



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10707.000670/2007-15
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-002.585 – 1ª Turma
Sessão de 14 de março de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente LOJAS AMERICANAS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. Súmula nº 1 do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura, Rafael Vidal de Araújo e Carlos Alberto Freitas Barreto, que não conheceram do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencida a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio (relatora), que lhe deu provimento integral e os conselheiros Cristiane Silva Costa e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento parcial. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro André Mendes de Moura.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelas LOJAS AMERICANAS S.A. em face do **Acórdão n. 1101-00.063** (E-fls. 274 ss.), proferido pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento, para negar-lhe provimento por entender haver renúncia à instância administrativa em função da concomitância com o processo judicial, aplicando-se a Súmula n. 1 do CARF.

A **autuação fiscal** (E-fls. 01 ss.) foi formalizada para a exigência de multa de valor fixo, equivalente a 0,02% por dia de atraso sobre a receita bruta do período, chegando-se ao máximo de 1%, pelo não cumprimento do prazo estabelecido para apresentação dos arquivos magnéticos e sistemas, capitulada nos artigos 11 e 12, inciso III, da Lei n. 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.158-34/2001 e reedições, com referência aos anos calendários de 2002 a 2005, perfazendo o valor de R\$ 53.477.206,37 (cinquenta e três milhões, quatrocentos e setenta e sete mil, duzentos e seis reais e trinta e sete centavos).

O crédito foi constituído para prevenção de decadência e sua exigibilidade suspensa em razão de medida liminar deferida pela 7ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no **Mandado de Segurança n. 2006.51.01.019728-0** (E-fls. 47 ss.), movido pela recorrente demonstrando-se as suas dificuldades para a geração e entrega de arquivos magnéticos à fiscalização diante do volume de suas operações, que determinou a dilação do prazo por mais 30 dias.

Transcreve-se trecho do **Termo de Verificação Fiscal** para se deixar consignado o entendimento do agente fazendário sobre as circunstâncias sob análise:

“O Termo de Intimação Fiscal foi lavrado no dia 04 de agosto de 2006, no SEMAC/SRRF 7a — Serviço de Acompanhamento dos Maiores Contribuintes da Superintendência da Receita Federal da P Região Fiscal. O Termo foi postado nos Correios, com o Aviso de Recebimento RZ 164778285 BR e foi recebido pelo contribuinte no dia 15 de agosto de 2006.

Foi dado ao contribuinte prazo de 20 (vinte) dias para atendimento do Termo de Intimação Fiscal, nos termos do art. 20 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 86/2001.

O contribuinte respondeu ao Termo de Intimação em 23 de agosto de 2006. Expôs suas dificuldades e solicitou dilação do prazo para atendimento. Foi deferida prorrogação por 20 dias por meio de despacho simples.

Em 26 de setembro de 2006, o contribuinte novamente solicitou dilação do prazo para atendimento. Foram deferidos mais 20 dias por meio de reintimação postada pelos Correios, mediante Aviso de Recebimento RZ164779105 BR.

O prazo total dado ao contribuinte para apresentação dos arquivos magnéticos de sua contabilidade foi de 60 (sessenta) dias, ou seja, 2 (dois) meses.

A data final fixada foi 16 de outubro de 2006.

No dia 16 de outubro de 2006, o contribuinte apresentou discos nos quais declarou terem sido gravados os arquivos de lançamentos contábeis (item 4.1.1 do ADE COFIS 15/2001), saldos mensais (item 4.1.2), cadastro de bens (item 4.1.7), folha de pagamento (item 4.8.1), cadastro de empregados (item 4.8.2) e tabelas referentes ao item 4.9. Esses arquivos, segundo o contribuinte, referem-se aos anos-calendário 2001 a 2005. O conteúdo dos arquivos encontra-se pendente de verificação pelo SEMAC/SRRF07.

Mas ainda faltavam alguns arquivos a serem apresentados: os arquivos referentes às notas fiscais de emissão própria (entradas e saídas) e as de emissão de terceiros, bem como o arquivo de inventário. Esses arquivos são essenciais ao trabalho fiscal.

