



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

**Processo n°** 13839.001093/2007-63  
**Recurso n°** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão n°** 3202-001.266 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de agosto de 2014  
**Matéria** PIS/PASEP.FALTA DE RECOLHIMENTO  
**Recorrentes** OLIVEIRA E SILVA DISTIRBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS e FAZENDA NACIONAL  
FAZENDA NACIONAL e OLIVEIRA E SILVA DISTIRBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP**

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

CONTRIBUIÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI Nº nº. 8.212/91. SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 08.

Os prazos para constituir crédito da Fazenda Nacional, pertinente às contribuições para a Seguridade Social, são os de cinco anos, previstos nos artigos 150, § 4º ou 173, I, do CTN, tendo em vista a edição da Súmula nº 8 do STF, que declarou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixava tal prazo em dez anos.

CONTRIBUIÇÕES. DECADÊNCIA PARA LANÇAR. APLICAÇÃO DO ART. 62-A DO RICARF.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede recursos repetitivos, por força do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal Administrativo. Por tal razão, o prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito pertinente à Contribuição para Programa de Integração Social - PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, é de 05 anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, na hipótese de existência de antecipação de pagamento do tributo devido, ou do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, na ausência de antecipação de pagamento, sendo este último o caso dos autos.

PIS/PASEP. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS.POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ JULGADO SEGUNDO A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. ENTENDIMENTO QUE VINCULA O CARF POR FORÇA DE SEU REGIMENTO INTERNO.

A partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADC nº 18, que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.877SP, proferido segundo a sistemática do artigo 543C do CPC, entendeu que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, em sintonia com as Súmulas 68 e 94 da citada Corte. Tal entendimento deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, por força do disposto no caput do artigo 62-A do Regimento Interno do referido Conselho, enquanto o STF não fixar entendimento definitivo.

#### TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4:

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

#### MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

O não cumprimento da legislação fiscal sujeita o infrator à multa de ofício no percentual de 75% do valor do imposto lançado de ofício, nos termos da legislação tributária específica.

#### CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 2.

À autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário.

#### APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NO CÁLCULO DOS JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº 4.

A exigência dos juros de mora decorre de lei e estes, por terem natureza compensatória, são devidos em relação ao crédito não integralmente pago no vencimento, seja qual for o motivo determinante da falta de recolhimento no prazo legal. A cobrança dos encargos moratórios deve ser feita com base na variação acumulada da SELIC, como determinado por lei.

#### MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DO DOLO. INEXISTÊNCIA. DESAGRAVAMENTO DA MULTA DE OFÍCIO.

Para aplicação da multa qualificada é necessária a comprovação da prática, pela contribuinte, de quaisquer das condutas previstas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Tendo a contribuinte apresentado declaração de rendimentos referente ao ano-calendário de 2002, informando o seu faturamento e as correspondentes exclusões efetuadas, não há indícios nos autos que demonstrem a prática de conduta dolosa adotada pela empresa com intenção de impedir ou retardar o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência dos fatos geradores, não se verificando elementos suficientes que justifiquem o agravamento da multa de ofício pela prática de fraude, conluio ou sonegação.

**RESPONSABILIDADE PESSOAL DE SÓCIOS E ADMINISTRADORES.  
DESCABIMENTO.**

É incabível a imputação de responsabilidade solidária aos sócios e administradores da pessoa jurídica quando não se verifica nos autos qualquer prática das condutas estabelecidas nos arts. 135 e 137 do CTN.

Recurso de Ofício negado.

Recurso Voluntário conhecido em parte; na parte conhecida, Preliminar rejeitada e, no mérito, Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: (a) em negar provimento ao recurso de ofício; e (b) em relação ao recurso voluntário, em conhecer em parte do recurso; na parte conhecida, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso. O Conselheiro Gilberto de Castro Moreira Junior declarou-se impedido.

Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Presidente e Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Luís Eduardo Garrossino Barbieri, Charles Mayer de Castro Souza, Tatiana Midori Migiyama e Adriene Maria de Miranda Veras.

**Relatório**

Trata a lide de Auto de Infração lavrado contra a empresa OLIVEIRA E SILVA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, em 23/03/2007, referente ao período de apuração de janeiro a dezembro de 2002, para exigência de crédito tributário referente à contribuição para o PIS/PASEP, multa de ofício agravada de 150% e juros de mora, no valor total de R\$ 1.126.598,03. Também foram autuados, na condição de responsáveis solidários, os sócios e administradores da empresa JOSÉ ELIVALDO DA SILVA, VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA e JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO, conforme consta do Termo de Verificação Fiscal e Imputação de Responsabilidade Tributária constante às efls. 82/100, cujos fatos apurados foram assim sintetizados pela autoridade julgadora de base:

*“A FISCALIZADA, conforme se depreende de seu Contrato Social, tem por objeto o comércio atacadista e varejista, inclusive importação e exportação, de produtos industrializados em geral, transportes de cargas, representações de outras sociedades, e atuação como distribuidor logístico. No ano de 2002, seus sócios e administradores eram JOSÉ ELIVALDO DA SILVA (CPF 920.530.414-04), domiciliado na cidade de Camaragibe-PE, e VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA (CPF 457.038.094-87), domiciliado na cidade de Jundiaí-SP.*

Em novembro de 2003, ambos os sócios decidem transferir todas as suas quotas para **BERGOLD LLC**, sociedade constituída sob as leis do Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América, e representada pela procuradora CARMEM LÚCIA ALVES FIGUEIREDO DE SOUZA (CPF 572.457.382-20), e domiciliada na cidade de Jaboatão dos Guararapes-PE. Nesta ocasião, a sócia BERGOLD LLC cede uma quota no valor de R\$ 1,00 (um real) para a sócia N. D. COMÉRCIO LTDA (CNPJ 02.920.449/0001-01), domiciliada na cidade de Jaboatão dos Guararapes-PE, e representada por seu administrador, JOSÉ ELIVALDO DA SILVA. E por fim, nomeiam como administrador, a pessoa de VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA.

Em julho de 2006, portanto, já no curso da ação fiscal, as sócias BERGOLD LLC (representada por JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO, CPF 198.457.904-53, domiciliado na cidade de Vinhedo-SP), e N. D. COMÉRCIO LTDA, representada por VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA, promovem a oitava alteração contratual, pela qual a sócia N. D. COMÉRCIO LTDA cede e transfere sua quota no valor de R\$ 1,00 (um real) para DISTRIBUIDORA IMPORTADORA E EXPORTADORA OLIVEIRA LTDA (CNPJ 04.117.315/000174), estabelecida na cidade de Imperatriz-MA, e representada por seu administrador, VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA. Dedidem as sócias transferir a administração da sociedade para JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO. (fls.7/52).

Nos anos-calendário de 2002 e 2003, adotou como sistemática de tributação a do Lucro Real, com apuração anual, conforme declarações DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica) entregues espontaneamente, dentro do prazo estabelecido pela legislação fiscal. O faturamento anual nestes anos foi da ordem de R\$ 70 milhões. Entretanto, no que se concerne aos anos-calendário de 2004 e 2005, as respectivas DIPJs somente foram apresentadas após sucessivas intimações e reintimações fiscais, devendo-se salientar que, foram preenchidas sem qualquer informação sobre suas atividades operacionais, ou seja, todos os campos de faturamento, receitas, custos e despesas, bem como a apuração dos devidos tributos, foram preenchidos com zero. (fls. 53/151).

Através de sucessivos termos elaborados no curso da fiscalização (Termo de Início de Fiscalização, de 23/12/2005, Termo de Reintimação Fiscal n° 6, de 21/08/2006, Termo de Constatação e Reintimação Fiscal n° 8, de 18/12/2006, Termo de Intimação Fiscal n° 9, de 16/02/2007, e Termo de Reintimação Fiscal n° 10, de 02/03/2007), foram apresentados os livros abaixo relacionados, com as respectivas observações: (fls.152/153, 207/208, 255/257, 262, e 272).

(..)

Mediante Termo de Intimação Fiscal n.º 2, de 17/02/2006, a FISCALIZADA foi intimada a apresentar documentação hábil e idônea comprobatória de lançamentos extraídos de sua contabilidade. Foi ainda intimada a apresentar, para o ano de 2002, o detalhamento dos valores informados na declaração DIPJ/2003 nos campos Outras Exclusões das fichas de Cálculo

das Contribuições para o PIS e para a Cofins, e também as folhas dos livros contábeis onde se encontrava a apuração de tributos federais. E constou, por fim, neste termo, a intimação para apresentar as declarações DCTF referentes aos anos - calendário de 2004 e 2005, uma vez que já se encontrava na situação de omissa perante tais declarações. (fis. 157/163).

(...). Numa rápida apreciação das datas da intimação fiscal até a data de seu atendimento, nota-se que se passaram quatro meses, evidenciando que não houve por parte do contribuinte a presteza e a celeridade quanto ao atendimento das exigências fiscais. E mesmo assim, conforme se demonstrará, o atendimento mostrou-se ineficaz. As declarações DCTF não foram apresentadas, nem sequer foi apresentada resposta a respeito das Outras Exclusões das fichas de cálculo das Contribuições para o PIS e Cofias, bem como as folhas dos livros contábeis onde se encontrava a apuração de tributos federais.

(...)

Esgotado o prazo estipulado no Termo de Constatação e Reintimação Fiscal n.º 5 sem que houvesse qualquer manifestação por parte da FISCALIZADA, foi lavrado Termo de Reintimação Fiscal n.º 6, de 21/08/2006, pelo qual era novamente intimada a apresentar os elementos já solicitados nas intimações anteriores.

(...)

Considerando-se que parte considerável dos elementos solicitados desde o início da fiscalização ainda não havia sido apresentada, foi lavrado Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal n.º 8, de 18/12/2006, ou seja, passado praticamente um ano do início da ação fiscal. Neste termo, foram relacionados primeiramente todos os livros, declarações e esclarecimentos solicitados. Em seguida, foram relacionados os livros e documentos apresentados, e por último, destacou-se o que havia ainda para ser apresentado, sendo concedido prazo para atendimento. (fls. 255/257).

(...)

Em 21/12/2006, a FISCALIZADA transmitiu email através de seu consultor, Sr. Demétrio Carlos Cozer, informando o número dos recibos das declarações enviadas, e informou acerca das **outras exclusões das bases de cálculo de PIS e Cofins tratarem-se de custo das mercadorias vendidas. A legislação vigente à época dos fatos geradores de PIS e de Cofins não amparam estas exclusões pretendidas pela FISCALIZADA. A permissão destas exclusões somente deu-se posteriormente, com a instituição da não-cumulatividade destas duas contribuições. Portanto, sem qualquer amparo legal vigente no ano-calendário de 2002, cabe a esta fiscalização proceder à glosa de tais exclusões indevidas. Ainda que venha a ser questionada a validade jurídica ou não de email encaminhado pelo consultor, uma vez que em momento algum foi apresentada procuração**

*outrorgada pela FISCALIZADA dando ao consultor poderes para representá-la perante esta fiscalização, o fato é que em momento algum foi apresentada a esta fiscalização qualquer justificativa a respeito das exclusões das bases de PIS e Cofins. (fls. 258/259).*

*Tendo em vista que esta fiscalização não teve acesso aos livros e documentos considerados essenciais para a devida conferência dos valores apurados pelo contribuinte no tocante aos tributos federais, prevê o art. 845 do Regulamento do Imposto de Renda 1999 (RIR/99) de que far-se-á o lançamento de ofício com os elementos de que se dispuser.*

#### **APURAÇÃO DOS TRIBUTOS DEVIDOS**

*Para o ano-calendário de 2002, não havendo permissão legal para as exclusões promovidas nas bases de cálculo mensais de PIS e Cofins, procede-se à glosa.*

#### **ARROLAMENTO DE BENS E DE DIREITOS**

(...)

#### **AGRAVAMENTO DA MULTA**

*Diante da conduta dos administradores, depara-se com a ocorrência de fatos que, **em tese**, caracterizam o intuito da sonegação e da fraude, definidas no art. 71 da Lei n.º 4.502, de 1964, ensejando a aplicação da multa de 150%, prevista no art. 44, inciso II, da Lei n.º 9.430, de 1996.*

#### **IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA**

*Estabelece o Código Tributário Nacional em seus artigos 135 e 137 a imputação da responsabilidade tributária pessoal àqueles que tenham dado causa à infração tributária, na prática de atos com infração de lei, e decorrentes de dolo.*

*Acerca da solidariedade, dispõe o Código Tributário Nacional em seu artigo 124:*

(...)

*Assim, diante de todo o relato dos fatos caracterizadores das infrações à legislação tributária, e da constatação de que no período fiscalizado, o Fisco foi deixado intencionalmente à margem das operações mercantis, quando a FISCALIZADA optou por deixar de apresentar as declarações a que se encontrava obrigada, bem como por deixar de recolher aos cofres públicos todos os tributos incidentes sobre o faturamento e o lucro, é de se imputar a responsabilidade tributária pelo crédito tributário ora constituído aos seus administradores, abaixo relacionados:*

- 1. JOSÉ ELIVALDO DA SILVA**, CPF 920.530.414-04, domiciliado no município de Camaragibe-PE;
- 2. VALMIR JOÃO DE OLIVEIRA**, CPF 457.038.094-87, domiciliado na cidade de Jundiaí-SP;

**3. JOSÉ NILSON FERREIRA PINTO**, CPF 198.457.904-53,  
domiciliado na cidade de Vinhedo-SP.

#### CONCLUSÕES

*Em face do acima exposto, procede-se ao presente lançamento de ofício, em relação à constatação de infrações à legislação tributária, descritas anteriormente, exigindo-se o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuições do PIS e da Cofins, e Imposto de Renda da Fonte, além dos acréscimos moratórios e das multas, demonstrados nos presentes Autos de Infração com o pertinente embasamento legal.*

*Esclarece-se que as remissões constantes neste relatório referem-se a documentos integrantes do processo administrativo fiscal protocolizado sob o 13839.001092/2007-19, do qual fazem parte os presentes Autos de Infração. Foram também formalizados os processos sob nº 13839.001093/2007-63 (Auto de Infração PIS), e 13839.001094J2007-16 (Auto de Infração Cofins).*

*E, para constar e surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo em cinco vias de igual forma e teor, assinado por Auditor-Fiscal da Receita Federal, e pelo contribuinte/preposto da fiscalizada, que neste ato recebe uma das vias.*

*A cada uma das pessoas a quem foi imputada a responsabilidade tributária, será entregue Termo de Sujeição Passiva Solidária, acompanhado de urna cópia dos Autos de Infração e do presente Termo.*

As autuadas apresentaram impugnação, cujas alegações de defesa foram assim sintetizadas no Relatório da decisão recorrida:

“Inconformada com a autuação, cuja ciência foi dada em 28/03/2007, a contribuinte, protocolizou impugnação de fls. 75/105, em 27/04/2007. Aduz em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito:

