



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

Processo n° 10907.001085/2003-44
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3301-002.922 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2016
Matéria Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins
Embargante Fazenda Nacional
Interessado TCP - Terminal de Contêineres de Paranaguá S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do Fato Gerador: 31/03/2003

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. MULTA QUALIFICADA DE 150%. APRECIÇÃO DE OFÍCIO. As matérias de ordem pública devem ser suscitadas pelo colegiado e apreciadas de ofício, ou seja, mesmo que não tenham sido objeto de recurso voluntário. A aplicação de multa qualificada é matéria de ordem pública, por pressupor a demonstração do evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos formulados pela Fazenda Nacional, para suprir a omissão no que tange à apreciação de ofício de matéria de ordem pública, na forma do relatório e do voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora.

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, Luiz Augusto do Couto Chagas, Marcelo

Costa Marques d'Oliveira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Valcir Gassen, Paulo Roberto Duarte Moreira e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado contra a Embargada, pelo qual se exigiu o recolhimento de R\$ 188.575,71 de COFINS e R\$ 282.863,56 de multa de ofício de 150%, devido ao indeferimento do pedido de restituição/compensação objeto do processo administrativo fiscal nº 10907.001984/2002-66, referente ao período de apuração de 03/2003.

Tendo em vista que a TCP tomou ciência do indeferimento do pedido de restituição/compensação em 24/03/2003 e que apresentou Declaração de Compensação em 12/09/2003 e 24/09/2003, a autoridade fiscal entendeu estar configurado evidente intuito de fraude, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996, aplicando a multa de 150%.

A DRJ manteve a integralidade da exigência fiscal.

Em seu recurso voluntário, a TCP formulou pedido para que o auto de infração concernente à cobrança dos créditos fiscais relativos à COFINS fosse extinto por flagrante ilegalidade ou, no mínimo, suspenso até a decisão final do processo administrativo do Pedido de Restituição. Em cumprimento à diligência solicitada através da Resolução 201-00412, a autoridade fiscal relatou o trânsito em julgado da decisão que negou provimento ao pedido de restituição.

Em sessão transcorrida em 29 de janeiro de 2015, a Primeira Turma da Terceira Câmara, desta Terceira Seção do CARF deu provimento parcial ao recurso voluntário da TCP, para excluir do lançamento a aplicação da multa de 150%, nos termos do acórdão nº 3301-002.555, relatada pela Conselheira Mônica Elisa de Lima, assim ementado:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 2003

Ementa: DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. COFINS. PEDIDO ORIGINÁRIO DO CRÉDITO INDEFERIDO. COMPENSAÇÃO IMPROCEDENTE. DECORRÊNCIA. Atestada, em decisão administrativa irrecorrível, a inexistência do crédito, não subsiste a compensação solicitada por ausência de pagamento indevido ou a maior.

MULTA DE 150%. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. DOLO NÃO DEMONSTRADO. Não há previsão de qualquer multa sobre a compensação não homologada, quando não caracterizados fatos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64.

(Grifei)

A Fazenda Nacional alega que houve **omissão** do r. acórdão, ao não dispor expressamente sobre os pressupostos que permitiram a análise de mérito da aplicação da multa de 150%, uma vez que não houve questionamento de validade dessa multa no recurso voluntário da Embargada. Para a Fazenda Nacional, não se trata de matéria de ordem pública,

sendo assim, se a TCP não questionou expressamente o percentual da multa, estaria a questão preclusa e, portanto, o julgamento fora *extra petita*.

Por isso, requer sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos de declaração, a fim de sanar o vício acima apontado e prequestionar a matéria que não foi objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o relatório.

Voto

A questão central destes Embargos é a possibilidade ou não de manifestação de mérito do julgador sobre a multa qualificada, quando não expressamente postulado o inconformismo pelo contribuinte e a justificativa para tanto.

À luz do Decreto nº 70.235/1972 (art. 16, II e 17), que rege o processo administrativo fiscal, em se tratando de recurso voluntário, cumpre aos julgadores apreciar as matérias expressamente recorridas. A despeito disso, é pacífico o entendimento que é dever do colegiado apreciar de ofício as matérias de ordem pública, ou seja, ainda que não tenham sido contestadas, bem como corrigir os erros materiais que, porventura, agravarem incorretamente a exigência fiscal.

As questões de ordem pública são aquelas que condicionam a legitimidade do próprio exercício de atividade administrativa. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo julgador, nos termos do art. 303, II e III do CPC/73 e, 342, II e III do CPC/2015.

A rigor, a aplicação de penalidades tributárias são matérias de ordem pública, pois, o Estado não pode punir indevidamente os administrados, por imperativo do art. 37, *caput*, da CF/88 e art. 2º, parágrafo único, I, VI e IX da Lei nº 9.784/99.