Ainda no dia 16 de outubro de 2006 o contribuinte apresentou fotocópias simples de um pedido de liminar em mandado de segurança. Pelo que se depreende dessas fotocópias, o contribuinte ficou inconformado com o prazo concedido administrativamente e ingressou com pedido de medida liminar em mandado de segurança mediante o processo nº 2006.51.01.019728-0 buscando dilatar judicialmente o referido prazo. A ação foi distribuída na 7a. Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. A MM Sra Juíza Federal Dra Maria de Lourdes Coutinho Tavares deferiu o pedido, determinando a prorrogação do prazo "por mais 30 dias a contar do dia 16 de outubro de 2006".

No dia 16 de novembro de 2006, o contribuinte apresentou mídias em que declare terem sido gravados os arquivos que estavam faltando. O conteúdo dos arquivos encontra-se pendente de verificação pelo SEMAC/SRRF07.

Portanto em obediência à respeitável decisão judicial surgida, o Auto de infração a que se refere este Relatório Fiscal encontra-se com a exigibilidade suspensa."

Insurgindo-se contra o lançamento, a Recorrida apresentou **Impugnação** (E-fls 105 ss.), também demonstrando a sua leitura dos fatos, importante de ser transcrita para que se estabeleça um contraponto no julgamento:

"Inicialmente, cumpre esclarecer que a ora Impugnante se enquadra na condição de pessoa jurídica de Direito Privado, que atua no ramo de comércio, tendo enorme atuação no mercado de varejo, possuindo 211 (duzentos e onze) estabelecimentos em todo País, mais de 100.000 (cem mil) itens comercializados e aproximadamente 4.000 (quatro mil) fornecedores, impondo-lhe, necessariamente, a manutenção de uma imensa infraestrutura operacional para o desenvolvimento de suas atividades.

9. Como consequência, ao exercer o seu objeto social (comércio varejista), a ora Impugnante realiza fato gerador de diversos tributos, enquadrando-se na sujeição passiva de tributos

federais, estaduais e municipais, o que lhe impõe a obrigação de atender as exigências tributárias principais e acessórias trazidas pela legislação tributária.

10. Em 17.08.2006, a ora peticionante foi intimada por agente da Superintendência da Secretaria da Receita Federal da 7ª Região Fiscal para apresentar em 20 (vinte) dias os documentos e arquivos magnéticos referentes aos anos-calendário de 2001 a 2005, nos termos consubstanciados na Instrução Normativa SRF nº 86/01 e no formato previsto no Ato Declaratório Executivo COFIS nº 15/01 (vide DOC. 03).

11. O referido Termo de Intimação Fiscal, ao exigir a apresentação de documentos em arquivos magnéticos, determina que tais arquivos deverão contemplar os seguintes dados:

- (A) Arquivos de Registros Contábeis;
- (B) Arquivos de Clientes e Fornecedores;
- (C) Arquivos de Controle patrimonial;
- (D) Arquivos de Notas Fiscais de Emissão Própria (saídas e entradas);
- (E) Arquivos de Notas Fiscais (entradas) de Emissão de Terceiros;
- (F) Arquivos Relativos a Comércio Exterior;
- (G) Arquivos Relativos a Folha de pagamento;
- (H) Diversas Tabelas.

12. Ao final, a fiscalização registra que o não atendimento da intimação ensejará na aplicação das sanções previstas no artigo 12, da Lei nº 8.218/91, o qual impõe uma multa pecuniária até o percentual de 1% (um por cento) da Receita Bruta da empresa.

13. Posteriormente, a pedido da ora Impugnante (DOC. 4), em 23.08.2006, a fiscalização ampliou por mais 20 (vinte) dias o prazo para apresentação dos arquivos magnéticos, tendo em vista a dificuldade técnicas encontradas para consolidação dessas informações.

14. Entretanto, por razões técnicas e em virtude do enorme volume de informações a serem disponibilizadas à fiscalização, a ora Impugnante encontrou dificuldade em consolidar e formatar os dados requeridos no exíguo prazo concedido inicialmente, razão pela qual apresentou novo pedido de dilação de prazo (DOC. 5).