#### PIS

1. Em relação aos lançamentos cujos fatos geradores tenham ocorrido antes de 28/03/2002, já havia operado a decadência de a Fazenda Nacional constituir tais créditos, nos termos do art. 150 do CTN. Frisa a impugnante que os tribunais superiores já se posicionaram no sentido de declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, de 1991;

2. A defesa apresenta vasto arrazoado para alegar quebra do princípio da isonomia, quando foi permitido às instituições financeiras, cooperativas e revendedoras de veículos usados, o direito de excluir da base de cálculo despesas e perdas, o que significa dizer que a base de cálculo do PIS para tais empresas é o lucro bruto. Assim, para evitar o tratamento diferenciado entre pessoas jurídicas de direito privado, com o fim de se realizar justiça fiscal e observar os princípios da capacidade contributiva e, principalmente, da isonomia, assevera a defesa que deve ser admitida as exclusões efetuadas da

base do cálculo do PIS e, por consequência, cancelar as glosas realizadas pela fiscalização.

3. O auto também é improcedente porque incluiu na base de cálculo o ICMS. Mas o conceito de faturamento não abriga a inclusão de outra exação no cômputo da base de cálculo. De outra forma, a contribuinte estaria sendo compelida ao recolhimento da contribuição social sobre uma base para a qual não revelou capacidade contributiva;

4. O STF já decidiu pela inconstitucionalidade do novo conceito de faturamento dado pela Lei n.º 9.718/98. Sendo a base de cálculo das contribuições a receita bruta, evidente que o valor do ICMS não deverá compô-la, pois não possui origem em contrato mercantil e não constitui faturamento;

5. A inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições viola o princípio da capacidade contributiva, pois desnatura o verdadeiro faturamento advindo da venda de bens e serviços;

### **Multa Qualificada**

6. Quanto à multa qualificada (150%), é de se destacar a inexistência dos requisitos estatuídos nos dispositivos legais que determinam sua aplicação. Ora, a impugnante sempre procedeu de forma lícita, mantendo sua contabilidade atualizada, a qual foi apresentada ao fisco, quando solicitada. E, em segundo lugar, não restou caracterizada uma omissão dolosa por parte da empresa;

7. *"Se a impugnante cometeu falhas, estas ocorreram simplesmente por erro, porém jamais com intenção de fraudar o fisco. Ou seja, mesmo que não tenha cumprido todas as obrigações fiscais exigíveis pela legislação, este fato não poderia, em hipótese alguma, levar à aplicação de uma multa qualificada, pois a impugnante nunca deixou de atender as intimações fiscais e nem de entregar as declarações necessárias e nem omitiu dolosamente receitas";*

8. A impugnante não praticou qualquer ato considerado doloso e, portanto, há de ser revista a aplicação da penalidade imposta, passando para o percentual de 75%;

9. A multa no percentual aplicado tem efeitos confiscatórios, pelo que é nitidamente inconstitucional

### **Taxa Selic**

10. A utilização da taxa Selic não tem previsão legal e também fere preceitos constitucionais;

Face ao termo de responsabilidade solidária, também apresentaram impugnação José Nilson Ferreira Pinto, Valmir João de Oliveira e José Elivaldo da Silva, os quais tomaram ciência do lançamento em 30/03/2007. Os recursos referentes aos dois primeiros foram entregues em 27/04/2007. Já o último responsável citado postou sua defesa em 04/05/2007.

Todos alegaram as razões de fato e de direito, a seguir dispostas:

a) A responsabilidade solidária somente pode ser atribuída ao administrador ou sócio se este tiver agido com excesso de poderes ou contra a lei, o que efetivamente não ocorreu no presente caso;

b) Nesse sentido, o fiscal não provou que o administrador agiu com excesso de poderes ou com violação da lei ou do contrato social;

c) Não vigora em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva dos sócios e diretores da empresa pelos débitos tributários. Cabe ao fisco provar a culpa dos sócios, a fim de que eles venham a responder pelos débitos;

d) E ainda que fossem superáveis os argumentos antes expedidos, cabe lembrar que o administrador somente responde pelo período em que exerceu a administração da empresa, não podendo responder pela integralidade dos débitos;

e) Por fim, Valmir João de Oliveira e José Elivaldo da Silva, afirmam ainda que somente podem responder pelo valor de suas quotas no capital social, não podendo haver responsabilização por todo o débito fiscal apurado.”

A DRJ-Campinas/SP julgou o lançamento procedente em parte (efls. 162/177), nos termos da ementa adiante transcrita:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP I*

*Ano-calendário: 2002*

*BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DE ICMS.*

*Por falta de previsão legal, não é permitida a exclusão base de cálculo do PIS do ICMS cobrado da empresa na condição de contribuinte.*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2002*

*CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA. PRAZO.*

*O direito de a Fazenda Pública proceder ao lançamento relativo ao PIS extingue-se após dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.*

*MULTA QUALIFICADA. EXISTÊNCIA DE DOLO.*

*Impõe-se o cancelamento da aplicação de multa qualificada, se as provas carreadas aos autos pelo fisco não evidenciam a intenção dolosa da pessoa jurídica de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência fato gerador.*

*APRECIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA CONCEITO DE FATURAMENTO E PERCENTUAL DAS MULTAS APLICADAS.*

*Estando o julgamento administrativo estruturado como uma atividade de controle interno dos atos praticados pela administração tributária, sob o prisma da legalidade e da legitimidade, não poderia negar os efeitos de lei vigente, pelo que estaria o Tribunal Administrativo indevidamente substituindo o legislador e usurpando a competência privativa atribuída ao Poder Judiciário.*

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2002*

*RESPONSABILIDADE PESSOAL DE ADMINISTRADORES E SÓCIOS.*

*Inexistindo nos autos conjunto probatório demonstrando a ocorrência de atos praticados pelos sócios e administradores da pessoa jurídica contrários aos interesses da sociedade e com infração à lei e ao contrato social, inaplicável a estas pessoas a responsabilidade patrimonial pelo crédito tributário.*

*Lançamento Procedente em Parte*

Aquela autoridade de piso decidiu julgar parcialmente procedente a exigência fiscal em relação ao PIS, reduzindo a multa de ofício de 150% para 75%, e, ainda, decidiu julgar improcedente a imputação de responsabilidade solidária aos administradores/sócios, afastando-os do pólo passivo da autuação.

Em razão do crédito tributário exonerado pela DRJ, além do seu limite de alçada, a Fazenda Nacional recorre de ofício da decisão.

A contribuinte OLIVEIRA & SILVA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS apresentou recurso voluntário perante este Colegiado (efls. 182/209), no qual repisa idênticos argumentos expendidos na impugnação, exceto quanto à questão da multa qualificada, tendo em vista o desagramento da multa de ofício pela DRJ.

É o Relatório.

## **Voto**

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Relatora

Os recursos de ofício atendem às condições de admissibilidade, razões pelas quais deles conheço.

Passo a tratar, inicialmente, das matérias trazidas pelo recurso voluntário.

### Da Decadência

Preliminarmente, alega a recorrente que teria havido decadência do direito de a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário em relação a fatos geradores anteriores a 28/03/2002, tendo em vista que, por aplicação do §4º do art. 150 do CTN, quando da data da ciência do Auto de Infração, em 28/03/2007, já se teriam passado 5 anos contados da data do fato gerador.

No tocante ao prazo decadencial, é remansosa a jurisprudência de todas as Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais deste CARF, no sentido de adotar o prazo limite de cinco anos, estabelecido no CTN, em face da Súmula Vinculante nº. 08 do STF. Referida Súmula passou a produzir efeitos a partir de 20 de junho de 2008 para os demais órgãos do Poder Constituído Judiciário, bem como para a Administração Pública, direta e indireta, e pelos demais entes federativos. Por ela, foram reduzidos os prazos de decadência e prescrição das contribuições previdenciárias para cinco anos, diferente dos 10 anos preconizados na Lei Ordinária 8.212/1991:

*“São inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Assim, afastada a incidência do art. 45 da Lei 8.212/1991, resta decidir o termo inicial do prazo quinquenal previsto no CTN.

O art. 62-A do Regimento Interno do CARF estabelece que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, devem ser observadas no Julgamento deste Tribunal e a decisão daquela Corte deve ser aqui adotada, independentemente das convicções pessoais dos julgadores.

Esta é justamente a hipótese dos autos, em que o STJ, em sede de recurso repetitivo, versando sobre matéria idêntica à do recurso ora sob exame, decidiu que, nos tributos cujo lançamento se dá por homologação, o prazo o Fisco constituir o crédito tributário é de 5 anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento (art. 150, §4º do CTN), ou do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já poderia ter sido efetuado, nos casos de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, do CTN).

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS*

*PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.*

1. *O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inoocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*

2. *É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).*

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

*(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009)*

No caso dos autos, tem-se que não houve qualquer antecipação de pagamento da contribuição por parte da contribuinte (basta observar as informações do Demonstrativo de Apuração do PIS/PASEP, às efls. 73, constante do Auto de Infração).

Assim, tratando a autuação de fatos geradores relativos a todo o ano de 2002, o prazo de cinco anos há de ser contado na forma do inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (01/01/2003), podendo, portanto, ser constituído o crédito tributário até 31/12/2007. Sendo 28/03/2007 a data em que a contribuinte tomou ciência da autuação, não há que se falar em decadência em relação a nenhum período de 2002.

### **Da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/PASEP**

Neste ponto, transcrevo o voto prolatado pelo i. Conselheiro Francisco José Barroso Rios, proferido nos autos do processo administrativo nº. 10830.001934/200813, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

“Conforme asseverado tanto no recurso como na decisão recorrida, a questão da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS é objeto ao menos de dois processos judiciais sob a responsabilidade do STF, no caso, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 18 e o Recurso Extraordinário (RE) nº 240.7852 MG. Nenhuma das duas ações foi ainda julgada até a presente data.

Relativamente à ADC nº 18 (proposta pelo Presidente da República), o STF reconheceu a repercussão geral da demanda e deferiu medida cautelar para determinar que, até o julgamento final da ação pelo Plenário do STF, juízos e tribunais suspendessem o julgamento dos processos em trâmite que envolviam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718/98. A suspensão dos julgamentos deferida liminarmente foi sucessivamente prorrogada nas sessões plenárias realizadas em 04/02/2009, em 16/09/2009, e, finalmente, em 25/03/2010, quando o Tribunal, pela última vez, prorrogou por mais 180 dias a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida.

Quanto ao RE nº 240.7852 MG, o mesmo foi também sustado até o julgamento do ADC nº 18, já que o Plenário do STF, ao julgar questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que o julgamento da ADC deveria preceder o julgamento do RE em tela, uma vez que a ADC, por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, repercutiria sobre os demais processos relativos à matéria.

Por conta da suspensão dos julgamentos determinada pelo STF, os processos envolvendo a mesma matéria, pendentes de serem examinados por este Conselho, ficaram também suspensos, em sintonia com o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62A<sup>1</sup> do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF

<sup>1</sup>Esses dispositivos encontram-se atualmente revogados.

nº 256, de 22/07/2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, e na Portaria CARF nº 01, de 3/01/2012.

A suspensão liminar dos julgamentos dos processos envolvendo a matéria, determinada pelo STF, motivou fosse também susgado, pelo STJ, o julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.127.877SP, recurso o qual fora recebido na origem segundo a sistemática do artigo 543C do CPC, conforme despacho proferido pelo Sr. relator, Min. Teori Zavascki, em 03/11/2009.

Contudo, findo o prazo suspensivo liminarmente concedido pelo STF, o STJ proferiu decisão monocrática e definitiva no aludido REsp nº 1.127.877-SP (transitada em julgado em 20/06/2012), entendimento o qual deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, conforme caput do artigo 62A do Regimento Interno deste Conselho, abaixo transcrito:

*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.*

Assim, não há como reconhecer direito creditório favoravelmente à recorrente, já que o STJ, no âmbito do REsp nº 1.127.877SP, entendeu que o ICMS integra sim a base de cálculo da COFINS, conforme ementa do voto acima referenciado:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.*

*A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da Cofins, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.069.974/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009."*

A matéria encontra-se, inclusive, sumulada pelo STJ, nas Súmulas 68 e 94/STJ, que assim dispõem: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS" e "a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL".

Esta matéria também já foi objeto de apreciação por esta Turma julgadora, que, por unanimidade de votos, entendeu procedente a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Veja-se a ementa do julgado:

*COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ JULGADO SEGUNDO A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS.*

*ENTENDIMENTO QUE VINCULA O CARF POR FORÇA DE SEU REGIMENTO INTERNO.*

*A partir de 21/09/2010, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal, proferido na ADC nº 18, que suspendera a tramitação de processos cujo objeto coincidissem com aquele versado nesta causa.*

*O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.127.877SP, proferido segundo a sistemática do artigo 543C do CPC, entendeu que a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo da COFINS, em sintonia com as Súmulas 68 e 94 da citada Corte. Tal entendimento deverá ser seguido pelos conselheiros no âmbito do CARF, por força do disposto no caput do artigo 62-A do Regimento Interno do referido Conselho, enquanto o STF não fixar entendimento definitivo.*

*(Processo nº 13971.002136/2007-01, Relator Thiago Moura de Albuquerque Alves)*

Por tais razões, mais uma vez improcedentes as alegações da contribuinte.

**Questões Referentes a Ofensas a Princípios Constitucionais e Justiça Fiscal**

Conforme observa a autoridade julgadora de piso, *a empresa tenta justificar as exclusões feitas na base de cálculo do PIS e da Cofins, pautando-se no princípio da isonomia, o qual permitiria a empresa ter o mesmo direito dado às instituições financeiras, cooperativas e revendedoras de carros usados, de cuja base de cálculo são expurgados custos e despesas determinados.* Por tais razões, pugna para que seja realizada justiça fiscal.

As questões constitucionais trazidas pela recorrente, referentes a ofensa aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, tem-se que a este Tribunal administrativo não cabe manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis. Tendo sido ao caso fielmente aplicadas leis que estão em plena vigência, possíveis alegações de inconstitucionalidade devem ser deduzidas perante a autoridade competente do Poder Judiciário.

O recurso voluntário, portanto, não merece ser conhecido nesta parte, por aplicação da Súmula CARF nº.2. *(O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária)*

**Da Multa de Ofício**

A autoridade julgadora de piso reduziu a multa de ofício ao percentual de 75%

A recorrente manifesta, em seu recurso voluntário, o entendimento de que, ainda que no percentual de 75%, a multa de ofício é nitidamente inconstitucional e tem efeito confiscatório, o que violaria o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

O não recolhimento da Contribuição para o PIS/PASEP caracteriza uma infração à ordem jurídica e a inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente. Cabível, portanto, a multa de ofício referida, por constituir-se na plena aplicação da legislação em vigor, nos estritos limites da lei, mais especificamente da Lei nº. 9.430/96, art. 474, I.

Demais disso, quanto ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada, tem-se que a análise desse tema passa necessariamente pela constitucionalidade da norma impositiva da penalidade, o que foge do campo de competência das instâncias administrativas. Isto porque, no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade por este Poder - seja com efeitos *erga omnes* (no controle concentrado de constitucionalidade), seja com efeito *inter partes* (no controle difuso) - a lei gozará, sim, de presunção de constitucionalidade, e, por conseguinte, será válida e terá aplicação cogente em todo o território nacional.

Tal questão encontra-se sumulada no âmbito deste CARF:

*Súmula CARF nº.2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Mais uma vez, o recurso voluntário não merece ser conhecido nesta parte.

### **Da Aplicação da Taxa Selic**

É indubitável ser o lançamento tributário atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória, o que restringe o proceder da autoridade fiscal aos estritos termos da lei. Por conseguinte, não fica ao alvedrio dos agentes do Fisco estipular os percentuais dos encargos legais a serem exigidos do sujeito passivo, pois a própria lei já os especificam. No caso presente, os juros foram calculados em percentual equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, conforme determinação dada pelo § 3º do artigo 61 da Lei 9.430/1996.

Desse modo, como a fluência dos juros moratórios, a partir do vencimento dos tributos e contribuições, decorre de expressa disposição legal, não se pode imputar vício ao ato de lançamento no qual foi formalizado o crédito tributário inadimplido com os acréscimos determinados por lei.

Quanto à suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic como índice dos juros de mora, é de se observar que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias.

Assim, como os dispositivos legais relativos aos juros de mora objeto da presente lide não foram julgados inconstitucionais, tampouco tiveram sua execução suspensa pelo STF, não se pode negar-lhes vigência, agindo, pois, corretamente o Fisco ao aplicar-lhes ao lançamento.

Por último, cabe ressaltar que essa matéria encontra-se sumulada pelo CARF, a saber:

*Súmula nº 4*

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

### **Do Recurso de Ofício: Do Desagravamento da Multa de Ofício**

Mostra-se acertada a decisão da DRJ, que reduziu o percentual aplicado à multa de ofício, de 150 para 75%, nada havendo a reparar na decisão *a quo* neste sentido.

O agravamento da multa de ofício, via de regra, decorre da aplicação do disposto no §1º do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, que assim dispõe:

*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 inexata;*

*II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:*

*a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*

*b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.*

**§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.**

Por sua vez, estabelece a Lei nº. 4.502/1964:

*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;*

*II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.*

*Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.*

*Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.*

No caso em questão, pela descrição dos fatos constantes da autuação, verifica-se inexistir a caracterização de qualquer uma das três condutas que permitem a qualificação da multa, seja por sonegação, seja por fraude ou, ainda, por conluio, conforme bem asseverou a autoridade julgadora *a quo*:

“Como visto, a fiscalização formalizou o crédito tributário em decorrência da glosa das exclusões feitas na base de cálculo do PIS, as quais, mesmo intimada, a contribuinte não logrou esclarecer, informando apenas que se tratavam de custos de mercadorias vendidas.

Cumprе ressaltar que para o ano-calendário 2002 a empresa entregou declaração de rendimentos, informando o seu faturamento e as correspondentes exclusões efetuadas.

Via de regra, para os casos de declaração inexata é aplicada a multa de 75%, a menos que o Fisco detecte e aponte o evidente intuito de fraude, ou seja que se demonstre tratar-se de conduta dolosa.

Evidente intuito de fraude é conceito amplo no qual se inserem aquelas condutas dolosas definidas como sonegação, fraude ou conluio, consoante a Lei n.º 4.502, de 1964, *in verbis*:

*(omissis)*

Pela Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, no âmbito do Direito Penal e, portanto, com inflexão sobre este caso (aplicação de penalidade com representação para fins penais), a sonegação vem definida, de forma genérica, como qualquer conduta dolosa que ofenda a ordem tributária, entre as quais coloco em relevo as que colaciono abaixo:

*Art. 1º. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as seguintes condutas:*

*I- omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*

*II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*

*[...]*

*Art. 2º. Constitui crime da mesma natureza:*

*I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou*

*empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;*

[...]

Assim, no exame dos dois dispositivos legais supra transcritos, verifica-se que sonegação, para fins de Direito Tributário Penal ou, como não poderia deixar de ser, para o Direito Penal Tributário, necessita do falso material ou da omissão de informações na declaração ou omissão da própria declaração a que está sujeito a contribuinte.

Contudo, compulsando-se os autos, não se encontra caracterizada a conduta dolosa da contribuinte para o não pagamento da contribuição devida. Havendo a contribuinte declarado o seu faturamento e a exclusão realizada, qual teria sido a conduta adotada pela empresa com intenção de impedir ou retardar, dolosamente, o conhecimento, por parte da autoridade fiscal, da ocorrência dos fatos geradores?

Ora, quando o sujeito passivo deixa de apurar tributo ou contribuição, em razão de interpretação da legislação, de acordo com a responsabilidade objetiva fixada no art. 136 do Código Tributário Nacional, é imputável apenas a multa de ofício no patamar de 75%. E, no presente caso, inexistindo demonstração de que o sujeito passivo agiu de forma dolosa, a fim de subtrair-se ao pagamento dos valores ora lançados, cabe reduzir o percentual da multa aplicada de 150% para 75%.”