A aplicação de penalidade, sendo **matéria de ordem pública**, integra a lide de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo julgador, não caracteriza julgamento *extra* ou *ultra petita*, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão.

O CARF já se manifestou nesse sentido, veja-se:

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA MULTA DE PENALIDADE. APRECIÇÃO DE OFÍCIO. As matérias de ordem pública podem ser suscitadas pelo colegiado e apreciadas de ofício, ou seja, mesmo que não tenha sido objeto do recurso voluntário. Isso se aplica à exigência de penalidades, dentre elas a multa de ofício isolada por falta de recolhimento do tributo por estimativa, que foi lançada em concomitância com a multa de ofício proporcional sobre o tributo devido no ano-calendário. Embargos conhecidos e rejeitados. Acórdão nº 1402-000.246, julg. 04/08/2010.

Nos casos de comprovado intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será aplicada a multa de ofício de 150%.

A lição de Paulo de Barros Carvalho esclarece o papel da aplicação da multa qualificada:

É a espécie de multa que tem por conteúdo a agravação de penalidade em decorrência de dolo, fraude ou simulação na prática do ato jurídico tributário. É aplicada quando a Administração Pública demonstra, por elementos seguros de prova, no Auto de Infração, a existência da intenção do sujeito infrator de atuar com dolo, fraudar ou simular situação perante o Fisco. Para caracterizar a multa agravada, é necessário, outrossim, a existência de fato doloso, fraudulento ou simulado, devidamente provado, para se produzir a correta subsunção do fato infracional à norma autorizadora do agravamento da penalidade.

(Direito Tributário, Linguagem e Método. 6. Ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 894). Grifei.

No caso em comento, a compensação não foi homologada pela autoridade fiscal, sem, contudo, que se tenha provado qualquer falsidade, prática de sonegação, conluio ou fraude, inaplicável dessa forma a multa de 150%, sendo remansosa a jurisprudência do CARF sobre o tema, a exemplo da recente decisão da CSRF, de 01/03/2016, Acórdão nº 9101002.261:

MULTA QUALIFICADA. COMPENSAÇÃO COM CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS E DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE FRAUDE. Para a aplicação da multa de 150%, necessária a demonstração de que o contribuinte procedeu com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. Não configura fraude, por si só, a mera apresentação de declaração portando elementos inexatos, objetivando a utilização de crédito de terceiro e/ou que não se refira a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a fim de compensar débitos próprios regularmente confessados.

MULTA ISOLADA. INAPLICABILIDADE DA MULTA ISOLADA DE 75.% RETROATIVIDADE BENIGNA. Diante da previsão legal para a aplicação de multas isoladas apenas para a hipótese de falsidade e no percentual de 150%, incabível a desqualificação da multa pela DRJ para a exigência de multa isolada de 75% em face das compensações não homologadas realizadas pelo contribuinte.

E ainda, o julgado da Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão nº 9202-003.764:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF

Ano-calendário: 2006, 2009

MULTA QUALIFICADA. REQUISITOS. ASPECTO SUBJETIVO DO INFRATOR. Diferentemente da multa de ofício de 75%, que é objetiva, decorre do tipo (lei) e é imposta com culpa ou dolo, a multa qualificada de 150% necessita da aferição do aspecto subjetivo do infrator, consistente na vontade livre e consciente, deliberada e premeditada de praticar a conduta ou de assumir o risco da sonegação. (...) Acórdão nº 9202-003.764, julg. 16/02/2016.

O acórdão embargado fundamentou o reconhecimento de ausência da tipicidade, conforme se observa no excerto:

Para além de mera opinião, a Autoridade Lançadora não apresentou qualquer prova ou indício consistente de que o Sujeito Passivo agira com dolo, fraude ou simulação, procedimentos esses cuja verificação da existência é um ônus do Fisco.

Este Conselho é pacífico no entendimento de que a fraude não se presume; devendo, pelo contrário, ser comprovada pelo Agente Público que a alega. (...)

Com as específicas adaptações de contexto, igual entendimento emerge da Súmula CARF nº 14, segundo a qual: "A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo".

Portanto, configurada está a omissão quanto à fundamentação do reconhecimento da matéria de ordem pública no acórdão: desqualificação da multa de 150%. Todavia, não há qualquer alteração no resultado do julgamento.

Conclusão

Diante do exposto, voto por acolher os embargos interpostos, para suprir a omissão do voto condutor no que tange à apreciação de ofício de matéria de ordem pública, e ratificar o acórdão 3301-002.555, de 29/01/2015, sem efeitos infringentes.

Sala de Sessões, em 26 de abril de 2016.

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora