



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

Processo nº 10480.006979/2003-89
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 3201-002.033 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de janeiro de 2016
Matéria COFINS/PIS
Recorrente DROGARIA SANTA MARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto:

Contribuição para o Financiamento de Seguridade Social-
Cofins/Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2002 (Cofins)

Período de apuração: 01/01/1997 a 28/02/1997, 01/04/1997
a 30/09/2000, 01/01/2001 a 31/12/2002 (PIS/Pasep)

NULIDADE - Tendo sido o auto de infração lavrado por agente competente e com observância dos pressupostos legais, incabível a arguição de sua nulidade.

APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 8 DO STF.

Aplica-se a Súmula Vinculante de nº 8 do STF, já que a Fazenda Pública não pode exigir contribuições sociais com o aproveitamento do prazo de 10 anos previstos nos dispositivos dos arts. 45 e 46 da Lei de nº 8.212/91, declarados inconstitucionais, logo, o prazo é de 5 anos para constituição do crédito.

AUTO DE INFRAÇÃO. DECADÊNCIA para o período de apuração de 1997, por conta da aplicação da Súmula nº 8 do STF.

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS e PIS, excluem-se da receita bruta, entre outros, os valores relativos ao ICMS Substituto, do contribuinte substituto e não do substituído, quando restar provado nos autos, a existência de tais valores; constatado através de diligência.

Considerando que a partir de 01/05/2001 a tributação incidente sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos (Medicamentos, Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal) passou a ser concentrada nas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou importação. Sendo reduzida a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso

I do art. 1º da Lei 10.147/2000, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador; o que é o caso.

BASE DE CÁLCULO. COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS.

As Contribuições PIS e COFINS incidem sobre o faturamento do mês, tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de documentos disponibilizados pela contribuinte ao Fisco Federal.

COFINS e PIS. DIFERENÇA APURADA ENTRE o VALOR ESCRITURADO e o DECLARADO/PAGO. Constatadas diferenças nos recolhimentos da COFINS e PIS, não pagas e nem declaradas em DCTFS, incidência das contribuições.

Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido em Parte.

Recurso de ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar preliminar de nulidade, acatar preliminar de decadência para o período de apuração de 1997 e, no mérito, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza- Presidente.

(assinado digitalmente)

Mércia Helena Trajano Damorim- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Mércia Helena Trajano Damorim, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo, Winderley Moraes Pereira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Tatiana Josefovicz Belisário e Cássio Schappo.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

Contra a empresa antes identificada foram lavrados os Autos de Infração, cujos processos foram juntados por anexação em cumprimento à disposição contida no art. 2º da Portaria SRF nº 6.129, de 02.12.2005 (fl. 1769), do presente processo, para exigência dos créditos tributários, adiante especificados, referente aos períodos já mencionados:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALOR EM REAL
COFINS	974.042,69
JUROS DE MORA	310.405,09
MULTA	730.531,71
TOTAL	2.014.979,49

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALOR EM REAL
PIS	212.669,54
JUROS DE MORA	70.427,22
MULTA	159.501,85
TOTAL	442.598,61

De acordo com o Autuante, os referidos Autos são decorrentes das diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados/pagos das mencionadas contribuições, não pagas e nem declaradas em DCTF, conforme Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 23/24 e 1794/1795).

Depois da tomada de ciência, o contribuinte apresentou peças de defesa (fls. 343/377 e 2116/2150), rogando pela nulidade ou cancelamento dos autos de infração, com base nos motivos a seguir apresentados:

I – DAS PRELIMINARES PREJUDICIAIS DE MÉRITO

- 1. Extinção tácita do MPF-F datado de 14.08.02 e da natureza jurídica do Termo de Solicitação de Esclarecimentos datado de 23.06.03;*
- 2. Impossibilidade do lançamento pelo mesmo Auditor, em face de tratar-se de novo MPF ou de prorrogação do MPF-F iniciado em 14.08.02;*