Por tais razões, deve ser mantida a multa de ofício, porém desagravada, reduzindo-se o seu percentual para 75%, conforme decidiu a DRJ.

### **Do Recurso de Ofício: Da Exoneração da Responsabilidade Pessoal dos Sócios e Administradores**

Também neste ponto entendo que a decisão recorrida não merece reparo.

Não vislumbro nos autos qualquer prática de gerenciamento, financiamento ou operacionalização de esquema de fraude, tão comum nos diversos casos de interposição fraudulenta de terceiros que sempre aqui analisamos, na aérea de comércio exterior, tampouco qualquer ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos que pudessem ter sido praticados pelas pessoas físicas apontadas na autuação como responsáveis solidários.

Mais uma vez, adoto como razões de decidir os fundamentos muito bem traçados pela autoridade julgada *a quo*, e transcrevo, abaixo, excertos do voto condutor do acórdão:

“.....

Entre as situações em que se verifica a ocorrência de responsabilidade tributária, encontra-se previsto o dever dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado recolherem aos cofres públicos os créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de Lei, contrato social ou estatutos (art. 135 e 137 do CTN).

Sobre o assunto, Hugo de Brito Machado Segundo (*In* "Responsabilidade de Sócios e Dirigentes de Pessoas Jurídicas e o

Redirecionamento da Execução". Problemas de Processo Judicial Tributário - 4º Volume. São Paulo, Dialética, 2000, págs. 127/146) explica:

*Não se pode pretender que a pessoa jurídica somente pratique atos lícitos, excluindo de sua responsabilidade a violação de normas jurídicas, supostamente imputável apenas aos seus sócios ou dirigentes. Se o ato foi praticado pela pessoa jurídica, através de órgão seu, a responsabilidade é da pessoa jurídica, e não da pessoa física que validamente exercia a função de órgão. Ao revés, se a pessoa ou as pessoas que compõem o órgão atuam fora dos limites da competência, o ato não é ato de órgão; portanto, não é ato da pessoa jurídica.*

(...)

*Sendo assim, a violação da Lei societária pode ocorrer, dando azo à responsabilização do sócio-gerente ou diretor, em dois momentos distintos. O primeiro, quando o fato gerador é praticado pelo diretor ou sócio-gerente fora de suas funções, extrapolando os limites impostos pelos atos constitutivos ou pela Lei societária. (...) O segundo, quando embora o fato gerador tenha sido realizado pela pessoa jurídica, a dívida tributária não for adimplida em virtude de ato contrário à Lei societária praticado pelo diretor ou sócio-gerente, como é o caso da liquidação irregular da sociedade, do desvio de recursos desta para a pessoa natural do diretor, ou quaisquer outros atos que, no dizer de Misabel Abreu Machado Derzi, embora praticados em nome do contribuinte, são contrários aos seus interesses". [grifos e destaques acrescidos].*

A questão cinge-se então a verificar se as irregularidades imputadas à empresa por intermédio do presente auto de infração decorrem de atos praticados com excesso de poderes pelos seus sócios-gerentes e administradores ou em dissonância com os interesses da sociedade.

Como já comentado, o auto em questão resulta da exclusão do custo das mercadorias vendidas da base de cálculo do PIS, que segundo a impugnação tem fundamento no princípio constitucional da isonomia e no fato de instituições financeiras, cooperativas e revendedoras de carros usados possuem este direito.

Por si só, tal procedimento não configura que os sócios e administradores da empresa agiram de forma a infringir a legislação tributária e comercial e os interesses da própria empresa.

Desta feita, tendo em conta que nos autos não se encontra produção probatória da ocorrência dos atos praticados com infração à lei e ao contrato social pelos sócios e administradores da pessoa jurídica, não procede a responsabilidade tributária pessoal atribuída aos administradores.

Cumprido observar, por fim, que, apesar de José Elivaldo da Silva ter apresentado a destempe sua contestação, o presente acórdão também lhe favorece. Isso porque, no caso é impossível a imputação de responsabilidade solidária a qualquer um dos administradores, posto que a infração encontra-se fundamentada em infração decorrente da errônea interpretação pela pessoa jurídica da legislação tributária."

Por fim, cabe salientar que estas mesmas matérias objeto do recurso de ofício (redução da multa agravada para 75% e exclusão da imputação da responsabilidade solidária

Processo nº 13839.001093/2007-63  
Acórdão n.º **3202-001.266**

**S3-C2T2**  
Fl. 228

dos administradores) já foram julgadas pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de julgamento deste CARF, nos autos do processo administrativo nº. 13839.001094/2007-16, tendo aquela Turma, à unanimidade, decidido negar provimento ao recurso de ofício, adotando como decisão os fundamentos esposados pela autoridade julgadora de piso.

### **Conclusão**

Pelo exposto, voto no sentido de (i) **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de ofício; e, (ii) em relação ao recurso voluntário, **CONHECER EM PARTE** do recurso; na parte conhecida, **REJEITAR A PRELIMINAR** suscitada e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

Relator Irene Souza da Trindade Torres Oliveira - Relator