



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

Processo nº 11634.000516/2010-02
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.894 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2016
Matéria Cofins e PIS - Auto de Infração
Recorrente CAFEEIRA SIENI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972

CRÉDITO PRESUMIDO. CONDIÇÕES. CEREALISTA. CAFÉ.

Para ser considerada cerealista e fazer jus ao crédito presumido calculado sobre o valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, a contribuinte deve exercer as atividades de secar (até 21/11/2005), limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

DESCONTO DO CRÉDITO. ESTOQUE DE ABERTURA.

O direito ao desconto correspondente ao estoque de abertura em relação a determinados bens não pode ser apenas alegado e nem o Fisco tem a obrigação de concedê-lo sem que a contribuinte se manifeste expressamente a respeito e apresente a documentação hábil e idônea pertinente.

VENDAS COM FINALIDADE DE EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Diante da ausência de provas, não pode ser acolhida a alegação de que todas as vendas efetuadas para determinadas empresas teriam como finalidade a exportação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

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

Autenticado digitalmente em 29/03/2016 por LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS, Assinado digitalmente em 29

/03/2016 por LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS, Assinado digitalmente em 29/03/2016 por ANDRADA MARCIO CA

NUTO NATAL

Impresso em 30/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

CRÉDITO PRESUMIDO. CONDIÇÕES. CEREALISTA. CAFÉ.

Para ser considerada cerealista e fazer jus ao crédito presumido calculado sobre o valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, a contribuinte deve exercer as atividades de secar (até 21/11/2005), limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

DESCONTO DO CRÉDITO. ESTOQUE DE ABERTURA.

O direito ao desconto correspondente ao estoque de abertura em relação a determinados bens não pode ser apenas alegado e nem o Fisco tem a obrigação de concedê-lo sem que a contribuinte se manifeste expressamente a respeito e apresente a documentação hábil e idônea pertinente.

VENDAS COM FINALIDADE DE EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Diante da ausência de provas, não pode ser acolhida a alegação de que todas as vendas efetuadas para determinadas empresas teriam como finalidade a exportação.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Em decorrência de ação fiscal desenvolvida junto à recorrente qualificada, foram lavrados os seguintes autos de infração (cientificados em 29/04/2010, fls. 1652 e 1663):

a) de fls. 1645/1655, em que são exigidos R\$ 743.607,19 de PIS não cumulativo (código 6656), além de multa de ofício de 150% e acréscimos legais, em face da falta/insuficiência de recolhimento da contribuição relativa aos períodos de apuração 01/2005 a 12/2006, consoante descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 1653/1654, demonstrativo de apuração de fls. 1645/1647 e demonstrativo de multa e juros de mora de fls. 1648/1650, e

b) de fls. 1656/1666, em que são exigidos R\$ 3.418.345,80 de Cofins não cumulativa (código 5477), além de multa de ofício de 150% e encargos legais, em face da falta/insuficiência de recolhimento ou declaração da contribuição relativa aos períodos de apuração 01/2005 a 12/2006, consoante descrição dos fatos e enquadramento legal de fls. 1662/1666, demonstrativo de apuração de fls. 1656/1658 e demonstrativo de multa e juros de mora de fls. 1659/1661.

O Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal - TVEAF, de fls. 1620/1644, parte integrante dos autos de infração detalha os procedimentos adotados:

Ressalta o não exercício cumulativo pela contribuinte das atividades de cerealista nos termos da legislação, informa que as vendas de café foram consideradas indevidamente pela contribuinte como vendas com suspensão, sendo excluídas da base de cálculo, detalha a incidência pertinente sobre as vendas consideradas com suspensão, esclarece que a diferença entre a receita bruta escriturada e a receita declarada foi tributada como omissão de receita e que a contribuinte foi excluída do Simples, conforme processo nº 11634000052/2009~92, lista os pagamentos efetuados a título de Simples e detalha os procedimentos relacionados à apuração do IRPJ e da CSLL sobre as infrações constatadas. Informa, ainda, que houve representação fiscal para fins penais.

À fl. 1831, informação de que a exigência de IRPJ e CSLL foi transferida para outro processo administrativo (11634.001103/2010-37), em face das competências envolvidas (em decorrência, no presente acórdão não serão relatadas, tampouco analisadas, as alegações correspondentes).

Em 27/05/2010, a interessada apresentou, por meio de procurador, a impugnação de fls. 1670/1730, instruída com os documentos de fls. 1731/1806 (procuração, cópia de documentos pessoais do mandatário, cópia de documentos societários, declarações firmadas por pessoas que prestaram serviços à empresa, cópia de jurisprudência do CARF, matéria jornalística sobre café e cópia dos autos de infração), cujas razões encontram-se sintetizadas a seguir.

Inicialmente discorre sobre a autuação e solicita que “caso seja julgado cada tributo por Turmas ou Câmaras distintas, que seja desmembrado a Impugnação/recurso e assegurado sustentação oral em datas e horários diferentes.”

Na seqüência, detalha cada um dos lançamentos realizados e afirma que a multa foi erroneamente aplicada. Diz, também, que o Auditor-Fiscal não definiu o que seja padronização ou armazenamento.

Quanto ao mérito, chama a atenção para a falta de mandado de procedimento fiscal válido (subitem 2.1 da impugnação).

Suscita a nulidade e argumenta que foi cientificada do lançamento fora do prazo do respectivo MPF.

Afirma que as únicas ciências pessoais ocorreram em 17/04/2008, quando tomou ciência do termo de início de ação fiscal, e em 11/02/2010, quando teve ciência de continuidade da fiscalização até 25/03/2010.

Aduz que, a teor da legislação tributária, a emissão do MPF, com a devida ciência do contribuinte, é condição de procedibilidade para a ação fiscal, uma vez que dá conhecimento ao sujeito passivo da relação tributária de realização de procedimento fiscal contra si intentado.

Transcreve legislação relacionada ao MPF e conclui afirmando que a ciência de alterações do MPF, inclusive prorrogações do prazo, deve ser dada pessoalmente e por escrito ao contribuinte, conforme art. 7º, § 2º, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Adiciona que quando vence o prazo do MPF-F sem ser feita a continuação válida da fiscalização, deve ser indicado outro Auditor-Fiscal para o caso (se existe a pretensão de continuar a fiscalização). Apresenta excertos doutrinários em sustentação de sua tese. Conclui que se não existe MPF válido/vigente à época da lavratura da notificação, o lançamento deve ser tido como nulo de pleno direito.

A seguir suscita a decadência do PIS e da Cofins relativamente aos fatos geradores anteriores a 29/04/2005, ao argumento de que o lançamento ocorreu e foi pago mensalmente por meio de DARF pelo SIMPLES Federal;

No subitem 2.3, questiona a aplicação da multa de 150%. Argumenta que no TVEAF não há qualquer ressalva temporal quanto a atual legislação do art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, sendo de se concluir que a multa aplicada deve ser a de 50% e que o Auditor-Fiscal inseriu a multa de 150% por equívoco/erro formal.

Ainda sobre a multa aplicada, alega que, caso se entenda que o índice foi de 150%, há que se considerar a improcedência do lançamento afinal, o auto é impreciso, não tem concordância com a legislação invocada e não menciona ter havido fraude, tal como definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

Disserta, ainda, sobre as alterações da Lei nº 11.488, de 2007, na Lei nº 9.430, de 1996 e da necessidade de aplicação da novel redação do inc. II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Pelo princípio da eventualidade, argumenta, que, no máximo, a multa seria de 75%, dada a inexistência de dolo na conduta da contribuinte. Ampara-se, também, nos princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade e do não-confisco.

No item 3 da impugnação, discorre sobre a autuação do PIS e da Cofins.

Afirma que o Auditor-Fiscal aceitou completamente a contabilidade apresentada pela contribuinte à RFB. Diz, ainda, que sua descaracterização como cerealista foi um equívoco, já que exerceu, cumulativamente, as atividades de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar café - até o dia 21 de novembro de 2005 e de limpar, padronizar, armazenar, e comercializar café a partir de 22 de novembro de 2005, nos exatos termos da legislação.

Afirma que a lei não impede a terceirização e que, se não impede, os requisitos da “qualidade de cerealista” foram integralmente cumpridos.

No subitem 3.1.11., discorre sobre o conceito de padronização. Aduz que “considerando que o Auditor Fiscal não indicou qual tipo de padronização, qualquer tipo de padronização feita pela Recorrente é “válida” e que “tendo a Impugnante máquinas que padronizam o café, conforme fotos anexas, bem como, declarações dos funcionários da época, conforme escrituras públicas em anexo, demonstra-se o exercício efetivo e cumulativo de padronização.”

No subitem 3.1.2 cita e transcreve a legislação que entende pertinente e no subitem 3.1.3, discorre sobre a padronização feita pela empresa.