II – DO MÉRITO

- 1. Decadência e caducidade do lançamento de exercício de 1997, segundo o art. 173, parágrafo único do CTN;*
- 2. Impossibilidade da aplicação da multa de ofício, nos percentuais de 75%, em razão da espontaneidade e da inaplicabilidade da “multa moratória”, entendimento adotado pelos tribunais;*
- 3. Inaplicabilidade da margem de lucro de 9,60%, com base na Lei nº 9.430/96. Empresa de distribuição de medicamentos. Impossibilidade da norma de direito tributário modificar conceitos de direito privado;*
- 4. Ano de 1998 – Da omissão de receita. Presença do fenômeno “bis in idem”. Cobrança cumulada de tributos com base no mesmo fato gerador e base de cálculo. Desconsideração de elementos contábeis para definição do estoque. Nulidade do lançamento ou sua revisão nos pontos apontados pelo relatório contábil em anexo;*

III – PIS/COFINS – 1997/2000

- 5. Desconsideração da Lei nº 10.147/00 e da IN/SRF nº 40/01 que determinam a alíquota zero para os distribuidores de medicamentos (a partir de abril de 2001 a dezembro de 2002);*
- 6. Desconsiderações das compensações efetuadas referentes ao período de 1999 e 2000, apresentando planilhas, onde apontam valores que foram desconsiderados pela fiscalização, anexando cópias de pedidos de compensação e, ainda anexando cópias de DARF;*

7. *Inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS do ICMS SUBSTITUTO, bem como de devoluções de mercadorias adquiridas de terceiros;*
8. *Afronta aos Princípios da Verdade Material, Legalidade Objetiva e Vedação ao Confisco;*

Na análise procedida por esta Delegacia da Receita Federal de Julgamento constatou-se a necessidade de diligências, conforme Resoluções de 16.01.04 (fls. 1380/1385 e 2186/2190), no sentido de:

- a) verificar e identificar, junto à documentação hábil, em que períodos a empresa atuada preenchia as condições e requisitos da Lei nº 10.147/00 e IN/SRF 40/01, fazendo jus à redução da alíquota da contribuição como alegado, se este for o caso;*
- b) confirmar junto à documentação contábil e fiscal da contribuinte e à luz da legislação vigente para a matéria, a procedência ou não das alegações de que não teriam sido consideradas pela fiscalização as exclusões previstas na Lei nº 9.718/98 e as devoluções de compras de mercadorias adquiridas de terceiros;*
- c) confirmar sobre a procedência ou não das afirmações da Impugnante no que concerne às compensações;*
- d) verificar e confirmar se os valores divergentes encontrados na coluna VR PAGO, das planilhas, produzem alguma alteração no crédito apurado;*
- e) se concluir por valores deferentes do que foi lançado, relativamente a eles elaborar novos demonstrativos de cálculos;*
- f) acrescentar qualquer informação que julgue necessária à elucidação dos fatos;*
- g) anexar aos autos toda documentação comprobatória necessária para a conclusão da diligência;*
- h) demais providências que, a seu critério, possam subsidiar na solução da lide;*
- i) seja dada ciência ao contribuinte do resultado da diligência solicitada, com reabertura de prazo, se for o caso, para possíveis manifestações, nos termos do Decreto nº 70235/72.*

Em seguida, foi feita a intimação do contribuinte (fls. 1395 e 2202) que enviou documentos (fls. 1399/1414 e 2206/2221) resultando em Relatórios de Informação Fiscal (fls. 1388/1393 e 2195/2200), sendo elaborados novos demonstrativos pela fiscalização (fls. 1438/1446 e 2249/2257). Foi dada ciência ao contribuinte (fls. 1393 e 2200) que não se pronunciou sobre o resultado da diligência, sendo o presente processo encaminhado a esta DRJ.

O pleito foi deferido em parte, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/REC nº 11-16.170, de 28/08/2006, proferido pelos membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife/PE, cuja ementa dispõe, *verbis*:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2002

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE

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

Autenticado digitalmente em 20/02/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 20/02/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 29/02/2016 por CHARLES MAYER D E CASTRO SOUZA

Impresso em 02/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES.

O direito da Fazenda Pública apurar e constituir os créditos relativos às contribuições para financiamento da seguridade social extingue-se no prazo de 10 (dez) anos (art. 45, da Lei nº 8.212/1991).

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1997 a 28/02/1997, 01/04/1997 a 30/09/2000, 01/01/2001 a 31/12/2002

EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO. Para fins de determinação da base de cálculo da COFINS e PIS, excluem-se da receita bruta, entre outros, os valores relativos ao ICMS Substituto, do contribuinte substituto e não do substituído, quando restar provado nos autos, a existência de tais valores.

BASE DE CÁLCULO. COMPROVAÇÃO DOS VALORES APURADOS.

As Contribuições PIS e COFINS incidirão sobre o faturamento do mês, tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de documentos disponibilizados pela contribuinte ao Fisco Federal, tudo regularmente documentado no presente processo.

Lançamento Procedente em Parte

Acordam os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, julgar procedentes em parte os lançamentos, nos termos do voto da relatora, parte integrante deste Acórdão.

O julgamento foi no sentido de julgar procedentes em parte os lançamentos, rejeitando as preliminares, cancelando os valores relativos aos fatos geradores de: fevereiro de 1997 a maio de 1998; julho, agosto, novembro e dezembro de 1998; janeiro, setembro, outubro, novembro e dezembro de 1999; janeiro a dezembro de 2000; janeiro a maio de 2001; e por fim, alterando os valores da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e da Contribuição para o Programa Social - PIS, conforme TABELAS às e-fls. 2586/2588 (no final do voto da DRJ). Restando assim: os valores a recolher da **Cofins R\$ 69.436,64** (fl. 2585) e do **Pis R\$ 13.040,83** (fl. 2586).

Registre-se que a DRJ/Recife, antes de proferir o julgamento do acórdão acima citado, constatou necessidade de diligência, o que foi realizado através da Resolução DRJ/REC nº163, de 16/01/2004 (fls 2186 a 2191-papel), o qual foi realizada, bem como cientificado o contribuinte, o que resultou nos valores, conforme as planilhas (no final do voto da primeira instância) retificando os valores com as novas bases de cálculo, com as importâncias acima mencionadas.

Regularmente cientificado do Acórdão proferido, o Contribuinte, tempestivamente, protocolizou o Recurso Voluntário, no qual, basicamente, reproduz as razões de defesa constantes em sua peça impugnatória.

Ressalta e insiste ainda:

-os autuantes ao lavrarem os presentes autos de infração teriam descumprido determinações do Decreto nº 70.235/72 e da Portaria SRF nº 3007/2001. No seu entender, os referidos autos deveriam ter sido lavrados sob a égide de novo Mandado de Procedimento Fiscal e por outro AFTN, vez que extinto o MPF original;

-teria ocorrido a decadência de lançar relativamente ao ano-calendário de 1997, e conseqüente CADUCIDADE de lançar;

-o presente lançamento não pode prosperar, vez que apresentou, espontaneamente (espontaneidade que afirma ter readquirido em face das alegações aduzidas, "nos moldes do Decreto 70.235/72, da portaria 3007/2001 da SRF e da lei 9430/96"), declaração retificadora do ano-calendário de 1998, em 30.06.2003, que incluiu em seu bojo o IRPJ e os tributos reflexos lançados, e ter aderido ao PAES (Lei nº 10.658/2003). De conseqüente, entende que resta impossibilitada a aplicação da multa de ofício, com a alíquota de 75%, ou a aplicação da multa moratória). Cita diversos autores e transcreve ementas de Acórdãos dos Conselhos de Contribuintes;

-o arbitramento efetuado pelo autuante está incorreto, pois só é possível falar em arbitramento acaso a mesma não possuísse "livros contábeis, que não tivesse suas declarações de rendimentos catalogadas etc..."

O processo foi redistribuído a esta Conselheira, de forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM

A DRJ/Recife recorre de ofício.

O recurso de ofício atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Da mesma forma, o presente recurso voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Trata-se de autos de infração de PIS e Cofins.

RECURSO DE OFÍCIO

Inicialmente passa-se a análise do recurso de ofício, tendo em vista crédito exonerado.

Ressalte-se que não há retoques na decisão de primeira instância, por conta das dúvidas terem sido sanadas em nível de diligência efetuada pela própria DRJ.

Vide trecho da diligência, endossada pela decisão de primeira instância (Relatório de Informação Fiscal, de fls. 2195a 2200):

*(.....)esclarecer as indagações levantadas pelo contribuinte nos processos de números **10480.006977/2003-90 (Pis)** e **10480.006979/2003-89 (Cofins)**, com os seguintes objetivos:*

-Verificar e identificar em que períodos a empresa autuada preenchia as condições e requisitos da Lei nº. 10.147/2000 e IN SRF nº. 40/2001, e demais legislação regente da matéria, fazendo jus à redução à alíquota ZERO dos produtos que são adquiridos dos fabricantes e dos importadores;

