



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

Processo n° 15586.000117/2006-21
Recurso n° 1 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 3302-001.778 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de agosto de 2012
Matéria PIS E COFINS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrentes MINTER TRADING LTDA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/11/2004

NULIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). NÃO OCORRÊNCIA

Tendo o MPF sido emitido e prorrogado na forma prevista nas portarias que o regulam não há que se cogitar em nulidade dos procedimentos da Fiscalização e em nulidade do lançamento.

NULIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

Se o auto de infração possui todos os requisitos necessários à sua formalização, não se justifica arguir sua nulidade, mormente quando os fatos imputados à empresa autuada são claros e precisos.

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO.

Existindo pagamento antecipado, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, decai em 5 anos, a contar da data da ocorrência do fato gerador, o direito de a Fazenda Nacional constituir, pelo lançamento, crédito tributário do PIS e da Cofins.

BASE DE CÁLCULO. EMPRESA IMPORTADORA “FUNDAPIANA”.

Antes de agosto de 2001 não existia regra excepcionando a incidência do PIS e da Cofins para as empresas importadoras, nas operações de importação por conta e ordem de terceiros. A partir de agosto de 2001, tais operações tem tributação diferenciada quando atendidos os requisitos legais. Não é o caso dos autos.

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o CARF aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS e da Cofins sobre as receitas que não representam venda de mercadoria ou de serviço.

BASE DE CÁLCULO. VALOR DO IPI. EXCLUSÃO.

Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da Cofins, exclui-se do faturamento o valor do IPI.

LANÇAMENTO. ERRO DE APURAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

As pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real sujeitam-se à incidência do PIS e da Cofins pelo regime não cumulativo a que refere as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03.

MULTA DE OFÍCIO.

A qualificação da multa de ofício ocorre quando ficar provado o evidente intuito de fraude ou quando ficar provado a própria fraude fiscal. A interpretação da legislação tributária de forma diferente do Fisco, quando a matéria for controversa, não se constituiu em prática fraudulenta.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. O conselheiro Alexandre Gomes acompanhou o relator pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente e Relator.

EDITADO EM: 25/08/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Contra a empresa recorrente foi lavrado autos de infração para exigir o pagamento de PIS e de Cofins, relativo a fatos geradores ocorridos entre junho de 2000 e novembro de 2004, tendo em vista que a Fiscalização constatou que a autuada deixou de recolher, integral ou parcialmente, parcelas das exações no período objeto do lançamento e, ainda, que vinha declarando em DCTF, sistematicamente, valores irrisórios de PIS e de Cofins,

caracterizando evidente intuito de fraude, o que ocasionou a majoração da multa de ofício para o percentual de 150%.

Inconformada com a autuação a empresa interessada impugnou o lançamento, cujas razões estão sintetizadas no relatório do acórdão recorrido, que leio em sessão.

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro II julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir o valor do IPI da base de cálculo no ano de 2002; para reconhecer a decadência até o período de apuração de novembro de 2000 e para declarar improcedente o lançamento dos períodos de apuração ocorridos a partir de dezembro de 2002, para o PIS, e a partir de fevereiro de 2004, para a Cofins, em face da aplicação da sistemática não cumulativa para esses períodos, nos termos do Acórdão nº 13-27.221, de 19/11/2009, cuja ementa abaixo se transcreve.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2000, 01/09/2000 a 28/02/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 30/11/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não se verificando a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e observados todos os requisitos do artigo 10 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade da autuação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2000, 01/09/2000 a 28/02/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 30/11/2004

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO IPI.

Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, exclui-se da receita bruta os valores do IPI.

BASE DE CÁLCULO - EMPRESA IMPORTADORA.

Compõem a base de cálculo das contribuições devidas pelo estabelecimento importador as receitas decorrentes da venda de mercadorias importadas, concretizada com a emissão da respectiva nota fiscal de venda, ainda que haja prévia definição do adquirente, acrescidas, a partir do período de apuração 02/99, das demais receitas auferidas pela empresa.

BASE DE CÁLCULO IMPORTAÇÕES POR ORDEM DE TERCEIROS.

