8.137/80. Por este motivo a multa de ofício foi qualificada para 150%.

Às fls. 60/73, contam os demonstrativos do PIS devida, apurada a partir dos valores reais de faturamento, extraídos do livro fiscal de Registro de Apuração de ICMS e das informações prestadas pelo contribuinte, diminuído dos valores declarados em DIRPJ, DCTF e/ou pagos.

Das alegações da impugnante

Das Preliminares

DA PRORROGAÇÃO DO MPF

A autuada alega inicialmente haver ocorrido "vício na prorrogação do MPF, posto que a data inicial para conclusão dos trabalhos era 20/12/2001 e foi prorrogada intempestivamente com 07 dias de atraso, estando, pois, extinto pelo decurso do prazo a que se refere.

Para fortalecer sua defesa a impugnante traz a reprodução de acórdãos exarados por esta Secretaria cujas ementas têm o seguinte texto:

"Mandado de Procedimento Fiscal — MPF — Extinção por decurso de prazo — Vício de Forma — Nulidade do Lançamento — Extinto o MPF-Fiscalização por decurso de prazo, a Portaria da SRF nº 1.265/99 determina que outro MPF deve ser emitido e que outro Auditor Fiscal seja designado, que não aquele(s) do mandado extinto. Afigura do MPF-Complementar, além de emitido em data posterior ao prazo de fiscalização consignado no MPF-F, não subsistiu o instrumento adequado e imposto pela Portaria nestes casos, qual seja, a emissão de um novo MPF-F. Lançamento Nulo"

"MPF-F PROVA DE PRORROGAÇÃO DE SEU PRAZO DE VALIDADE — INEXISTENCIA — EFEITOS — NULIDADE — Não tendo sido provada a emissão tempestiva de MPF-C para estender o prazo de validade da fiscalização, reputa-se extinto o MPF-F e, como consequência, nulo o lançamento por carência de competência do auditor fiscal que deu continuidade aos trabalhos de fiscalização.

Lançamento Nulo.

A autuada contesta ainda aplicação da Portaria SRF nº 3.007/2001, que se refere à prorrogação do prazo do MPF, que passa a ser feita mediante registro eletrônico efetuada pela autoridade competente, onde não haveria o fornecimento à Impugnante do Demonstrativo de Emissão e Prorrogação do MPF.

Aduz em sua defesa que as formas de intimação adotadas no Processo Administrativo Fiscal são aquelas constantes do Decreto nº 70.235/72, quais sejam:

"Art 23.Far-se-á a intimação:

I - Pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - Por via postal ou telegráfica, com prova de recebimento;

III - Por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II.

§ 1º O edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I- Na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - Na data do recebimento, por via postal ou telegráfica; se a data for omitida, quinze dias após a entrega da intimação à agência postal-telegráfica;

III - Trinta dias após a publicação ou a afixação do edital, se este for o meio utilizado."

DA AUTUAÇÃO DE PERÍODO DE APURAÇÃO DIVERSO DO FIXADO NO MPF:

A autuada alega, também, que não houve autorização para a fiscalização do período de apuração entre 08/2001 e 06/2002, posto que os MPF mencionavam somente o período de 11/1996 a 07/2002.

DA DECADÊNCIA

Dando seguimento a sua defesa, a impugnante alega a decadência de valores lançados cujos fatos geradores ocorreram até 08/97, tendo em vista o disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, in verbis:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Do Mérito

DA MULTA QUALIFICADA

A autuada contesta também a aplicação da multa qualificada em 150% alegando que não houve em momento algum a intenção de fraudar o

fisco haja vista que os valores lançados foram apurados pela fiscalização a partir dos valores informados pela impugnante e escriturados em livros fiscais.

RECOLHIMENTO DO PIS COM BASE NO LUCRO BRUTO E PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Dando seguimento a sua defesa, a impugnante, defende a tese de que a base de cálculo do PIS deve ser somente o lucro bruto, tal qual o é para as instituições financeiras, empresas que comercializam veículos usados e empresas que operam com compra e venda de moeda, como forma de homenagear os princípios que permeiam o direito tributário, sobretudo os da igualdade e da equidade.

DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS

Outrossim, requer, caso esta DRJ entenda não acolher o contido nas solicitações anteriores, seja determinada a exclusão do ICMS da receita bruta, a fim de apurar o valor devido.