-Confirmar a procedência ou não das alegações da impugnante de que não teriam sido consideradas pela fiscalização as exclusões previstas na Lei 9.718/98, e as devoluções de compras de mercadorias adquiridas de terceiros;

-Confirmar sobre a procedência ou não das afirmações da impugnante no que concede às compensações;

-Verificar e confirmar se os valores divergentes encontrados na coluna "VR PAGO", das planilhas anexas pelo contribuinte nos aludidos processos produzem alguma alteração no crédito apurado;

-Elaborar novos demonstrativos das Bases de Cálculo e do valor do Débito das Contribuições para o PIS e para a Cofins;

-Dar ciência ao contribuinte do resultado da diligência, com reabertura de prazo, se for o caso, para possíveis manifestações, nos termos do que dispõe o Decreto 70.235/72.

Após intimado o sujeito passivo e com documentos e livros apresentados, concluiu a fiscalização:

*-A atividade econômica da empresa é **comércio atacadista** de produtos farmacêuticos de uso humano (CNAE 51.45-4/01), tendo auferido, conforme seus assentamentos contábeis, receitas relativas à atividade de **revenda de mercadorias**, códigos fiscais dos livros de apuração do ICMS 5.12 e 6.12;*

*A Lei 10.147, de 21 de dezembro de 2000, dispõe sobre a incidência da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep, e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à **industrialização ou à importação** dos produtos **classificados nas posições 3003, 3004, 3303 a 3307, e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00, todos da Tabela***

de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados-TIPI, onde define alíquotas específicas para essas pessoas jurídicas

.....

*Logo a partir de **01/05/2001** a empresa em questão faz jus à redução à alíquota ZERO na venda dos produtos (referentes aos códigos supracitados) adquiridos dos fabricantes e dos importadores, que tenham sido faturados pelos mesmos a partir de 01/05/2001. Em relação a vendas de produtos existentes no estoque da diligenciada que tenham sido faturados pelo industrial ou importador até 30/04/2001, a contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins, deverão ser recolhidas sobre a receita de comercialização dos produtos mencionados no art. 2º da Lei 10.147/2000, mediante a aplicação das alíquotas previstas no inciso II do art. 1.º da mencionada Lei, ou seja, sessenta e cinco centésimos por cento e três por cento, devendo adotar o método denominado PEPS, em que as saídas das unidades dos produtos seguem a ordem cronológica crescente de suas entradas em estoque;*

*Para efeito da apuração da base de cálculo do **PIS/Pasep** e da Cofins podem ser **excluídos** da receita bruta os valores do ICMS quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de **substituto tributário**.*

.....

Portanto, de fato não foram consideradas nos levantamentos efetuadas pelo fisco as exclusões referentes ao ICMS Substituto. Sendo assim, procedemos à apuração de nova Base de Cálculo do Pis e da Cofins, admitindo a exclusão desses valores, exceto quando relacionados a produtos tributados à alíquota zero

A partir de maio/2001, no cálculo do ICMS Substituição Tributária referente aos produtos com tributação normal, foi utilizado por esta auditoria o mesmo critério de proporcionalidade adotado pelo contribuinte; tendo como única divergência, o fato de que foram utilizados no cálculo do percentual (%), valores já deduzidos das devoluções de compras

.....

*Informamos que no "Demonstrativo de Apuração do Débito do Pis e da Cofins e da Diferença Apurada" na coluna valores "Declarado DCTF" NÃO foi considerada as DCTF retificadoras dos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º trimestres de 2002 apresentadas pelo contribuinte, para efeito do cálculo das diferenças apuradas na diligência, tendo em vista que essas DCTF foram recepcionadas em **25/11/2003**, logo, em data posterior a lavratura e ciência dos Autos de Infrações do PIS e da Cofins (30/06/2003);*

.....

Logo, devem ser excluídas da apuração da base de cálculo do PIS e da Cofins os valores do ICMS pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário, segundo trecho do voto condutor, o qual endosso, que tem como base a diligência demandada, conforme :

Segundo a autoridade diligenciante, nos livros de Registro de Apuração de ICMS apresentados pelo contribuinte constam valores de obrigações a recolher a título de ICMS Substituto e nos seus livros contábeis foram registrados os valores totais das notas fiscais de vendas, logo acrescidos do valor do ICMS Substituto, portanto, de fato não foram consideradas nos levantamentos efetuadas pelo fisco as exclusões referentes ao ICMS Substituto. Sendo assim, procedeu à apuração de nova base de cálculo do PIS e da COFINS, admitindo a exclusão desses valores, exceto quando relacionados a produtos tributados à alíquota ZERO.

A partir de maio/2001, no cálculo do ICMS Substituição Tributária referente aos produtos com tributação normal, foi utilizado por esta auditoria o mesmo critério de proporcionalidade adotado pelo contribuinte, tendo como única divergência, o fato de que foram utilizados no cálculo do percentual, valores já deduzidos das devoluções de compras. As devoluções de compras de mercadorias adquiridas de terceiros não compõem o Faturamento/Receita Bruta.

Na análise efetuada nos livros de Registro de Apuração de ICMS verificou que de fato na apuração da receita de vendas de mercadorias foi incluído no faturamento/receita bruta os valores das saídas referentes aos códigos de operação fiscal 5.32 e/ou 6.32 (Devoluções Compras Comercialização).

Sendo assim, na apuração da nova base de cálculo do PIS e da COFINS, elaborada por esta auditoria, no levantamento do Faturamento/Receita Bruta não foram incluídas as saídas relativas aos referidos códigos.

Bem como, valores alterados, demonstrados em diligência, conforme:

Quanto à questão se os valores divergentes encontrados na coluna “VR PAGO”, constantes das planilhas anexas aos aludidos processos, produzem alguma alteração no crédito apurado, informa o diligenciante que, alterações na coluna Valores pagos em DARF (que compõem os créditos apurados) afetam com certeza o cálculo das diferenças apuradas e conseqüentemente no crédito anteriormente apurado pelo fisco para as contribuições PIS e COFINS, exceto se os valores declarados em DCTF são superiores aos créditos apurados.

No novo Demonstrativo elaborado por esta auditoria, foram analisadas as divergências e efetuadas as alterações pertinentes, foram anexadas aos processos, cópias das DIPJ de 1998, 1999, 2000, 2001 e 2002 e cópias do livro Razão de dezembro de 2000 das contas de receitas.

Das conclusões de tal procedimento (fls. 1388/1393 e 2195/2200), levando-se em conta o Princípio da Verdade Material, espeque do Processo Administrativo Fiscal, há de se considerar as apurações daquele procedimento diligencial, que apresentam planilhas retificando valores solicitados nos meses citados na impugnação e apresentam as novas bases de cálculos desses meses, que resultaram em:(planilhas no final do voto)

Considerando que a atividade econômica da empresa é comércio atacadista de produtos farmacêuticos de uso humano (CNAE 51.45-4/01), exercendo a atividade de revenda de mercadorias, códigos fiscais dos livros de apuração do ICMS 5.12 e 6.12;

Considerando que a partir de 01/05/2001 a tributação incidente sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos (Medicamentos, Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal) passou a ser concentrada nas pessoas jurídicas que procedam à industrialização ou importação. Sendo reduzida a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º da Lei 10.147/2000, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador; o que é o caso.

Considerando que na apuração da nova Base de Cálculo do Pis e da Cofins, elaborada pela auditoria, no levantamento do Faturamento/Receita Bruta não foram incluídas as saídas relativas a Devolução Compras Comercialização.

No "Demonstrativo de Apuração do Débito do Pis e da Cofins e da Diferença Apurada" na coluna valores "Declarado DCTF" não foi considerada as DCTF retificadoras dos 1.º, 2.º, 3.º e 4.º trimestres de 2002 apresentadas pelo sujeito passivo, para efeito do cálculo das diferenças apuradas na diligência, pois as DCTF foram recepcionadas em **25/11/2003**, ou seja, em data posterior a lavratura e ciência dos Autos de Infrações do PIS e da Cofins (que ocorreu em 30/06/2003).

Em sendo assim, não há reparo a decisão de primeira instância.

Por todo o exposto, não há como discordar da exclusão dos valores apontados da base cálculo, resultando em novos valores a recolher das contribuições (Cofins e Pis), logo, nego provimento ao recurso de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Quanto ao recurso voluntário.

Os referidos Autos são decorrentes das diferenças apuradas entre os valores escriturados e os declarados/pagos das mencionadas contribuições, não pagas e nem declaradas em DCTF, conforme Termo de Encerramento de Fiscalização.

Passemos às preliminares:

Nulidade de Lançamento

A recorrente sustenta a nulidade do lançamento, argumentando a extinção do procedimento fiscal, por decurso de prazo, pois após findar o Termo de Solicitação de Esclarecimentos, passaram-se mais de 60 dias sem que fosse exarado outro termo dando continuidade ao procedimento de fiscalização, enquanto que o MPF teve vigência até

Documento assinado digitalmente por CHARLES MAYER D E CASTRO SOUZA em 29/02/2016 às 14:05:01.

Autenticado digitalmente em 20/02/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 2

0/02/2016 por MERCIA HELENA TRAJANO DAMORIM, Assinado digitalmente em 29/02/2016 por CHARLES MAYER D

E CASTRO SOUZA

Impresso em 02/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

08/04/2003. Assim, entende a recorrente que todos os atos posteriores — que iniciam em 23/06/2003 - caracterizam novo ato de fiscalização, que dependeria de novo MPF e não poderia ser realizado pelo mesmo Auditor Fiscal do procedimento anterior.

O MPF constitui-se um instrumento de controle indispensável à administração tributária e em garantia para o contribuinte, na medida em que este poderá conferir se de fato os Auditores-Fiscais que o estejam fiscalizando estão no exercício legal de suas funções. Por outro giro, a própria Secretaria da Receita Federal acompanha o desenvolvimento das atividades realizadas pelos Auditores-Fiscais, de modo a verificar, por exemplo, se a fiscalização está sendo realizada de modo adequado ou se os fiscais não estão levando mais tempo do que o necessário para a realização dos trabalhos. Caso, o Auditor-Fiscal observa que não será capaz, em face das peculiaridades do caso concreto fiscalizado, de concluir os trabalhos em tempo hábil, solicita ao superior hierárquico responsável pela emissão do mandado a sua prorrogação.

Logo, não há como possa ser declarado nulo o lançamento regularmente constituído nos termos do art. 142 do CTN, lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal e com todos os requisitos de validade previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Isso, mesmo que o lançamento tenha sido lavrado pelo mesmo Auditor responsável pela execução do Mandado extinto.

Registre-se que há várias prorrogações do prazo de validade do MPF original (todas dentro do prazo), não tendo havido a sua extinção antes da data da lavratura dos autos de infração, em 30/06/2003.

Em relação à apresentação da declaração retificadora do ano calendário 1998, em 30/06/2003, a recorrente estava sob procedimento fiscal, que teve início com o Termo de Início de Fiscalização de 14/08/2002 e não estava com a espontaneidade readquirida, em face do Termo de Solicitação de Esclarecimentos datado de 23/06/2003 (indicando o prosseguimento dos trabalhos). Logo, não assiste razão a recorrente que argui que teria havido extinção do procedimento fiscal iniciado em 14/08/2002, e que os autos de infração já teriam sido lavrados sob a égide de um novo procedimento.

Em assim sendo, rejeito a preliminar de nulidade.

Só para ilustrar e complementar, quanto a essa preliminar levantada, verifica-se que o lançamento está sob o abrigo do MPF-F e MPF-C, à época. Ressalte-se, pois, que o Decreto de nº 8.303/2014 e a Portaria RFB nº 1.687/2014 que regula aquele Decreto extinguiu o MPF-Mandado de Procedimento Fiscal.

Atualmente, o auditor não mais recebe uma "autorização" para exercer a competência de seu cargo, nos termos do art. 2º do Decreto de nº 70. 235/1972.

Preliminar de decadência

A recorrente foi cientificada dos lançamentos em 30/06/2003.

Como não houve pagamento do tributo, não se pode caracterizar como lançamento por homologação, restando afastada a aplicação da regra especial prevista no § 4º do art. 150 do CTN. Em não se aplicando a regra especial, a contagem do prazo quinquenal prevista é a regra geral de decadência, prevista no art. 173, I, do CTN, nos termos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, Contados:

I-do primeiro dia do- exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Ao caso, lembrar que tendo em vista, aplicação da Súmula Vinculante de nº 8 do STF, já que a Fazenda Pública não pode exigir contribuições sociais com o aproveitamento do prazo de 10 anos previstos nos dispositivos dos arts. 45 e 46 da Lei de nº 8.212/91, declarados inconstitucionais, deve-se aplicar o prazo de 5 anos para constituição do crédito.

Argumenta a recorrente, a decadência referente ao ano de 1997, então, para o período de apuração mais remoto de janeiro de 1997; logo, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído é o dia 01/01/1998, portanto, a decadência somente ocorreria no dia **01/01/2003**, de forma que a contribuição (para o ano de 1997) assim apurada se encontrava atingida pelo instituto da decadência, já que somente em 30/06/2003 (data de ciência do lançamento) o contribuinte teve ciência do auto de infração.

Logo, o direito da Fazenda Pública apurar e constituir o crédito relativo às contribuições em 1997 resta prejudicado, por conta do prazo decadencial.

No entanto, não ocorrendo o prazo decadencial quanto às contribuições relativas aos demais períodos de apuração, todos posteriores ao acima examinado, só ocorrendo a decadência a apuração do ano de 1997.

Mérito

Quanto ao mérito, examinarei questões apenas das contribuições Cofins e PIs e não do imposto-IRPJ. Ou seja, não conheço da matéria sobre arbitramento, da impossibilidade da aplicação da multa de ofício, nos percentuais de 75%, em razão da espontaneidade e da inaplicabilidade da multa moratória; bem como da inaplicabilidade da margem de lucro de 9,60%, com base na Lei nº 9.430/96.

Enfim, excluídas da base de cálculo os valores referentes no recurso de ofício, restam diferenças nos recolhimentos da COFINS e PIS, não pagas e nem declaradas em DCTFS.

Considerando que a Lei nº 10.147/00 e da IN/SRF nº 40/01 que determinam a alíquota zero para os distribuidores de medicamentos, ou seja, somente, a partir de 01.05.01, a empresa em questão faz jus à redução à alíquota zero na venda dos produtos referidos (Medicamentos, Cosméticos e Produtos de Higiene Pessoal), conforme concluída a auditoria através da diligência; enfim, em períodos anteriores, a alíquota é a usual (afastado o ano de 1997 pela decadência).

Considerando as DCTF retificadoras (dos quatro trimestres) de 2002 apresentadas pela recorrente, para efeito de do cálculo das diferenças apuradas na diligência, não foram consideradas, tendo em vista que essas DCTF foram recepcionadas em **25.11.2003**, **posteriormente** à lavratura e ciência dos Autos de Infração do PIS e da COFINS em 30.06.03.

E, quanto às compensações, a auditoria já informara que:

*nos meses de junho, julho e dezembro de 1999 e agosto de 2000
não foi informado nas DCTF como crédito vinculado, qualquer
tipo de compensação, entretanto, a empresa apresentou pedidos*

de compensação. Nos meses de janeiro a março de 2000, foram informadas compensações, nas DCTF, formuladas por meio de pedido judicial. Em face dos débitos acima referenciados terem sido declarados em DCTF, não foram objeto de análise por parte da auditoria, as aludidas compensações, vez que no levantamento das diferenças apuradas nesta diligência, foi subtraído no valor devido apurado para as contribuições PIS e COFINS o maior valor dentre os declarados em DCTF ou os pagos.

E conclui que, sendo assim, a vinculação do crédito para extinção do débito declarado em DCTF não afeta as diferenças apuradas na diligência (sujeitas à multa de ofício) sendo as pleiteadas compensações objeto de análise por parte de outro setor da DRF/RECIFE.

Em sendo assim, ficam mantidos os valores apurados, tendo em vista que as Contribuições PIS e COFINS incidem sobre o faturamento do mês, tendo o lançamento fiscal sido efetuado a partir de documentos disponibilizados pelo sujeito passivo ao Fisco Federal, por conta das divergências entre valores escriturados e os declarados/pagos das contribuições e os não pago e nem declarados em DCTF.

Quanto aos argumentos de afronta aos princípios constitucionais, aplica-se a Súmula Carf de nº2, que dispõe:

O Carf não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária.

Quanto à multa de ofício foi aplicada pela falta de pagamento, ou seja, o lançamento foi efetuado, por força do disposto na Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, I, onde é devida a multa de ofício no percentual de 75,0 % do crédito tributário lançado e exigido, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I-de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexacta;

Por fim, a SELIC como fator de correção do débito do contribuinte, incide na hipótese a Súmula CARF de nº 4, *in verbis*:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Por todo o exposto, voto por acatar preliminar de decadência para o período de apuração de 1997, rejeitar a preliminar de nulidade, não conhecer das matérias referentes ao IRPJ, negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário (afastar o período de apuração de 1997), prejudicadas as demais questões.

(assinado digitalmente)

MÉRCIA HELENA TRAJANO DAMORIM - Relator

CÓPIA