A partir do período de apuração 08/2001, a receita bruta para fins de incidência do PIS e da COFINS dos estabelecimentos importadores passou a ser o valor dos serviços prestados ao adquirente, desde que obedecidos, cumulativamente, os requisitos previstos em norma infralegal.

LANÇAMENTO - INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A pessoa jurídica tributada pelo lucro real, sujeita-se à incidência da COFINS sob o regime não-cumulativo regulado pela Lei nº 10.833/03, a partir de 01/02/04.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2000, 01/09/2000 a 28/02/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 30/11/2004

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO IPI.

Para fins de determinação da base de cálculo do PIS e da COFINS, exclui-se da receita bruta os valores do IPI.

BASE DE CÁLCULO - EMPRESA IMPORTADORA.

Compõem a base de cálculo das contribuições devidas pelo estabelecimento importador as receitas decorrentes da venda de mercadorias importadas, concretizada com a emissão da respectiva nota fiscal de venda, ainda que haja prévia definição do adquirente, acrescidas, a partir do período de apuração 02/99, das demais receitas auferidas pela empresa.

BASE DE CÁLCULO IMPORTAÇÕES POR ORDEM DE TERCEIROS.

A partir do período de apuração 08/2001, a receita bruta para fins de incidência do PIS e da COFINS dos estabelecimentos importadores passou a ser o valor dos serviços prestados ao adquirente, desde que obedecidos, cumulativamente, os requisitos previstos em norma infralegal.

LANÇAMENTO - INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A pessoa jurídica tributada pelo lucro real, sujeita-se à incidência do PIS sob o regime não-cumulativo regulado pela Lei nº 10.637/02, a partir de 01/12/02.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2000, 01/09/2000 a 28/02/2004, 01/08/2004 a 31/08/2004, 01/11/2004 a 30/11/2004

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

Após a publicação da Súmula Vinculante STF nº 8, que declarou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, pacificou-se o entendimento de ser quinquenal o prazo decadencial para constituição das contribuições sociais.

MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício qualificada deve ser aplicada quando ocorre prática reiterada e consistente de ato destinado a retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Administração Fiscal da ocorrência do fato gerador.

Nos termos do artigo 34 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.532/97, e Portaria MF nº 3/2008, a Turma de Julgamento recorreu de ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Ciente da decisão acima em 28/10/2010 (fl. 901), a interessada ingressou, no dia 29/11/2010, com o recurso voluntário de fls. 910/927, no qual alega repisa os argumentos da impugnação de que:

a) a Portaria SRF 3.007/01 em seu art. 12, inciso I, delimita o termo final de validade do MPF a 120 dias. O MPF foi expedido em 20/05/2005, expirando em 17/09/2005. Inexiste qualquer prorrogação, sendo que somente em 13/04/06 foi expedido MPF Complementar, o que criou enormes dificuldades à Recorrente para o atendimento às solicitações da fiscalização. Diante do vício de forma, contaminando o procedimento fiscal, devem ser declaradas suas nulidades;

b) o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, devendo ser acatado o pedido de decadência referente aos períodos de apuração ocorridos até 01/05/2001, considerando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 02/05/2006;

c) da leitura do Auto de Infração é impossível apurar o modo como a fiscalização determinou a base de cálculo da contribuição, em detrimento ao direito da Recorrente em exercer sua mais ampla defesa. O demonstrativo do auto de infração arrola o valor tributável, mas não há a forma como o mesmo foi calculado;

d) o demonstrativo constante do Termo de Encerramento da Ação Fiscal genericamente aponta as exclusões legais da base de cálculo, o que dificulta a apuração;

e) ainda que a contabilidade tenha observado que o IPI tenha constado das exclusões do período de 2000, a apuração da base de cálculo no período de 2002, de parcelas de exclusão irrisórias enseja ter a fiscalização desconsiderado todo o IPI/2002 declarado pela Recorrente;

f) inexistindo forma de sanar os vícios dos atos praticados, deverão ser declarados nulos os lançamentos, conforme determina os arts. 59, 60 e 61 do Decreto 70.235/72;

g) não foram discriminadas as "exclusões" e "outras receitas". Faltam inclusive as indicações de financiamentos recebidos do Bandes, no âmbito de atuação da Recorrente, cuja receita deveria estar isenta;

h) inegavelmente há cerceamento de defesa do procedimento adotado. A jurisprudência do Conselho de Contribuintes já pacificou a matéria em que patente a nulidade do ato impugnado;

i) quanto a multa de 150%, aplicada pela fiscalização, no máximo poderia ser aplicado o inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, posto que não há comprovação de evidente intuito de fraude;

j) em se tratando de matéria fiscal, há que sobejar a aplicação da punibilidade menos gravosa ao contribuinte, razão que, em se tratando de PIS, aplicável a multa de 50%, consoante alínea "h" do art. 21 do Decreto-Lei 401/68;

k) inexistente ato que afirme a existência de dolo e toda a documentação encontra-se devidamente contabilizada e foi posta à disposição da fiscalização;

l) inexistente qualquer ação ou omissão dolosa que se enquadre nas premissas do art. 71 da Lei 4.502/64;

m) a recorrente é empresa "Fundapeana", o que significa que a maioria das suas operações são realizadas na modalidade "conta e ordem" e, portanto, sem incidência do PIS e da Cofins;

n) a Medida Provisória 2.158-35/2001, a IN SRF 75/2001, a IN SRF 98/2001 e o ADI SRF 7/2002 dispõem sobre o PIS e a Cofins incidentes nas importações efetuadas por conta e ordem de terceiros. Conforme normativos, faz-se necessária a identificação das importações por conta e ordem de terceiros. Esta condição deveria ter sido mencionada pela fiscalização;

o) a IN SRF 247/2002 também dispõe sobre o tema e relaciona requisitos caracterizadores da importação por conta e ordem;

p) as notas fiscais de saída não possuem CFOP específico para identificar as operações por conta e ordem ou por conta própria. O CONFAZ deveria dizer qual o código para cada tipo de operação;

q) embora tenha traçado as linhas gerais da operação por conta e ordem, a SRF não pode, por lhe faltar competência legal, estabelecer qual o CFOP para a operação por conta e ordem de terceiros;

r) este aspecto é suficiente para afastar de vez qualquer eventual suposição de dolo ou a fé, já que não existia regulamentação clara e suficiente para possibilitar à Recorrente o conhecimento de qual deveria ter sido o procedimento a ser adotado;

Na forma regimental, o recurso voluntário foi distribuído a este Conselheiro Relator.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Walber José da Silva - Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais preceitos legais. Dele se conhece.

Como relatado, no período de junho de 2000 a novembro de 2004, a empresa recorrente deixou de pagar, ou pagou a menor, o PIS e a Cofins em razão de ter excluído da

base de cálculo da exação o valor das vendas de mercadorias importadas e de outras receitas integrante da receita bruta.

Em sua impugnação, a empresa recorrente alegou, preliminarmente, a decadência para os períodos de apuração ocorridos até 01/05/2001 e a nulidade do autuação por supostos vícios no MPF. No mérito, alegou que no ano de 2002 não foi excluído o valor do IPI incidente nas saídas dos produtos importados e, sendo uma empresa “fundapeana” sempre importa por conta e ordem de terceiros, de quem recebe uma comissão, e que não realiza venda das mercadorias importadas, apenas as transfere aos seus legítimos proprietários, não ocorrendo o fato gerador do PIS e da Cofins. Contesta o agravamento da multa de ofício por falta de prova da existência de dolo.

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro II acolheu, em parte, as alegações da Recorrente para excluir, no ano de 2002, o IPI da base de cálculo das exações; para reconhecer a decadência para os fatos geradores ocorridos até novembro de 2000; e para declarar improcedente o lançamento dos períodos de apuração ocorridos a partir de dezembro de 2002, para o PIS, e a partir de fevereiro de 2004, para a Cofins, por erro de apuração das exações, que estavam sujeitas ao regime não cumulativos das Lei nºs. 10.637/02 e 10.833/03. Desta parte recorreu de ofício.