A 2ª Turma da Delegacia de Julgamento em Brasília julgou improcedente a impugnação, nos termos do Acórdão nº 3.244, de 04 de outubro de 2002, cuja ementa segue abaixo:

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Ano-calendário: 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002.

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO - Constatada falta de recolhimento da contribuição no período alcançado pelo auto de infração, é de se manter o lançamento, por força da lei.

MPF - EXTINÇÃO - Não ocorre a extinção do Mandado de Procedimento Fiscal, pois o MPF-C foi emitido dentro do prazo de 120 dias, contado da data de emissão do MPF inicial.

EXCLUSÕES DA RECEITA BRUTA - "In casu", as exclusões da receita bruta permitidas só podem ser as previstas nas alíneas "a" e "h" do parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar 70/1991 e nos incisos I, II e IV do parágrafo 2º do art. 3º da Lei 9.718/1998. O ICMS incidente sobre as vendas, deve ser incluído na receita bruta porque faz parte do preço da venda.

MULTA MAJORADA - Declarando a menor seus rendimentos, a contribuinte tentou impedir ou retardar, ainda que parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal. Esta prática sistemática, adotada durante anos consecutivos, caracteriza a conduta dolosa e premeditada. Tal situação fática se subsume perfeitamente aos tipos previstos nos arts. 71, inciso I, e 72 da Lei n.º 4.502/1964, ainda que a contribuinte tenha escriturado corretamente suas receitas nos livros contábeis e fiscais.

Irresignado com a decisão contrária ao seu pleito, o contribuinte apresenta recurso voluntário valendo-se dos mesmos fundamentos jurídicos apresentados na impugnação.

A Terceira Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuinte rejeitou as preliminares de nulidade e de mérito, restando vencido o relator quanto a preliminar de mérito. No mérito foi negado provimento ao recurso, nos termos da ementa reproduzida:

NORMAS PROCESSUAIS - MANDADO DE PROCEDIMENTO – FISCAL – FORMALIDADE – DESCUMPRIMENTO – LANÇAMENTO – ANULAÇÃO - Estando inserta na legislação tributária, através Portaria/SRF, a emissão do MPF deve obedecer as regras próprias sob pena de nulidade do respectivo lançamento, quanto descumpridas suas formalidades essenciais.

PIS – DECADÊNCIA - A Lei nº 8.212/91 estabeleceu o prazo de dez anos para a decadência da Contribuição para o PIS. Além disso, o STJ pacificou o entendimento de que o prazo decadencial, previsto no artigo 173 do CTN, somente se inicia depois de transcorrido o prazo previsto no artigo 150 do mesmo diploma legal.

Recurso Negado.

Descontente a decisão proferia, o sujeito passivo protocolou recurso especial de divergência onde alega, em brevíssima síntese, que:

- é nulo o auto de infração, pois o Mandado de Procedimento Fiscal válido até 20/12/2001, foi levado ao conhecimento da recorrente somente em 27/12/2002 e foi prorrogado após o término de vigência do seu prazo;
- o prazo decadência de 5 anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador do tributo, na forma do § 4º do art. 150 do CTN que regula os lançamentos por homologação;
- era indevida a qualificação da multa de ofício, pois nos autos não constou provas que a recorrente agiu com intuito de fraude, e que a interpretação antagônica ao fisco da legislação tributária não tinha condão de transformar a conduta da recorrente em dolosa, considerando que os registros fiscais e contábeis encontravam-se regularmente e corretamente atualizados.

Foi dado seguimento ao recurso especial nos termos do Despacho nº 203-160.

A Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou contrarrazões, fls. 564/575.

O recurso especial foi julgado pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual anulou o acórdão proferido pela Terceira Câmara do extinto Segundo Conselho de Contribuintes sob o supedâneo de omissão e contradição na decisão proferida.

Os autos retornaram à Câmara que fosse proferida nova decisão.

É o breve relatório.

VOTO

Erro! A origem da referência não foi encontrada.

Fls. 106

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade.

Como se pode notar, uma das matérias discutidas nos autos diz respeito a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições para o PIS e para a Cofins.

Essa matéria encontra-se com Repercussão geral reconhecida em 25/04/2008 (no RE nº 574706 de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o que impõe o sobrestamento 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 sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543B.

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

Isto posto, voto no sentido de sobrestar 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, em 21/05/2013

Gilson Macedo Rosenberg Filho