15. Nesse último pedido, com o intuito de apresentar toda a documentação requerida pela fiscalização dentro de um cronograma considerado exequível, a empresa requereu dilação do prazo não mais por 20 (vinte) dias, mas com base numa tabela com prazos e metas a serem atendidas, uma vez que as informações solicitadas pela fiscalização, por serem apresentadas em meio magnético, demandavam grande quantidade de tempo e pessoal para a sua preparação.

16. Note-se, a bem da verdade, que a ora Impugnante sempre aduziu que possui todos os arquivos magnéticos no formato exigido pela legislação e nunca se furtou a apresentá-los. Porém, para gerá-los no tempo mínimo concedido, precisaria parar todas as suas atividades ordinárias (suas vendas sua contabilidade, seus controles internos e tudo mais que dependa da informática), para passar a deter a capacidade de memória média necessária a gerar tais arquivos. Foi exatamente por este motivo que solicitou a prorrogação de prazo, fazendo um cronograma extremamente razoável de tempo para apresentar os arquivos de todos os anos solicitados pelo Agente Fiscal.

17. Não obstante o requerimento previamente mencionado, em 09.10.2006, a ora Impugnante recebeu novo Termo de Intimação Fiscal, o qual fixou o derradeiro prazo para a apresentação da documentação em meio magnético para o dia 16 de outubro de 2006 (DOC. 6), sem que fosse entendida a razoabilidade do pedido de prorrogação.

18. Considerando que o prazo concedido administrativamente seria insuficiente para apresentação de todos os arquivos magnéticos exigidos pela Fiscalização (como de fato foi), não restou à ora Impugnante outra alternativa que não a impetração de mandado de segurança com pedido de medida liminar, onde requereu à dilação do prazo por mais 30 (trinta) dias a contar do dia 16 de outubro de 2006 para apresentação dos arquivos que,

porventura, não houvessem sido entregues até aquela data.

19. Referido mandamus foi distribuído à 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro — RJ sob o nº 2006.51.01.19728-0 e, no dia 16.10.06, teve a medida liminar deferida (DOC. 07), cujo conteúdo transcreve-se abaixo:

‘Afigura-se óbvio que o extenso rol de dados referentes a um período de cinco anos, considerando-se o número de estabelecimentos da Impetrante apenas no Estado do Rio de Janeiro — não se cogitando dos estabelecimentos situados em outros Estados — em condições normais, não é exigível que sejam apresentados no exíguo prazo imposto pela Fiscalização. Falta razoabilidade à fixação do prazo de vinte dias, prorrogado por mais vinte, sob pena de multa vultosa, em razão da enorme gama de dados exigidos, da forma em que devem ser apresentados e da ampla e complexa malha de atuação da Impetrante no ramo do comércio.

O pedido de liminar afigura-se bastante razoável. Não pretende a Impetrante se esquivar de atender à exigência fiscal, e sim uma dilação do prazo para tanto, o que parece ser bastante compreensível.

Ante o exposto, DEFIRO a liminar, por presentes os requisitos legais autorizadores, para determinar à autoridade impetrada que defira à Impetrante a prorrogação do prazo para cumprimento das exigências faltantes do Termo de Intimação Fiscal, de 04 de agosto de 2006 (fls. 22/24), por mais trinta dias a contar do dia 16 de agosto de 2006". (posteriormente retificado pelo juízo para 16 de outubro de 2006). - Grifos não constantes do texto original –

20. Assim, suportada pela medida liminar em comento, a ora Impugnante apresentou os arquivos faltantes no dia 16.11.06, conforme faz prova o recibo em anexo (DOC. 08), estando devidamente cumprida desde aquela época a obrigação acessória respectiva. Note-se que a liminar concedida na espécie tem caráter satisfativo da tutela jurisdicional, porque no tempo não se poderá voltar.

21. Não obstante o pleno cumprimento da obrigação no prazo deferido no provimento judicial, a Autoridade Fiscal, em 28.05.2007, lavrou o auto de infração ora impugnado, ante a necessidade de constituir o crédito tributário referente aos anos-calendário 2002 a 2005, estando o mesmo com a exigibilidade suspensa até que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão do mandado de segurança anteriormente ajuizado.”

A recorrente buscou pontuar (i) a necessidade de tempo para a disponibilidade dos arquivos magnéticos nos moldes solicitados pela fiscalização, considerando as dificuldades e o volume de suas operações varejistas, (ii) a existência de medida liminar que estendeu o prazo concedido pelo agente fiscal, (iii) a desproporcionalidade e irrazoabilidade da multa, e (iv) que a interrupção da multa de mora em face da existência de decisão judicial.

No que chamou especificamente de mérito, defendeu que a multa pelo atraso na entrega dos arquivos magnéticos possuiria natureza de multa moratória porquanto se fundamentaria, única e exclusivamente, no retardo do cumprimento da obrigação acessória prevista em lei, sendo, inclusive, calculada tendo por base os dias do suposto adio no cumprimento da exigência fiscal. Assim, deveria sofrer o exato tratamento dispensado à multa de mora pela legislação (transcreve o artigo 63, parágrafo 2o., da lei n. 9.430/96) no caso de concessão de medida liminar, qual seja, interrupção da sua incidência enquanto durarem os efeitos da liminar concedida. A esse respeito, consignou:

“Importante ter-se em mente que, na seara jurídica, os vocábulos ‘interrupção’ e ‘suspensão’ possuem significados totalmente distintos, sendo certo que, na interrupção (vocábulo utilizado pela lei), a multa de mora considera-se não ocorrida enquanto perdurar a vigência da medida liminar. Como efeito dessa interrupção, depreende-se claramente que, com a cassação do referido provimento liminar, aí sim, teria início a fluência da multa de mora, caso a obrigação que desse ensejo à multa não houvesse sido cumprida até 30 (trinta) dias da perda de eficácia da liminar.

Todavia, a causa ensejadora da multa já restou sanada: todos os arquivos magnéticos, no formato da IN SRF nº 86/2001, foram apresentados até a data deferida na liminar, de sorte que, se o principal já foi cumprido, a multa acessória, mesmo se cassada a liminar, não poderá ser exigida, em razão da aplicação dos estritos termos do §2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/196.”

“Assim, pode-se afirmar que a finalidade prevista em lei para entrega dos arquivos magnéticos - qual seja a disponibilização de todas as informações da empresa dos últimos 5 (cinco) anos para fins de fiscalização - foi integralmente cumprida pelo contribuinte, não havendo qualquer lesão ao Fisco ou ao procedimento fiscal, uma vez que, desde o dia 16 de novembro de 2006, é possível ao Fisco efetuar a análise de todos os arquivos magnéticos disponibilizados o que, frise-se, até o presente momento não foi realizado por questões atinentes à própria administração tributária. Ou seja, pune-se por absolutamente nada, porque a administração fazendária, vários e vários meses após ter recebido As mídias magnéticas ainda sequer As analisou; prova que poderia, sem prejuízo, ter concedido mais prazo ao contribuinte, que, de boa-fé, lhe expunha suas dificuldades operacionais de geração de tais arquivos.”

Na sequência, tratou da irrazoabilidade e desproporcionalidade da imposição de multa pelo atraso de 30 dias no valor de R\$ 53.477.206,37 (cinquenta e três milhões, quatrocentos e setenta e sete mil, duzentos e seis reais e trinta e sete centavos) ou, ainda, R\$ 1.782.573,55 (um milhão, setecentos e oitenta e dois mil quinhentos e setenta e três reais e cinquenta e centavos) por dia de atraso, violando os princípios do não confisco e da capacidade contributiva.

Em junho de 2007, foi proferida **sentença judicial** (E- fls. 220 ss.), decidindo não ter direito líquido e certo a contribuinte, uma vez que tinha a obrigação de manter os documentos à disposição da fiscalização e que o prazo de 60 dias concedido seria suficiente para a produção dessa prova, quando então se negou a segurança e revogou a liminar anteriormente concedida em favor da impetrante.

Em seguida, decidiu a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I** (E-fls. 230 ss.) que (i) haveria concomitância entre os processos judicial, e administrativo, implicando renúncia a este e (ii) seria inaplicável o artigo 63 de Lei n. 9.430/96 a casos de lançamento de multa por falta e/ou atraso na apresentação de arquivo magnético.