Na seqüência, tece considerações acerca da armazenagem (item 4). Diz que parte do café era armazenado em empresas de Armazéns Gerais e que a lei não veda a terceirização do armazenamento (sustenta que parte do armazenamento era feita na própria empresa).

Disserta, a seguir, sobre a não cumulatividade do PIS e da Cofins (item 5).

Transcreve ementas de soluções de consulta e diz que a “glosa pelo Auditor Fiscal do crédito presumido das compras efetuadas do produtor rural, fere o princípio da não cumulatividade garantida pela Lei 10833/2003, e Lei 1063 7/2002” e que “retirar este direito da Impugnante é ferir o direito líquido e certo da não cumulatividade”.

Defende o direito de descontar o crédito calculado em relação ao estoque de abertura existente (subitem 5.1) e o direito de não tributar as vendas de produtos destinados à exportação para as empresas listadas às fls. 1726/1727.

Ao final, requer:

- a) a declaração de nulidade do auto de infração por falta de MPF-F válido;
- b) Que o lançamento seja julgado improcedente em função' da exigência de multa de 150%;
- c) Que os lançamentos anteriores a 29/04/2005 sejam considerados decaídos;
- d) Que a multa de 150% seja cancelada já que não se encontra prevista no art. 44, II da Lei nº 9.430, de 1996, na redação da Lei nº 11.488, de 2007;

e) Pelo princípio da eventualidade, que a multa seja julgada improcedente dada a sua imprecisão, ausência de concordância com a legislação, ausência de indicação de ocorrência de fraude, nos exatos termos da Lei nº 4.502, de 1964;

f) Pelo princípio da eventualidade, que a multa seja reduzida para 50% ou, ainda, para 75%, ou ainda, para 10%, tendo em vista os princípios da capacidade contributiva, razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco;

g) Que seja reconhecido o direito de utilizar o crédito presumido do PIS e da Cofins relativamente às compras efetuadas de produtor rural;

h) Que seja reconhecido o direito de descontar crédito calculado em relação ao estoque de abertura existente, nos termos da legislação de regência;

i) Que seja assegurado direito de sustentação oral;

j) Que as vendas efetuadas com finalidade de exportação, que se entende imunes, sejam excluídas da incidência do PIS e da Cofins, e

k) Que as intimações sejam feitas na pessoa do procurador.

Já, em 28/05/2010, apresentou a petição de fls. 1807/1808, requerendo a juntada de fotografias dos barracões utilizados para armazenamento e das máquinas utilizadas para as padronizações (documentos de fls. 1809/1819).

Encaminhado para julgamento, fl. 1820, o processo foi devolvido para desapensação do processo de representação fiscal para fins penais nº 11634.000555/2010-00 (fl. 1821).

Após novo retorno para julgamento, fl. 1822, o processo acabou volvendo para desmembramento do IRPJ e CSLL (fl. 1823) em face das competências distintas entre as Turmas de Julgamento.

Às fls. 1826/1830 e 1.832/1837, extratos relativos ao desmembramento solicitado. Integram o presente processo, ainda, no essencial: termo de início de ação fiscal (fls. 02/03), esclarecimentos da contribuinte (fls. 05/06, 10/11, 13/15, 17/27 e 30), termo de intimação fiscal (fls. 28/29), termo de ciência e de continuação de procedimento fiscal (fls. 33/43), cópia de documentos societários (fls. 44/64), cópias de notas fiscais (fls. 65/199, 202/399, 402/599, 602/799, 802/822), demonstrativos de bases de cálculo (fls. 823/870), cópias de DCTF (fls. 871/894), termo de encerramento de diligência fiscal (fls. 900/906), termos de intimação fiscal e respostas dos contribuintes (fls. 907/999, 1002/1190), cópia do Ato Declaratório Executivo nº 09, de 2009 que exclui a empresa do Simples (fl. 1191), cópias de declarações de rendimentos (fls. 11.92/1199, 1202/1229), cópias de extratos de arrecadação e de DARF Simples (fls. 1230/1251), cópia de Gia-ICMS (fls. 1252/1275), cópia de livros de registro de inventário, livros razão, livros diário e livros de apuração do lucro real (fls. 1276/1399, 1402/1582), demonstrativo de vendas e compras efetuadas em 2005 e 2006 (fls. 1583/1599 e 1602/1619).

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba -PR considerou a impugnação improcedente com a seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005 A

DECADÊNCIA. CONDUTA PAUTADA POR DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. ART. 173 DO CTN.

A prática reiterada e ininterrupta de evitar o recolhimento dos tributos devidos mediante O expediente de se enquadrar e permanecer indevidamente no SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Porte) e declarar e oferecer à tributação apenas uma parcela/ ínfima das receitas, evidencia dolo e determina que o lustro decadencial seja contado pela regra do art. 173 do CTN.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

SUSTENTAÇÃO ORAL.

As provas devem ser apresentadas pelo sujeito passivo na impugnação, inexistindo previsão legal de sustentação oral no âmbito do julgamento de primeira instância administrativa.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). NORMAS PROCESSUAIS. VICIO~ A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) materializa mero instrumento de controle, assim, eventual constatação de irregularidade formal (no MPF) após o encerramento de ação fiscal encetada por AFRFB competente, desde que não tenha havido qualquer prejuízo para o fiscalizado, não implica nulidade do lançamento.

MULTA QUALIFICADA APLICAÇÃO.

*Aplica-se a multa de ofício qualificada de 150% na hipótese de restar caracterizado O *evidente intuito de fraude" referido pela legislação.*

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL. - COFINS

Período de apuração: 01./01/2005 a 31/12/2006

CEREALISTA. CAFÉ. CRÉDITO PRESUMIDO. CONDIÇÕES.

Para ser considerada cerealista, e fazer jus ao crédito presumido calculado sobre O valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda (com as ressalvas da lei), a contribuinte é quem deve exercer por Si própria e cumulativamente as atividades de secar (até 21/11/2005), limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

ESTOQUE DE ABERTURA. DESCONTO DO CRÉDITO.

O direito ao desconto correspondente ao estoque de abertura em relação a determinados bens não pode ser Simplesmente alegado e nem O Fisco tem a obrigação de concedê-lo sem que a contribuinte se manifeste expressamente a respeito e apresente a documentação hábil e idônea pertinente.'

A VENDAS COM FINALIDADE DE EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Diante da ausência de provas, não pode ser acolhida a alegação de que todas as Vendas efetuadas para determinadas empresas teriam como finalidade a exportação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

CEREALISTA. CAFÉ. CRÉDITO PRESUMIDO. CONDIÇÕES.

Para ser considerada cerealista, e fazer jus ao crédito presumido calculado sobre O valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda (com as ressalvas da lei) a contribuinte é quem deve exercer por si própria e cumulativamente as atividades de secar (até 21/11/2005), limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

ESTOQUE DE ABERTURA. DESCONTO DO CRÉDITO.

O direito ao desconto correspondente ao estoque de abertura em relação a determinados bens não pode ser Simplesmente alegado e nem o Fisco tem a obrigação de concedê-lo sem que a contribuinte se manifeste expressamente a respeito e apresente a documentação hábil e idônea pertinente.

VENDAS COM FINALIDADE DE EXPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Diante da ausência de provas, não pode ser acolhida a alegação de que todas as vendas efetuadas para determinadas empresas teriam como finalidade a exportação.

Impugnação Improcedente.

No seu Recurso Voluntário a contribuinte repete os argumentos da **impugnação apresentada a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR.**

Processo nº 11634.000516/2010-02
Acórdão n.º **3301-002.894**

S3-C3T1
Fl. 1.977

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator

O recurso voluntário é tempestivo, portanto, dele tomo conhecimento.

O presente auto de infração foi desmembrado de uma fiscalização que constatou que a recorrente se enquadrava no Simples com uma receita declarada de R\$ 276.914,90 e R\$ 476.933,80 nos anos-calendário de 2005 e 2006, enquanto na escrituração apresentada, constatou-se que suas receitas reais foram de R\$ 32.896.840,29 e R\$ 40.055.834,83, respectivamente.

O auto de infração de PIS e Cofins nos anos-calendário de 2005 e 2006 prosseguiu separadamente e está sendo analisado nesse processo.

O auto de infração é consequência do não exercício cumulativo pela contribuinte das atividades de cerealista, nos termos da legislação. Com isso, as vendas de café da recorrente foram consideradas indevidamente como vendas com suspensão, sendo excluídas da base de cálculo dos tributos.

Os demais procedimentos fiscais contra a recorrente redundaram na autuação da diferença entre a receita bruta escriturada e a receita declarada, na exclusão do Simples, conforme processo nº 11634000052/2009-92 e na representação fiscal para fins penais.