Passemos, então, à análise das razões fundamentais do recurso voluntário.

1 - Mandado de Procedimento Fiscal - MPF

A Recorrente alega a existência de vício no lançamento porque o MPF expedido em 20/05/2005 expirou em 17/09/2005, sem que tenha havido prorrogação e o MPF Complementar criou-lhe enormes dificuldades.

Independente da natureza jurídica do MPF e de sua vinculação ao lançamento, as alegações da Recorrente não guardam relação com a realidade dos fatos na medida em que, ao contrário do que afirma, o MPF original sofreu prorrogações sucessivas na forma e no tempo estabelecidos nas Portarias SRF nº 3.007/01 e 6.087/05, conforme prova o extrato de fl. 03.

Diante destes fatos, não há reparos a fazer na decisão recorrida e em seus fundamentos, que adoto integralmente.

2 - Decadência

Quanto à decadência, entende a recorrente que está decaído o direito de a Fazenda Nacional constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até 01/05/2001, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Com razão a recorrente.

Como bem disse a decisão recorrida, há que se afastar a aplicação dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, nos termos da Súmula Vinculante nº 8, do STF, abaixo reproduzida.

Súmula Vinculante nº 8 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e

46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A divergência reside na contagem do prazo decadencial, que a Recorrente entende aplicar-se o art. 150, § 4º do CTN e a decisão recorrida aplicou a regra do art. 173, inciso I, também do CTN.

Sobre este tema, o STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo previsto no art. 543-C do CPC (RESP 973.733, Min. Luiz Fux), cuja aplicação é obrigatória pelo CARF (art. 62-A do Regimento Interno do CARF), que para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado, aplica-se o art. 173, inciso I, e não o art. 150, § 4º, ambos do CTN.

O que define a regra de contagem do prazo decadencial é a existência, ou não, de pagamento antecipado.

No caso em tela, não existe nos autos Darf ou extrato de pagamentos feitos pela Recorrente. No entanto, no item 2.3 do Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fl. 470), a autoridade lançadora afirma que a Recorrente **deixou de recolher parcela** do PIS e da Cofins no período de 06/00 a 12/003, levando a concluir que a Recorrente efetuou pagamentos em valores inferiores ao apurado pela Fiscalização. Disse a autoridade lançadora:

A pessoa jurídica MINTER TRADING LTDA deixou de recolher parcela significativa das contribuições sociais devidas ao PIS (Programa de Integração Social) e a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) no período de 01/06/2000 a 31/12/2003 e ainda os débitos, em montante integral, apurados no período de abril/2003 a setembro/2003 e nos meses de janeiro/2004, fevereiro/2004, agosto/2004 e novembro/2004.

Conclui-se que houve pagamento antecipado nos períodos de apuração ocorridos até 01/05/2001. Como a ciência do lançamento ocorreu no dia 02/05/2006, aplica-se, portanto, a regra do art. 150, § 4º do CTN e, desta forma, estão decadentes os créditos tributários, do PIS e da Cofins, cujos fatos geradores ocorreram até o dia 01/05/2001, ou seja, dos períodos de apuração de 06/2000 a 04/2001.

Procede, portanto, a alegação da Recorrente nesta parte.

3 - Nulidade

Alega a Recorrente a nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa em face da falta de clareza da forma de apuração da base de cálculo das exações.

Entendo que tanto na descrição dos fatos como nos demonstrativos de apuração do PIS e da Cofins, constantes do Termo de Encerramento da Ação Fiscal, são absolutamente claros e perfeitamente compreensíveis por qualquer profissional com conhecimentos mínimos para aplicar a legislação tributária, como o são os contadores e os advogados.

Com relação às “outras receitas” e as “exclusões” referidas na apuração da base de cálculo das exações pela autoridade lançadora, não se exige esforço para identificá-las na contabilidade da Recorrente. Como bem disse a autoridade lançadora e a decisão recorrida,

“outras receitas” são as receitas de natureza financeira e as demais receitas operacionais contabilizadas. E as “exclusões” são as receitas de exportação, as receitas decorrentes de substituição tributária do ICMS, as devoluções de vendas e os débitos de IPI sobre vendas escrituradas. Não há, portanto, nenhuma necessidade de se relacionar, uma a uma, essas rubricas para tornar possível a apuração do valor das mesmas, incluídas ou excluídas da base de cálculo da exação.

Como bem disse a decisão recorrida, cujos fundamentos adoto, nem de longe há indícios de cerceamento do direito de defesa da Recorrente pela falta de detalhamento dos referidos valores.

Não acolho, portanto, a preliminar de nulidade dos lançamentos.

4- Operações praticadas no âmbito do FUNDAP

A Recorrente alega que é uma empresa “fundapiana” e, como tal, presta serviços a empresas importadora, recebendo comissão pelos serviços prestados e as saídas das mercadorias importadas não representa receita posto que as mesmas são importadas por conta e ordem de terceiros, a quem a Recorrente remete as mercadorias.

Em relação a este tema, a decisão recorrida foi didática e deixou claro que, antes de agosto de 2001, nas vendas de mercadorias importadas sob encomenda de terceiros incidia o PIS e a Cofins pela regra geral, antes a ausência de legislação de exceção. Com a edição da MP 2.158-35/2001 (artigos 80 e 81), passou a existir a possibilidade da empresa importadora de mercadoria, por conta e ordem de terceiros, tributar somente a receita dos serviços e a empresa encomendante tributar a receita da venda das mercadorias importadas. Para isto, a empresa a importadora deveria atender ao disposto no art. 2º, das INs nº 75/2001 e 98/2001, o que não ocorreu no caso dos autos. Portanto, aplica-se ao caso concreto a regra geral de tributação do PIS e da Cofins.

À mingua de prova de que a Recorrente atende ao disposto 2º, das INs nº 75/2001 e 98/2001, não há como acolher a sua pretensão, razão pela qual ratifico e adoto os fundamentos da decisão recorrida, neste particular.

5 - Multa de ofício agravada

Com relação à alegação da Recorrente de que não se aplica a multa agravada (150%), porque não houve comprovação de evidente intuito de fraude. Entende que caberia, no máximo, a aplicação da multa prevista no inciso I do artigo 44 da Lei 9.430/96 (75%).

Inicialmente, alerte-se que, tendo sido lançada a multa de ofício qualificada, a Fiscalização, para cumprimento do disposto no art. 1º do Decreto nº 2.730/1998, e com fulcro nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, formalizou a Representação Fiscal para Fins Penais, que encontra-se pensada ao presente processo.

A majoração da multa de ofício foi justificada pela autoridade lançadora nos seguintes termos:

Conforme demonstrado no item 2.3 deste Termo e comprovado nos autos, a pessoa jurídica MINTER TRADING LTDA, no

período de junho/2000 a novembro/2004, adotou o procedimento de prestar declarações inverídicas nas DCTF (Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais) apresentadas à Secretaria da Receita Federal, informando débitos de PIS e de COFINS em valores muitíssimo inferiores aos devidos, menos de 1% na maior parte do período. Informou também a inexistência de tais débitos no período de abril/03 a setembro/2003 e nos meses de janeiro/2004, fevereiro/2004, agosto/2004 e novembro/2004.

A DCTF é documento instituído e exigido pela legislação fiscal com a finalidade precípua de tornar obrigatória a informação, pelo sujeito passivo, do montante dos tributos devidos, pagos ou não, à Secretaria da Receita Federal. A DCTF é confissão de dívida. É por meio das DCTF apresentadas que o contribuinte, por força de obrigação instituída, confessa autoridade tributária o montante e a natureza de seus débitos para com a Fazenda Nacional.

Ao adotar, por trinta e cinco meses consecutivos, o procedimento reiterado de omitir débitos nas DCTF apresentadas à Secretaria da Receita Federal e de informar valores irrisórios, muitíssimo inferiores aos de fato devidos, a fiscalizada, deixou clara a sua intenção de dificultar e retardar o conhecimento e a cobrança do montante real de sua dívida pela autoridade fazendária.

A intenção da fiscalizada MINTER TRADING LTDA ao se utilizar do expediente de prestar declaração falsa à Secretaria da Receita Federal foi uma só: não dar conhecimento administração tributária da totalidade de sua dívida, na tentativa de esquivar-se assim do pagamento de seu montante integral.

Não restam dúvidas de que se trata de comportamento tipificado pela lei penal como do tipo doloso, o que demonstra que tal atitude se configura em evidente intuito de fraude. Restou, assim tipificado, em tese, o crime de sonegação fiscal de acordo como o explicitado no art. 71 da Lei nº 4.502/64 também demonstrado o intuito fraudulento da fiscalizada em se eximir do recolhimento tributário cabível, o que enseja o agravamento da penalidade de ofício sobre o valor das contribuições sociais devidas ao PIS e à COFINS, conforme determina o artigo 44, inciso II Lei nº 9.430, de 27/12/1996.

Não resta nenhuma dúvida de que a adoção, “por trinta e cinco meses consecutivos, o procedimento reiterado de omitir débitos nas DCTF apresentadas à Secretaria da Receita Federal e de informar valores irrisórios” pode caracterizar o evidente intuito de fraude a justificar a majoração da multa.

No entanto, o procedimento da Recorrente deve ser contextualizado dentro da realidade concreta em que os fatos correram.

A Recorrente se diz uma empresa “fundapeana” e, como tal, não realiza a venda das mercadorias que importa, já que a importação é feita por conta e ordem de terceiros. Logo, na saída das mercadorias importadas, para o seu legítimo proprietário, não ocorre o fato gerador do PIS e da Cofins. Essas são as razões, em síntese, pelas quais declarou na DCTF

valores devidos de PIS e de Cofins inferiores aos apurados pela Fiscalização, que considerou todas as saídas de mercadorias importadas como vendas tributadas pelo PIS e pela Cofins.

Sobre a tributação acima referida, independentemente de quem tem razão, se a Fiscalização ou a Recorrente (e entendo que a Fiscalização tem razão), fato é que não somente a Recorrente acredita na exclusão das operações acima referidas da base de cálculo do PIS e da Cofins. Também assim entendeu o Juiz que concedeu a tutela antecipada na Ação Ordinária nº 2000.50.01.002612-1, conforme se pode comprovar nos fundamentos da referida decisão às fls. 541/552. O fato de a Recorrente ter sido excluída da referida ação não invalida o entendimento do magistrado que concedeu a tutela antecipada sobre o tema aqui discutido.

Portanto, aqui não se trata de uma omissão de débitos ou da prestação de informações à RFB sabidamente falsa. Decididamente, não é pacífico o entendimento deste Conselheiro Relator e da Fiscalização de que nas operações realizadas pela recorrente com mercadorias importadas por conta e ordem de terceiros, especialmente antes da edição da MP nº 2.158-35/2001, incida o PIS e a Cofins.

Mais, ainda, os débitos de PIS e de Cofins declarados em DCTF nos “*trinta e cinco meses consecutivos*” foram sempre em valor superior ao incidente sobre a receita de prestação de serviços. Isto demonstra que, além da receita de prestação de serviços, a Recorrente também tributou a receita de venda de mercadorias importadas e que considera fora do regime FUNDAP.

Portanto, ao contrário do que entendeu a Fiscalização, não vejo no procedimento da Recorrente o intuito de omitir a ocorrência do fato gerador do PIS e da Cofins. Como bem argumentou em sua defesa, todas as suas operações estão contabilizadas e respaldadas por documentação hábil e idônea. Não há, a meu ver, evidente intuito de fraude no procedimento da Recorrente.

Não procede, portanto, o agravamento da multa de ofício levado a efeito pela Fiscalização, devendo a mesma ser reduzida para o percentual normal de 75%, previsto no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Por outro lado, não procede o argumento da Recorrente de que a multa aplicável é a prevista alínea "h" do art. 21 do Decreto-Lei 401/68 em face da existência de legislação superveniente que trata da matéria, vigente à época da ocorrência do fato gerador, devidamente consignada no auto de infração.