Em face dessa decisão que manteve o posicionamento fiscal, a contribuinte interpôs **Recurso Voluntário** (E-fls. 243 ss.), buscando demonstrar a inexistência de concomitância, porque o mandado de segurança teria como objeto apenas a dilação do prazo para a entrega dos arquivos magnéticos, e também os demais pontos

abordados na peça impugnatória.

A turma *a quo* então julgou o recurso voluntário, decidindo no **Acórdão n. 1101-00.063** (E-fls. 274 ss.) negar-lhe provimento por entender haver concomitância entre os processos administrativo e judicial, aplicando-se a Súmula n. 1 do CARF.

A contribuinte opôs **Embargos de Declaração** (E-fls. 211 ss.) alegando omissão do acórdão recorrido quanto (i) ao caráter satisfativo da medida liminar e não caracterização da mora no atraso e (ii) ao aspecto quantitativo da multa (valor) e violação aos princípios da capacidade contributiva e vedação ao confisco, que foram rejeitados em despacho (E-fls. 335) o qual manteve o acórdão anterior quanto à concomitância.

Com os embargos também se teve notícia nos autos da interposição do **Recurso de Apelação** (E-fls. 310 ss.) na ação judicial, com pedido de seu recebimento nos efeitos devolutivo e supensivo.

A contribuinte interpôs, asism, **Recurso Especial** (E-fls. 379 ss.), objetivamente, pleiteando-se o reconhecimento da inexistência de renúncia à esfera administrativa, afastando-se a concomitância, para se analisar o mérito relativo à impossibilidade de aplicação da multa dos artigos 11 e 12, III, da Lei n. 8.212/91 ou, subsidiariamente, a nulidade do acórdão recorrido e a devolução dos autos para a produção de nova decisão que abordasse o tema específico da penalidade. Ao recurso foi dado seguimento por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 438 ss.).

A Fazenda Nacional apresentou **contrarrazões** (E-fls. 442 ss.), tratando exclusivamente da questão da concomitância e renúncia à instância administrativa.

Passa-se, então, à apreciação do recurso da contribuinte.

Voto Vencido

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio – Relatora.

PRELIMINARES

Tempestividade do Recurso Especial

Anteriormente à análise do mérito, verificar-se-á a tempestividade do recurso e o preenchimento dos requisitos para o seu conhecimento.

A respeito do primeiro ponto, identifica-se que a contribuinte foi intimada do acórdão que julgou o recurso voluntário em 04.03.2015 (AR à e-fl. 341) e protocolizou Recurso Especial no dia 19.03.2015 (E-fl. 371), portanto, dentro do prazo de 15 dias definido pelo *caput* do artigo 68 do Regimento Interno do CARF, que assim dispõem:

“Art. 68. O recurso especial, da Fazenda Nacional ou do contribuinte, deverá ser formalizado em petição dirigida ao presidente da câmara à qual esteja vinculada a turma que houver prolatado a decisão recorrida, no prazo de 15 (quinze) dias contado da data da ciência da decisão.”

Por essas razões, voto por conhecer o Recurso Especial interposto pela LOJAS AMERICANAS S.A., no que concerne ao critério da tempestividade.

Conhecimento do Recurso Especial

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que divirjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Analisando-se o caso concreto, **VOTA-SE POR CONHECER o Recurso Especial.**

MÉRITO

O primeiro ponto que foi levado à apreciação de mérito diz respeito à decisão tomada no acórdão recorrido quanto à renúncia da contribuinte ao seu direito à discussão administrativa, em função de ter levado a questão à apreciação judicial no mandando de segurança interposto, configurando concomitância e ensejando a aplicação da Súmula CARF n. 01:

"Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial."

Voltando-se aos eventos ocorridos, verifica-se que o sujeito passivo, durante o procedimento fiscalizatório e diante das dificuldades encontradas para a preparação dos arquivos magnéticos nos moldes em que requisitados pela autoridade fazendária, após seu terceiro pleito administrativo de prorrogação de prazo ser indeferido, impetrou Mandado de Segurança objetivando ordem judicial que determinasse tal prorrogação.

De fato, a medida liminar foi deferida e a dilação concedida para que a recorrente tivesse mais 30 dias de prazo para a entrega dos mencionados arquivos magnéticos, o que foi realizado tempestivamente em 16.11.2006. No entanto, após o cumprimento da exigência fiscal, foi lavrado o presente auto de infração para a exigência da multa prevista nos artigos 11 e 12 da Lei n. 8212/91 em 25.07.2007, com exigibilidade suspensa, e também proferida sentença judicial negando a segurança e revogando a liminar.

A sentença judicial, além de resposta a uma preliminar de legitimidade arguída pela impetrada, trouxe o seguinte conteúdo:

"2.2 — A Impetrante recebeu Termo de Intimação Fiscal (fls. 22); no dia 17 de agosto de 2006, para apresentar arquivos magnéticos de sua contabilidade. O prazo inicial concedido para apresentação dos arquivos foi de 20 (vinte) dias, conforme se verifica daquele Termo de Intimação, na forma disposta no art. 2º da Instrução Normativa SRF, 86/2001, de 22/10/01. Ela logrou adiamento no âmbito administrativo, para fins de cumprimento daquela diligência, em duas oportunidades, cada qual também no prazo de 20 (vinte) dias, perfazendo, assim, um total de 60 (sessenta) dias para o atendimento do primeiro Termo de Intimação (fls. 33).

A autoridade requisitante levou em consideração as alegações da Impetrante quanto ao volume de dados a serem computados, bem como no respeitante ao esforço computacional

necessário para o atendimento ao Termo de Intimação Fiscal.

2.3. Nesse contexto, vale transcrever os dispositivos pertinentes essa demanda:

Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991.

Art. 11 — As pessoas jurídicas que, de acordo com o balanço encerrado em relação ao período-base imediatamente anterior, possuírem patrimônio líquido superior a Cr\$ 250.000.000,00, e utilizarem sistema de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômica, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal ficarão obrigadas, a partir do período base de 1991, a manter, em meio magnético ou assemelhado, à disposição do Departamento da Receita Federal, os respectivos arquivos e sistemas durante o prazo de cinco anos.

Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

Art. 72. Os arts. 11 e 12 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 11. As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da Secretaria da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, !Delº prazo decadencial previsto na legislação tributária."

Instrução Normativa SRF nº 86, de outubro de 2001 (DOU 23.10.2001).

Art. 1. As pessoas Jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da secretariada Receita Federal SRF). os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária. (grifos do Juízo)

2.4. Diante da análise da legislação acima transcrita, conclui-se que não há o apontado direito líquido e certo sustentado pela Impetrante no tocante a mais uma prorrogação do prazo administrativo para cumprimento das exigências faltantes do Termo de Intimação Fiscal.

Em verdade, ela deveria manter à disposição da Secretaria da Receita Federal toda documentação, assim como os respectivos arquivos digitais e sistemas a partir de janeiro de 2002, haja vista a publicação da Instrução Normativa SRF Nº 86 no D.O.U. do dia 23.10.2001.

2.5. O prazo total de 60 (sessenta) dias foi mais do que suficiente para atender às exigências ora debatidas. Acolher o pleito autoral redundaria em ferir a isonomia com relação a outros contribuintes de porte econômico. equivalente, que se encontram na situação análoga e, que tempestivamente, cumpriram aquelas determinações no prazo administrativo.

2.6. Além disso, vale assinalar que o cumprimento da obrigação acessória em tela no prazo administrativo questionado não ofende a estabilidade das relações jurídicas, vez que não se trata de exigência de fato novo em suposto curto prazo. Afinal, à luz daquela legislação a Impetrante teve o tempo razoável para se adequar aquelas diligências e, não somente aqueles vinte dias, que na espécie alcançou o cômputo de sessenta dias, decorrente de sucessiva prorrogação da autoridade fazendária competente.

3. Por tais razões, na presente ação, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO E DENEGO A SEGURANÇA, com base no art. 269, I, do CPC e nos termos da fundamentação retro e, por consequência, REVOGO a liminar constante de fls. 37/38."

Promovendo-se um cotejo do resultado dessa sentença judicial com o objeto do Mandado de Segurança, refletido em seus pedidos, compreende-se que se refere à

necessidade de concessão de dilação de prazo para a apresentação de arquivos magnéticos, diante da situação fática narrada pela impetrante. Leia-se o pleito deduzido:

“III - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer a Impetrante a V.Exa. o seguinte:

a) a concessão de medida liminar que determine a autoridade coatora e/ou seus subordinados ou quem os substituam, a não aplicarem qualquer modalidade de sanção pela não satisfação/cumprimento das exigências formuladas pela fiscalização (entrega de documentos em meio físico (papel) e meio magnético) no dia 16.10.2006, bem como deferir o prazo de 30 (trinta) dias a contar do dia 16.10.2006 para a Impetrante cumprir com todas as exigências faltantes [sic] pela autoridade administrativa;

b) a notificação da autoridade impetrada para apresentar as informações no decêndio legal, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/51;

c) acolhendo os jurídicos argumentos ora apresentados, seja concedida a segurança, confirmando-se a medida liminar anteriormente deferida, bem como seja reconhecido o direito líquido e certo da Impetrante de não ser compelida a pagar qualquer multa proveniente do não cumprimento das exigências fiscais a serem satisfeitas e apresentadas à autoridade administrativa no dia 16.10.2006, em função da dilação do referido prazo por mais 30 (trinta) dias, em respeito ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, moralidade e eficiência, inscritos nos artigos 1º, 5º, inciso LIV e LV; 37, caput, todos da Constituição Federal.

É verdade que a leitura do final desse último pedido dá uma primeira impressão de que a recorrente estaria questionando o mérito da multa em si, mas se verificando todo o contexto em que inserido e os fundamentos expostos no mandado de segurança, compreende-se que não guarda essa relação.

Diferentemente, na defesa administrativa apresentada, como consta do relatório acima, tratou da (i) necessidade de tempo para a disponibilidade dos arquivos magnéticos nos moldes solicitados pela fiscalização, considerando as dificuldades e o volume de suas operações varejistas, (ii) existência de medida liminar que estendeu o prazo concedido pelo agente fiscal, (iii) desproporcionalidade e irrazoabilidade da multa, (iv) interrupção da multa de mora em face da existência de decisão judicial.

No que chamou especificamente de mérito, defendeu que a multa pelo atraso na entrega dos arquivos magnéticos possui natureza de multa moratória porquanto se fundamenta, única e exclusivamente, no retardamento no cumprimento da obrigação acessória prevista em lei, sendo, inclusive, calculada tendo por base os dias da suposta demora no cumprimento da exigência fiscal. Assim, deveria sofrer o exato tratamento dispensado à multa de mora pela legislação (transcreve o artigo 63, parágrafo 2o., da lei n. 9.430/96) no caso de concessão de medida liminar, qual seja, interrupção da sua incidência enquanto durarem os efeitos da liminar concedida.

Na sequência, tratou da irrazoabilidade e desproporcionalidade da imposição de multa pelo atraso de 30 dias no valor de R\$ 53.477.206,37 (cinquenta e três milhões, quatrocentos e setenta e sete mil, duzentos e seis reais e trinta e sete centavos) ou, ainda, R\$ 1.782.573,55 (um milhão, setecentos e oitenta e dois mil quinhentos e setenta e três reais e cinquenta e centavos) por dia de atraso, violando os princípios do não confisco e da capacidade contributiva.

Portanto, entende-se que os objetos dos dois processos, embora num primeiro momento possam levar a essa suspeita de identidade, diferem-se em seus conteúdos, não podendo-se aplicar a Súmula CARF n. 01, sobretudo porque, como consequência, haveria o cerceamento de defesa da contribuinte e vedação ao acesso à apreciação de suas razões, uma vez que não foram parte da decisão judicial e também deixariam de ser da administrativa.

Por essas razões, entende-se que deva ser desconstituída a decisão de concomitância e concedido ao sujeito passivo o direito à apreciação de sua defesa administrativa, devolvendo-se o processo à instância *a quo* para julgar o mérito na questão da aplicabilidade da multa.

Por essa razão, **vota-se por DAR PROVIMENTO ao recurso e determinar a devolução dos autos à instância a quo, para que julgue o mérito do recurso voluntário da contribuinte.**

Voto Vencedor

Conselheiro André Mendes de Moura.

Apesar da bem fundamentada exposição da ilustre Relatora, peço vênica para divergir na matéria concomitância.

Isso porque há pedido da Contribuinte no mandado de segurança no sentido de não se lançar a multa isolada objeto dos presentes autos.

Vale transcrever a decisão recorrida (e-fl. 274):

Em 04/08/2006 a fiscalização lavrou Termo de Intimação Fiscal, dando ciência a Recorrente sobre o início da fiscalização, bem como, intimando-a a apresentar urna série de documentos em arquivo magnético no prazo de 20 (vinte) dias. Tendo em vista o prazo exíguo concedido a Recorrente protocolou 2 (dois) pedidos administrativos de prorrogação de prazo e, em ambos a fiscalização concedeu prorrogação de 20 (vinte) dias. Assim, o prazo final para a Recorrente entregar os arquivos magnéticos solicitados pela fiscalização ocorreu no dia 16/10/2006.

Em 16/10/2006 a Recorrente apresentou a fiscalização apenas parte dos arquivos magnéticos requeridos e, lhe informou,

através de cópia simples, que havia impetrado Mandado de Segurança, distribuído sob o nº 2006.51.01.019728-0 perante a 7ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, com pedido de liminar deferido para que lhe fosse concedido mais 30 (trinta) dias de prazo pela fiscalização, a contar do dia 16/10/2006, para apresentar o restante dos arquivos magnéticos.

Assim, no caso vertente, constatei haver concomitância entre as matérias tratadas nos presentes autos e no Mandado de Segurança impetrado pela Recorrente, visto que nos presentes autos a Recorrente se insurge contra a multa aplicada pela fiscalização em razão da falta de entrega de todos os arquivos magnéticos no prazo estipulado pela administração, qual seja, o dia 16/10/2006.

Nesse passo, pude constatar também que um dos pedidos expressos formulados pela Recorrente nos referidos autos do mandado de segurança foi o reconhecimento do seu direito líquido e certo de não ser compelida a pagar qualquer multa cominada pela fiscalização em razão da não apresentação dos arquivos magnéticos no dia 16/10/2006, conforme se vislumbra do item "c" do pedido do Mandado de Segurança. (fls. 56). (grifei)

De fato, apreciando-se o pedido do mandado de segurança em questão, verifica-se (e-fl. 58/59):

III - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer a Impetrante a V.Exa. o seguinte:

a) a concessão de medida liminar que determine a autoridade coatora e/ou seus subordinados ou quem os substituam, a não aplicarem qualquer modalidade de sanção pela não satisfação/cumprimento das exigências formuladas pela fiscalização (entrega de documentos em meio físico (papel) e meio magnético) no dia 16.10.2006, bem como deferir o prazo de 30 (trinta) dias a contar do dia 16.10.2006 para a Impetrante cumprir com todas as exigências faltantes pela autoridade administrativa;

b) a notificação da autoridade impetrada para apresentar as informações no decêndio legal, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei nº 1.533/51;

c) acolhendo os jurídicos argumentos ora apresentados, seja concedida a segurança, confirmando-se a medida liminar anteriormente deferida, bem como seja reconhecido o direito líquido e certo da Impetrante de não ser compelida a pagar qualquer multa proveniente do não cumprimento das exigências fiscais a serem satisfeitas e apresentadas à autoridade administrativa no dia 16.10.2006, em função da dilação do referido prazo por mais 30 (trinta) dias, em respeito ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, moralidade e eficiência, inscritos nos artigos 1º; 5º, inciso LIV e LV; 37, caput, todos da Constituição Federal.

Inevitável, nesse contexto, a aplicação da Súmula CARF nº 1:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Diante do exposto, voto no sentido de **negar provimento ao recurso especial do contribuinte.**

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura