



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

Processo nº 11020.723451/2011-68
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-001.940 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de outubro de 2012
Matéria PIS/COFINS
Recorrente FLORAUTO COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2006 a 30/06/2008

MULTA DE OFÍCIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ARTIGO 138 DO CTN. PROCEDIMENTO APÓS INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, MAS ANTES DO LANÇAMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO.

Fica descaracterizada a espontaneidade do pagamento/parcelamento quando a pretensão do contribuinte ocorre após o início da fiscalização, ainda que não tenha ocorrido o lançamento.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Presidente Substituto.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator.

EDITADO EM: 25/11/2012

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/06/2001

Autenticado digitalmente em 25/11/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/0

1/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 25/11/2012 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 28/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenburg Filho (Presidente Substituto), João Carlos Cassuli Junior (Relator), Fernando Luiz da Gama Lobo D'Eça, Luiz Carlos Shimoyama (Suplente), Silvia de Brito Oliveira, Francisco Mauricio Rabelo de Albuquerque Silva, ausente, justificadamente, a conselheira Nayra Bastos Manatta.

CÓPIA

Relatório

Versam os autos de Auto de Infração de PIS e de COFINS, no valor total originário (principal, multa e juros calculados até a data de 08/2011) de R\$ 569.562,39 (quinhentos e sessenta e nove mil, quinhentos e sessenta e dois reais e trinta e nove centavos) e R\$ 2.623.410,49 (dois milhões, seiscentos e vinte e três mil, quatrocentos e dez reais e quarenta e nove centavos), respectivamente.

Em face de serem sintetizados de forma fidedigna aos fatos, bem como de serem claros na compreensão dos motivos ensejadores do lançamento, e mais ainda, das razões de impugnação do contribuinte, transcrevo os termos já compilados no relatório da DRJ/POA:

“Trata o presente processo de impugnação aos lançamentos de Cofins e de PIS não cumulativos, dos períodos de apuração julho de 2006 a junho de 2008. Os autos de infração decorrem de irregularidades verificadas pela Fiscalização no cálculo de créditos sobre aquisições para revenda de produtos submetidos à incidência monofásica. Foi aplicada ainda multa de ofício qualificada no percentual de 150%, uma vez que entenderam os autuantes que a intenção do contribuinte era de reduzir o tributo à pagar, deixando de declarar em DCTF os valores devidos por utilizar créditos expressamente vedados pela legislação, sendo do seu conhecimento tanto o regime da não cumulatividade do PIS e da Cofins, quanto a sistemática de tributação concentrada. Intenção essa tipificada, em tese, como crime, nos termos do art. 71, da Lei nº 4.502/1964.

Entendeu ainda a Fiscalização que o sócio administrador, Sr Marco Antônio de Oliveira Flores responde solidariamente pelas ações qualificadas como crime nos termos do art. 1º, II e V, da Lei nº 8.137/1990 e art. 71 da Lei nº 4.502/1964.

Não há nos autos qualquer menção à lavratura de Representação Fiscal para Fins Penais.

A autuada impugna tempestivamente o lançamento. Inicia sua manifestação alegando que antes de ser constituído definitivamente o crédito tributário em apreço requereu parcelamento de sua dívida segundo as regras da Lei nº 10.522/2002. Face aos óbices encontrados para o deferimento de seu pleito, impetrou Mandado de Segurança objetivando o reconhecimento do seu direito líquido e certo ao parcelamento.

Informa que o TRF da 4ª Região determinou o processamento do pedido de parcelamento formulado.

Esclarece que sua pretensão era de parcelar o valor das contribuições devidas de PIS e Cofins,

acrescido de juros pela taxa Selic e da multa de mora no percentual de 20%.

Considera que tendo confessado a dívida que deu origem aos lançamentos sob análise, no que tange ao principal e juros de mora, o litígio estaria limitado à solidariedade do sócio administrador e à multa de ofício qualificada.

Discorda da indicação do sócio administrador como sujeito passivo solidário dos lançamentos sob análise. Alega que o art. 135 do CTN, apontado pela fiscalização como base legal para a imputação da responsabilidade solidária, trata de responsabilidade por substituição. Essa substituição de responsabilidade só ocorreria se preenchidos todos os requisitos da hipótese de incidência, afastando a sujeição passiva do contribuinte em razão da prática de atos, pelos responsáveis, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. Entende ser precipitada e indevida a imputação do sócio, pois o contribuinte permanece como devedor principal da obrigação tributária. Afirma que não foram praticados atos com excesso de poderes, violando o contrato social da empresa ou que infringissem legislação. Os créditos de PIS e Cofins teriam sido lançados em sua contabilidade e colocados à disposição da autoridade fiscal quando solicitados. Os bens do sócio da pessoa jurídica comercial não responderiam, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. Aponta ser necessária a existência de dolo para que seja aplicada a Lei dos crimes contra a ordem tributária, não havendo na autuação qualquer menção à existência de crime. Se não houve a intenção de prática de crime não houve dolo do administrador. Mesmo que fosse mantida a autuação, essa diria respeito apenas e tão somente a interpretações diversas da legislação tributária, jamais a prática de crime. Acredita ter ocorrido no caso excesso de exação.

Traz notícia a respeito de julgamento efetuado por esta Delegacia de Julgamento em processo da mesma empresa (11020.721908/2011-08) que afastou a responsabilidade solidária do sócio-administrador, em lançamento similar ao presente, porém referente a períodos de apuração diversos. Requer aplicação do mesmo entendimento no presente processo.

Quanto à multa de ofício qualificada, entende que a própria autoridade fiscal não estaria segura acerca da prática de sonegação fiscal, quando essa afirmou ter ocorrido crime de

sonegação em tese. Alega que a Fiscalização deixou de apontar a ação ou omissão dolosa do contribuinte tendente a ludibriar o fisco, não havendo provas da prática de qualquer crime. Reitera haver apenas divergência quanto à interpretação da legislação, jamais a prática de crime de sonegação fiscal.

Novamente menciona o julgamento por esta DRJ da impugnação apresentado no processo 11020.721908/2011-08, que afastou a imposição de multa qualificada no percentual de 150%, reduzindo a multa de ofício aplicada nos lançamentos para o percentual de 75%. Requer aplicação do mesmo entendimento no presente julgamento.

Por meio da Comunicação nº 437/2011 (fls.1295), de 9 de setembro de 2011, informa a Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul que seria revisto de ofício ato de indeferimento do pedido de parcelamento, haja vista decisão proferida no agravo de instrumento nº 5011565-38.2011.404.000/RS. Em 30/09/2001, foi transferida para o processo nº 11020.724120/2011-45 a parte incontroversa do lançamento, ou seja, o montante referente aos tributos lançados e os juros de mora correspondentes (fls.1286/1288).

A empresa apresentou requerimento solicitando a inclusão da multa de mora de 20% aos débitos objeto de pedido de parcelamento. Por meio da Comunicação nº 458/2001 (fls. 1368/1369) a DRF em Caxias do Sul informou a impossibilidade de incluir o valor da multa no percentual de 20% no processo de parcelamento sob pena de concomitância de cobrança da multa de ofício e da multa de mora.”

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Em análise aos argumentos sustentados pelo sujeito passivo em sua defesa, a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre (DRJ/POA), houve por bem em considerar procedente em parte a impugnação apresentada, proferido Acórdão nº. 10-35.683, ementado nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE

SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/2006 a 30/06/2008

MULTA QUALIFICADA - PROVA - DOLO - A evidência da intenção dolosa , exigida na lei para qualificação da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE – SÓCIO ADMINISTRADOR - É solidária a responsabilidade tipificada no art. 135, III do CTN. Necessário que o sócio seja administrador e tenha praticado ato ilícito para que seja responsabilizado solidariamente pelas dívidas da empresa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/08/2006 a 30/06/2008

MULTA QUALIFICADA - PROVA - DOLO - A evidência da intenção dolosa , exigida na lei para qualificação da penalidade aplicada, há que aflorar na instrução processual, devendo ser inconteste e demonstrada de forma cabal.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SOLIDARIEDADE – SÓCIO ADMINISTRADOR - É solidária a responsabilidade tipificada no art. 135, III do CTN. Necessário que o sócio seja administrador e tenha praticado ato ilícito para que seja responsabilizado solidariamente pelas dívidas da empresa.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

Em resumo, a DRJ/POA entendeu que por serem objeto de parcelamento o montante equivalente ao principal e aos juros exigidos no lançamento, estava a controvérsia destes autos limitada apenas à responsabilidade solidária e a multa de ofício agravada aplicada ao sujeito passivo.

Quanto aos pontos estabelecidos, no que concerne a aplicação da multa no percentual agravado (por suposta sonegação), a DRJ competente houve por bem em reduzir o percentual da penalidade para 75% (setenta e cinco por cento), tendo em vista que segundo seu entendimento não restou comprovada a ação ou omissão dolosa do sujeito passivo quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, pelo que não ficou confirmada a conduta tipificada no fundamento legal utilizado para o lançamento.

Quanto à responsabilidade tributária atribuída ao sócio administrador, no mesmo sentido a DRJ expressou o entendimento de que não ficou confirmada a prática de ilícito doloso por parte do sócio, afastando do mesmo a responsabilidade atribuída.

DO RECURSO

Cientificado do Acórdão supracitado em 19/01/2012, conforme AR de fls. 1391 – numeração eletrônica, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 1395/1401 – numeração eletrônica) em 17/02/2012, aduzindo os fundamentos que a seguir sintetizo:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.206-2 de 04.07.2004

Autenticado digitalmente em 25/11/2012 por JOAO CARLOS CASSULI JUNIOR, Assinado digitalmente em 25/0

1/2013 por GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO, Assinado digitalmente em 25/11/2012 por JOAO CARLOS CASSUL

I JUNIOR

Impresso em 28/02/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- Que a multa remanescente não pode subsistir, uma vez que primeiramente efetuou o parcelamento dos valores incontroversos e somente depois houve a autuação, pelo que, a multa de ofício (que tem por base o valor do principal devido) não pode subsistir;

- Que a contribuinte solicitou à Autoridade Administrativa o direito de parcelar não somente o principal e os juros, mas sim também a multa, porém no percentual de 20%, conforme ditames do artigo 61, §2º da Lei 9.430/96;

- Que a Autoridade Fiscal não poderia exigir por meio de lançamento tributo já parcelado, face ao fato de que protocolizou o “PEPAR” antes da data da lavratura do auto de infração;

- Que a aplicação de multa de ofício pressupõe uma conduta em desacordo com a norma tributária que objetive reduzir valores de tributos devidos, e que em vista disso, a base para o cálculo da aplicação da multa é o tributo não pago, e, “como o tributo não pago” já havia sido parcelado, não poderia subsistir o auto de infração;

- Que ao efetuar o lançamento somente após o recebimento do pedido de parcelamento determinado por decisão judicial (nos autos do Agravo de Instrumento nº. 5011565-38.2011.404.0000/RS) a DRF de Caxias do Sul agiu dolosamente para a cobrança da multa, uma vez que de ofício já desmembrou os valores parcelados, controlando-os no PAF 11020.724120/2011-45, sabendo que apenas a multa e a responsabilidade solidária ficariam controvertidos nos autos deste processo;

Por fim, o recorrente aduz que, uma vez que a decisão recorrida reduziu o percentual da multa aplicada de 150% para 75%, justamente porque partiu da equivocada premissa de que o parcelamento ocorreu após a lavratura da autuação, logo, sabendo-se que o pedido de parcelamento ocorreu antes do lançamento, não se trata o caso de multa de ofício, uma vez que a exigibilidade do tributo estava suspensa, nos termos do 151, VI do CTN, cabendo apenas a aplicação da multa de mora, a qual nunca se opôs a pagar.

DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo o processo sido distribuído a esse relator por sorteio regularmente realizado, vieram os autos para relatoria, por meio de processo eletrônico, numerado até a folha 1403 (mil quatrocentos e três), estando apto para análise desta Colenda 2ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Carlos Cassuli Junior, Relator.

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e tempestividade, portanto, dele tomo conhecimento, passando a análise dos fatos articulados pela recorrente.

De acordo com o resumo acima transcrito, a celeuma dos autos restringe-se à pretensão do sujeito passivo em desconstituir a multa aplicada, remanescente no percentual de 75% após o julgamento da DRJ/POA.

O contribuinte sustenta em suas razões recursais que promoveu o parcelamento do débito antes da data da lavratura do auto de infração e que tentou o parcelamento tanto do principal, quanto da multa (porém no percentual de 20%, relativa à mora) e dos juros, mas que, não acatando seu pedido, a não ser por determinação judicial nos autos do Agravo de Instrumento já citado, a DRF em Caxias do Sul efetuou o lançamento dos valores em questão, lançando, no entanto, a multa com percentual qualificado.

Entretanto, tenho que independentemente de ter sido efetuado o lançamento antes ou depois do pedido de parcelamento pretendido pelo contribuinte, ou ainda, tendo referido pedido sido deferido e processando apenas por decisão judicial ou não, o fato é que o contribuinte perdeu a espontaneidade, uma vez que sua pretensão de pagamento ocorreu após o início do procedimento de fiscalização, nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional, a se verificar:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo Único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (grifei)

Segundo o que se colhe dos autos, o início da fiscalização se deu em 05/05/2011, conforme Termo de Início de Fiscalização de fls. 701 – numeração eletrônica, tendo o contribuinte pretendido o parcelamento dos débitos apenas em 29/08/2011, conforme cópia do Pepar (Pedido de Parcelamento) de fls. 1114 – numeração eletrônica.

Ainda que não houvesse o lançamento discutido nos autos (lavrado, para ser mais preciso, no mesmo dia do pedido de parcelamento do contribuinte, 29/08/2011, conforme documento de fls. 1151 – numeração eletrônica), o dispositivo legal acima transcrito não refere-se ao ato administrativo de lançamento, mas sim, “*qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização*”, como é o exato caso dos autos.

Neste sentido, a jurisprudência deste Colegiado é mansa e pacífica:

MULTA EM PAGAMENTO ESPONTÂNEO. Não se considera espontânea

a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração (parágrafo único do art. 138 do CTN). (Acórdão 3302-00.310. CARF. 2ª Turma. 3ª Cam. 3ª Seção. Dt. Jul. 01/02/2010)

RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES. DENÚNCIA ESPONTÂNEA

REQUISITO LEGAL Em consonância com o disposto no parágrafo único do artigo 138 do Código Tributário Nacional, não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (Acórdão 1302-00.067. CARF. 2ª Turma. 3ª Cam. 1ª Seção. Dt. Jul. 29/09/2009)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. EMENTA

Ano-calendário: 2004

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART. 138 CTN. TRIBUTO NÃO DECLARADO.

Consoante jurisprudência pacífica no STJ a denúncia espontânea, acompanhada do pagamento do tributo em atraso e dos juros de mora, ANTES de qualquer procedimento de fiscalização e/ou declaração do contribuinte, exclui a responsabilidade do sujeito passivo pela infração cometida, nos termos do art. 138 do CTN. (Acórdão 1801-00.706. CARF. 1ª Turma Especial. 1ª Seção. Dt. Jul. 29/03/2012)

Como visto, mesmo que o contribuinte tenha de fato apresentado o pedido de parcelamento dos débitos constantes do auto de infração que constitui este processo administrativo fiscal, sua ação não foi intencionalmente espontânea, uma vez que procedida após o procedimento de fiscalização intentado pela Administração Pública.

Notadamente, na medida em que já fiscalizado, o contribuinte compareceu à uma Unidade da Receita Federal do Brasil para efetuar o parcelamento dos débitos analisados na fiscalização em curso, descaracterizada está a espontaneidade no pagamento/parcelamento de referidos valores, de modo que, cabível a multa de ofício prevista pela ausência do recolhimento do tributo, nos termos em que lançada.

Assim sendo, não é o caso de ser afastada a multa de ofício lançada.

Deve, no entanto, ficar registrado de que o percentual da multa de ofício deve sofrer a redução conforme previsão do §3º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, considerando que o contribuinte pretendeu o parcelamento da multa aplicada (ainda que não aceita pela DRF em Caxias do Sul) dentro do prazo de trinta dias da ciência do auto de infração em comento, e que, nestes termos, possui o direito à redução de 40% do valor da mesma, em observação ao disposto no artigo 6º da Lei nº 8.218/91. Saliento que o próprio Auto de Infração traz no

contexto da intimação dirigida ao contribuinte as possibilidades de reduções legais, de forma que, ainda que por meio de Agravo de Instrumento (ou não), o fato de que o contribuinte parcelara, ou apresentara pedido de parcelamento em 29/08/2011 (portanto, menos de 30 dias da ciência do Auto de Infração) configurara a hipótese legal de redução. Não se trata, no entanto, de hipótese de provimento de recurso, pois que trata-se de simples hipótese de execução deste julgado, consequência natural do eventos fáticos decorridos dos autos.

Assim, voto no sentido de **negar provimento** ao Recurso Voluntário, nos termos da fundamentação.

(assinado digitalmente)

João Carlos Cassuli Junior - Relator