Portanto, aqui analisaremos o recurso voluntário relativo ao auto de infração de PIS e Cofins:

1) Nulidades:

A recorrente alega a falta de MPF-F válido, pois não foram dadas ciências de continuidade da Fiscalização pessoalmente ao Recorrente. Alega também que, uma vez vencido o MPF-F, não poderia a ação fiscal ter dado continuidade pelo mesmo Auditor Fiscal.

Como bem dito no acórdão recorrido, constata-se que foram enviados à contribuinte vários Termos de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal (fls. 33/43). Por sua vez, consultando-se o MPF na Internet, pode-se ver que a validade do mandato, que inicialmente foi fixada em 02/08/2008 foi prorrogada, sucessivas vezes, até chegar ao dia 24/05/2010 (fl. 1838).

Assim, considerando que o lançamento foi cientificado em 29/04/2010, não se vislumbra a ocorrência de qualquer irregularidade, especialmente no que diz respeito às prorrogações do MPF.

A recorrente interagiu com a fiscalização, enviando múltiplas correspondências solicitando dilação de prazo e apresentando documentos. Assim, caso tivesse alguma dúvida quanto à regularidade da auditoria, poderia ter formulado consulta específica na internet ou mesmo questionado diretamente aos superiores hierárquicos dos Auditores-Fiscais.

O Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pela Portaria SRF n.º 1.265, de 22/11/1999, consistia em um documento emitido em decorrência de normas administrativas

que regulavam a execução da atividade fiscal, que determinavam que os procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil fossem levados a efeito de conformidade com tal ordem específica.

O MPF se prestava a possibilitar à Secretaria da Receita Federal do Brasil acompanhar o desenvolvimento das atividades realizadas pelos AFRFB, de modo a verificar, por exemplo, se a fiscalização empreendida estava sendo realizada adequadamente, de acordo com os critérios definidos por Lei.

Se o AFRFB percebia, em face das peculiaridades no caso concreto, que não seria possível concluir os trabalhos no tempo inicialmente previsto, deveria solicitar a sua prorrogação aos superiores hierárquicos responsáveis pela emissão do mandado, como ocorreu no caso concreto, tendo as prorrogações sido regularmente emitidas via eletrônica.

Em complemento, não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

2) A multa de 150% e a decadência dos tributos lançados:

A recorrente quer que seja cancelada a multa de 150%, tendo em vista que a penalidade não existe mais no art. 44, II da Lei 9.430/96, face a alteração introduzida pela Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007. Alega que a legislação atual do art. 44, II, da Lei 9.430/96 trata de multa de 50% e consta no Auto de Infração 150%;

Aduz que não existe nenhuma ressalva temporal feita pelo Auditor Fiscal quanto o art. 44, II, da Lei 9.430/96, que atualmente trata de 50% de multa. Diz que, em nenhum momento o Auditor Fiscal menciona qual a razão da aplicabilidade de multa de 150%, ou seja, não diz se foi intuito de fraude e qual o ato doloso, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Alternativamente, requer que seja aplicada a multa de 50% conforme legislação atual, uma vez que, não foi ressalvada a questão temporal pelo Auditor Fiscal em seus fundamentos de fato e de direito. Alternativamente, que seja aplicada a multa de 75% por inexistir nos fundamentos de fato e de direito do Auditor Fiscal os tipos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, para configurar ato doloso e alternativamente, que seja reduzida a multa para 10%, face os princípios da capacidade contributiva, razoabilidade, proporcionalidade e não confisco.

O acórdão recorrido esclarece a questão. De fato, quando o auto de infração foi lavrado, houve mudança na redação do dispositivo legal, razão pela qual o inciso II, mencionado no auto de infração, naquele momento correspondia à infração de natureza distinta daquela apenada nestes autos.

Poderia, portanto, ter o auto de infração veiculado o esclarecimento de que o dispositivo correspondia à redação original, mencionando, por exemplo, o disposto no art. 144 do CTN.

Entretanto, entendo que a falta desse esclarecimento não dificulta, de modo algum, a exata percepção de que se trata da multa de ofício qualificada, até pelo fato de ter sido

lavrada uma representação fiscal para fins penais, e de terem sido elencadas as razões para o agravamento da multa.

Quanto aos pedidos de redução da multa para 75%, 50% ou 10%, não há previsão legal para reduzir o percentual aplicado.

Como não concorda com a tese de que houve fraude, a recorrente alega que são decadentes os lançamentos anteriores a 29/04/2005, uma vez que a ciência do Auto de infração ocorreu em 29/04/2010.

Não assiste razão à recorrente. O § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional, ressalva expressamente que a regra especial de decadência nele prevista não se aplica quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se, conforme relatado no relatório fiscal, que a contribuinte excluiu, indevidamente, da base de cálculo vendas sujeitas à incidência do PIS e da Cofins. Além disso, vê-se que deduziu, também indevidamente, crédito presumido sobre aquisições diversas.

Como bem dito no acórdão recorrido, as exclusões e deduções representaram quase a totalidade da receita da contribuinte. A diferença, como já relatado, foi declarada pela contribuinte, na modalidade do Simples.

Ao promover os recolhimentos mensais pelo SIMPLES, a contribuinte omitiu quase toda a sua receita. Assim, os recolhimentos que alega que teriam sido homologados incidiram sobre cerca de apenas 1% das receitas auferidas. Eventual homologação diria respeito a recolhimento de Simples, que a contribuinte efetuou fraudulentamente, buscando evitar o recolhimento integral de seus encargos tributários.

Como já dito, o mesmo procedimento ocorreu durante todos os meses dos anos-calendário de 2005 e 2006, período em que a contribuinte se manteve enquadrada no Simples de maneira fraudulenta. Tal artifício foi utilizado para ocultar do Fisco o verdadeiro montante de suas receitas, de sorte que pudesse persistir recolhendo apenas fração insignificante dos tributos devidos até que houvesse a decadência do direito de lançar.

Essa conduta amolda-se à perfeição à hipótese descrita no art. 71, inciso I, da Lei nº 4.502, de 30/11/1964:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

Portanto, nos anos-calendário de 2005 e 2006, ao permanecer indevidamente enquadrada no Simples e declarar ao Fisco receitas inferiores a 1% do verdadeiro montante que auferia, a recorrente buscou reduzir, de forma ilícita, seus encargos tributários mensais.

A conduta da recorrente, pautada pelo dolo, impede que a contagem do prazo decadencial ocorra pela regra do art. 150 do CTN. Deve, portanto, prevalecer a regra geral, prevista no art. 173, ou seja, a decadência tem início no primeiro dia do exercício seguinte **aquele em que o lançamento já poderia ter sido feito.**

No caso concreto, o Fisco já poderia ter feito o lançamento dos meses de janeiro a abril de 2005 no curso daquele ano-calendário. Logo, o termo inicial da decadência vem a ser o dia 1º de janeiro do ano de 2006, terminando em 31/12/2010.

Assim, tendo em vista que a contribuinte foi cientificada do lançamento no dia 29/04/2010 (fls. 1652 e 1663), impõe-se a conclusão de que o Fisco não havia ainda decaído do direito ao lançamento.

Com relação à multa de ofício qualificada, restou demonstrado que a conduta da recorrente subsumiu-se à hipótese da Lei nº 4.502, de 1964, o que justifica o percentual de 150%, previsto na redação da Lei nº 9.430, de 27/12/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

A propósito, segundo o art. 144 do CTN:

Art. 144 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Portanto, deve ser mantida a multa qualificada de 150% e não houve a decadência do direito do Fisco de realizar o lançamento.

3) O Enquadramento legal como cerealista:

A recorrente quer que seja garantido o direito de usar o crédito presumido de PIS e Cofins das compras efetuadas de produtor rural, uma vez que, faz padronização e armazenagem, garantindo para si o princípio da não-cumulatividade.

Alega que a Lei 10.925/2004 não determina que seja feita totalmente ou parcialmente a padronização e armazenagem.

Aduz que, na condição de cerealista, tem o direito de descontar o crédito calculado em relação ao estoque existente, conforme dispõe o art. 3º I, II e o art. 12, § 3º ambos da Lei 10833/2003, e Lei 10.637/2002, em seu art. 3, I, II e ao art. 12, § 3º.

A recorrente alega que no auto de infração, o Auditor Fiscal não define o que seja padronização e armazenamento, bem como não indica qual legislação que os definem.

Assim, o Auditor Fiscal descaracterizou a recorrente como cerealista, e glosou da apuração do PIS e COFINS as vendas efetuadas com suspensão, bem como glosou o crédito presumido das compras efetuadas de produtor rural, tributando integralmente o faturamento em 1,65% de PIS e de 7,6% de COFINS, não concedendo nenhum crédito de entrada nas compras realizadas de produtor rural.

Afirma que a lei não impede a terceirização. Impedir a terceirização fere o direito de empresa e o direito de profissão, assegurados pelos artigos 5º, XIII, e 170, ambos da CF/88.

Logo, se a lei não impede a terceirização, os requisitos da qualidade de cerealista são integralmente cumpridos.

A recorrente até traz ao processo fotos de que aparentemente realiza as atividades de armazenagem e padronização. Entretanto, só isso não basta para caracterizar que está cumprindo as normas de regência.

O auto de infração alega que a contribuinte não exerceu, de modo cumulativo, as atividades de cerealista previstas no inc. I, do § 1º do art. 8º da Lei nº 10.925, de 2004:

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal, classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, 12.01 e 18.01, todos da NCM.

Com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que passou a vigorar a partir do dia 22 daquele mês, por força no disposto no inciso do seu artigo 132 (data da publicação da referida Lei no D. O. U. - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal, - classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, 12.01 e 18.01, todos da NCM).

Portanto, à luz desses dispositivos legais, nos anos-calendário de 2005 e 2006, somente se enquadrava como cerealista a pessoa jurídica que: (fl. 1703)

a) até o dia 21 de novembro de 2005 exercesse cumulativamente as atividades de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar café; e

b) a partir de 22 de novembro de 2005, exercesse cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

Entretanto, há diversas provas nos autos de que, nos anos-calendário de 2005 e 2006, a recorrente não se enquadrava como cerealista porque não exercia as atividades de padronizar e armazenar café. O auto de infração traz provas de que a recorrente contratava outras empresas para executar essas duas atividades.

A padronização era realizada pelas seguintes empresas:

a) FORTALEZA AGRO MERCANTIL LTDA, CNPJ 05.735.193/0001-42, situada na Travessa Abolição, 646, em Pérola, Paraná, como se vê pelas notas fiscais de remessa para padronização - CFOP 5.905, das quais são as cópias de fls. 65/199 e 201/297; ou

b) CIANORTE CIA DE ARMAZENS GERAIS NORTE DO PARANÁ, CNPJ 79.608.865/0001-95, situada na Rua Reynaldo Iassi, 30, em Rolândia - Paraná, como se vê pelas notas fiscais de remessa para padronização - CFOP 5.905, das quais são as cópias de fls. 298/313, ou

c) CAFEIVA - CAFEEIRA IVAIPORÃ LTDA, CNPJ 81.107.633/0001-03, situada na Av. Brasil, 230, em Ivaiporã - Paraná, como se vê pelas notas fiscais de remessa para padronização - CF OP5. 905, das quais são as cópias de fls. 314/316.

A armazenagem era realizada pelas seguintes empresas:

a) CIANORTE - CIA DE ARMAZÉNS GERAIS NORTE Do PARANÁ, CNPJ 79.608.865/0001-95, situada na Rua Reynaldo Iassi, 30, em Rolândia - Paraná, como se vê pelas notas fiscais de remessa para depósito - CFOP 5.905, das quais são as cópias de fls.317/399 e 401/464, ou

b) ENAR - EMPRESA NAÇÃO DE ARMAZÉNS GERAIS LTDA, CNPJ 80.575.459/0021-04, situada na Estrada dos Pioneiros, 950 - Gleba Lindóia, em Londrina, Paraná, como se vê pelas notas fiscais de remessa para depósito - CFOP 5.905, das quais são as cópias de fls. 465/4 72, ou

c) CASAGRANDE ARMAZÉNS GERAIS LTDA, CNPJ 04.543.857/0001-09, situada na Av. Nassin Jabur, 145, Jardim Paulista, em Londrina - Paraná, como se vê pela nota fiscal de remessa para depósito - CF OP 5.905, da qual é a cópia de fl. 473.

E por não se enquadrar como cerealista:

a) não poderia deduzir das Contribuições para o PIS e COFINS, devidas em cada mês, crédito presumido calculado sobre as aquisições de café de pessoas físicas, consoante o disposto no artigo 8º da Lei nº 10. 925/2004, e,

b) não poderia efetuar vendas de café com suspensão da incidência das referidas contribuições, conforme previsto no artigo 9º, inciso 1, da citada Lei nº 10. 925/2004.

Portanto, não assiste razão à recorrente.

A Lei nº 10.925, de 2004, posteriormente alterada pela Lei nº 11.196, de 2005, traz:

Para ser considerada cerealista, e fazer jus ao crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda (com as ressalvas da lei), a contribuinte (e não terceiros) deveria exercer cumulativamente as atividades de secar (até 21/11/2005), limpar, padronizar, armazenar e comercializar café.

Se a contribuinte terceiriza tais serviços, e existem provas nesse sentido no auto de infração, não se pode mais considerá-la como cerealista.

Como bem dito no acórdão recorrido, não se trata de vedar a possibilidade de terceirização. Esse é um direito que assiste ao empresário. Contudo, tratando-se de benefício fiscal, é evidente que a norma pode estabelecer requisitos que devem ser cumpridos e dentre eles está o de que a contribuinte deve exercer, por si própria, e de modo cumulativo, todas as atividades anteriormente listadas. Ao terceirizar, a contribuinte simplesmente está deixando de exercer de modo cumulativo todas as atividades previstas na norma. Como consequência, deixa de fazer jus ao crédito presumido calculado sobre o valor dos bens utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda.

Nesse contexto, há que ser mantida a descaracterização da empresa como cerealista e, conseqüentemente, a desconsideração do crédito presumido em questão.

Posteriormente, a recorrente defende o direito de descontar o crédito calculado em relação ao estoque de abertura.

Alega que o auditor ao fazer os lançamentos a título de PIS e COFINS, deixou de considerar no momento da mudança de regime fiscal, de Simples Federal para Lucro Real, o direito da recorrente de descontar crédito calculado em relação ao estoque existente, conforme dispõe o art. 3º, I, e o art. 12, § 3º ambos da Lei 10833/2003, e Lei 10.637/2002, em seu art. 3, I, II e ao art. 12, § 3º.

A lei prevê que a pessoa jurídica tem o direito ao desconto correspondente ao estoque de abertura em relação a determinados bens. Esse direito, no entanto, não pode ser simplesmente alegado e nem o Fisco tem a obrigação de concedê-lo sem que a contribuinte se manifeste a respeito, inclusive com a apresentação de documentação hábil.

No caso específico, nas Dacon apresentados pela contribuinte não constam valores dos estoques de abertura de 2005 e 2006.

Assim, se a própria contribuinte informa, em demonstrativo próprio, que não há qualquer valor de estoque de abertura nos anos de 2005 e 2006, evidente que não há, da mesma forma, como atender a qualquer pleito nesse sentido.

A recorrente afirma também, que as vendas efetuadas para determinadas empresas, listadas às fls. 1726/1727, teriam como finalidade a exportação. Sustenta a imunidade e alega que se as empresas listadas usaram os créditos agiram indevidamente.

Para tratar da matéria, transcrevo trecho do acórdão recorrido:

Uma vez que a contribuinte nada apresentou para sustentar sua alegação verificou-se as notas fiscais constantes dos autos. Atentando-se para as cópias de fls. 511/515, 522, 542, 555/556, 563/564, 571/572, 579/580, 596/599, 602/603, 608, 614/615, 620/621, 624/630, 633/637, 639/640, 643/652, 655/661., 667, 669/675, 683/684, 687/688, 690/698, 700/701, 704/712, 719/724, 728/735, 754, 757/768, 770/772, 776, 780, 784, 790, 799, 802/804, 813 e 816/819, todas relativas às empresas listadas pela impugnante às fls. 1726/1727, vê-se, claramente, que não indicam, em momento algum, que se tratam de vendas com a finalidade de exportação. Com efeito, verificando cada uma das notas fiscais em questão, identifica-se que, em todas, a contribuinte utilizou o código fiscal de operações e prestação

Processo nº 11634.000516/2010-02
Acórdão n.º **3301-002.894**

S3-C3T1
Fl. 1.985

(CFOP) nº 5102, ou seja, venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, e não fez qualquer indicação de que se tratava de venda destinada à exportação. Em algumas, inclusive, consta a informação, inserida pela própria contribuinte, de que a venda é tributada pelo PIS e Cofins (ex. fls. 513/515).

Portanto, não assiste razão à recorrente, também nessa matéria.

Conclusão:

Voto por negar provimento ao Recurso Voluntário mantendo as exigências de PIS de Cofins, além das multas qualificadas de 150% sobre o valor do tributo devido e dos acréscimos legais correspondentes.

Conselheiro Luiz Augusto do Couto Chagas - Relator

(ASSINADO DIGITALMENTE)

LUIZ AUGUSTO DO COUTO CHAGAS