Isto posto, entendo que nesta parte merece parcial provimento o recurso voluntário.

6 - Inclusão de “Outras Receitas” na Base de Cálculo - Lei nº 9.718/98

No “**Demonstrativo das Bases de Cálculos do PIS e da Cofins**”, constante do item 4.3 - CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS AO PIS E À COFINS do **Termo de Encerramento de Ação Fiscal** (fls. 475/476), constatei que a Fiscalização incluiu na base de cálculo das exações “Outras Receitas”, que são, basicamente, as seguintes receitas: juros ativos, descontos obtidos, variações cambiais ativas, aplicações financeiras, outras receitas financeiras, receitas retificadoras e receitas diversas.

A inclusão dessas receitas na base de cálculo do PIS e da Cofins tem por fundamento legal o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Ocorre que em 09/11/2005, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.480 e 358.273 (Diário da Justiça da União de 15/08/2006), declarou, incidentalmente e por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Por seu turno, o Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/2009), em seu art. 62, Parágrafo Único, inciso I¹, autoriza expressamente a este Colegiado afastar a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto “*que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

No caso concreto, não há outra solução a não ser cumprir a determinação regimental e excluir as “outras receitas” da base de cálculo das contribuições sociais (PIS e Cofins) apurada pela Fiscalização e constante do demonstrativo do subitem 4.3 do Termo de Encerramento de Ação Fiscal (fls. 475/476).

Passemos, agora, à análise do recurso de ofício.

7 - Decadência

Não vejo reparos a fazer na decisão recorrida pelas mesmas razões postas quando da análise desta matéria no recurso voluntário, ou seja, pela Súmula Vinculante nº 8, do STF, a decadência do PIS e da Cofins rege-se pelas disposições do CTN.

Como a decisão recorrida aplicou as disposições do art. 173, inciso I, para reconhecer a decadência, cumpriu à risca a referida súmula vinculante.

8- Exclusão do IPI

A decisão recorrida acolheu o argumento da Recorrente de que no ano de 2002 a Fiscalização deixou de excluir da base de cálculo das contribuições sociais (PIS e Cofins) o valor do IPI incidente nas saídas dos produtos importados e devidamente registrados na contabilidade da Recorrente.

Pelas cópias do Livro Razão da Recorrente, juntadas aos autos, a Turma de Julgamento da decisão recorrida constatou que assistia razão a Recorrente porque, de fato, não foi realizado a exclusão dos valores do IPI incidente nas saídas dos produtos importados pela Recorrente, conforme previsto no § 2º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98.

Diante deste fato, correta a exclusão do valor do IPI da base de cálculo do PIS e da Cofins feita pela decisão recorrida, não merecendo reforma nesta parte.

9- PIS e Cofins - incidência não-cumulativa

¹ **Art. 62.** Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

~~I- que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;~~

Autenticado digitalmente em 25/08/2012 por WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 25/08/2012

por WALBER JOSE DA SILVA

Impresso em 16/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O PIS e a Cofins objeto do lançamento foram apurados pela sistemática cumulativa, conforme demonstrativos de apuração e fundamentos legais consignados nos respectivos Autos de Infração.

Ocorre que a Recorrente está sujeita à sistemática não cumulativa, inaugurada pelas Leis nº 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (Cofins). Constatado erro de apuração das contribuições sociais lançadas, correta a decisão que considerou improcedente o lançamento do PIS, dos períodos de apuração de 12/2002 a 11/2004, e da Cofins, dos períodos de apuração de 02/2004, 08/2004 e 11/2004.

Pelas razões expostas, não vejo reparos a fazer na decisão recorrida, nesta parte.

No mais, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999², adoto e ratifico os fundamentos do acórdão de primeira instância.

Por tais razões, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento parcial ao recurso voluntário reduzir o percentual da multa de ofício para 75% e para excluir as “outras receitas” da base de cálculo do PIS e da Cofins.

(assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Relator

² Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
[. . .]

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.