



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

Processo n° 13116.722754/2012-19
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 3403-002.835 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2014
Matéria PIS E COFINS
Recorrentes CAO A MONTADORA DE VEÍCULOS S/A; CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE; EMANUELLE CARMESSETTE DO Ó ANDRADE E JOSÉ RODRIGUES SEARA
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ADMINISTRADORES. IMPUGNAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

No caso de pluralidade de sujeitos passivos, em que o lançamento é constituído em face da pessoa jurídica na condição de contribuinte e dos administradores na condição de responsáveis, a irresignação quanto à responsabilidade solidária dos administradores deve ser apresentada por meio de (1) petição conjunta da contribuinte com os responsáveis; (2) petição própria de iniciativa de cada um dos administradores da pessoa jurídica; ou (3) petição conjunta dos referidos administradores. A impugnação apresentada pela pessoa jurídica, em que sustenta a ilegitimidade da inclusão dos seus administradores no polo passivo da relação jurídica tributária, não merece ser conhecida, por lhe faltar legitimidade.

LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO.

Constatando-se a vigência de cláusula suspensiva da exigibilidade do crédito tributário antes do início da ação fiscal e que o lançamento ocorreu após o advento de decisão judicial, que reconheceu ao contribuinte o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e Cofins, exclui-se a multa de ofício.

Recurso de ofício negado.

Recurso voluntário não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e não tomar conhecimento do recurso voluntário.

Antonio Carlos Atulim – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Alexandre Kern, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Ivan Allegretti e Marcos Tranchesi Ortiz.

Relatório

Trata-se de autos de infração com ciência do contribuinte por via postal em **21/11/2012 (fl. 3814)**, lavrados para exigir as contribuições ao PIS e Cofins acrescidas de multa de ofício e juros de mora, em razão de recolhimento insuficiente dessas contribuições em relação aos fatos geradores ocorridos no período compreendido entre **fevereiro de 2008 e dezembro de 2010**.

O relatório de ação fiscal narra os seguintes fatos:

"(...) Por meio do Mandado de Segurança nº 2007.35.02.005007-3, impetrado em 04 de dezembro de 2007 na Vara Federal de Anápolis-GO, a Fiscalizada questiona a inclusão do ICMS próprio nas bases de cálculo da contribuição para o PIS e da COFINS (andamento processual juntado à folha nº 3.779).

21. Em 10-02-2007, a liminar pleiteada foi indeferida (folha nº 3.779). Do indeferimento da liminar foi interposto agravo de instrumento ao TRF-1ª Região (folhas nos 3.780 a 3.788). Em 12-02-2008, em sede de agravo, foi deferida a antecipação de tutela.

22. Em 20-05-2008 sobreveio a publicação da sentença de 1º grau, por meio da qual foi denegada a segurança (folha nº 3.779). Em decorrência disso, nessa mesma data, o agravo foi julgado prejudicado por perda do objeto (folhas nos 3.784 a 3.788). Portanto, a partir de 20-05-2008, prevaleceu o julgamento materializado na sentença do juízo *a quo*.

23. Em 14-11-2008 a apelação da Fiscalizada foi distribuída no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (folhas nos 3.789 a 3.791).

24. Em 15-06-2009 a Contribuinte protocolou no TRF-1ª Região a Cautelar Inominada nº 2009.01.00.033820-0, apensada à Apelação nº 2007.35.02.005007-3 (folhas nos 3.804 a 3.806). A liminar foi deferida em 18-06-2009 “para autorizar a requerente a não apresentar as informações relativas à formação da base de cálculo da COFINS e do PIS até o julgamento do citado processo” (folhas nos 3.805 e 3.807).

25. Em 24-09-2009 a União ingressou no STF com a Reclamação nº 9.064 (folhas nos 3.809 a 3.812). Em 07-10-2009 foi deferida liminar para “para suspender os efeitos da decisão impugnada (Medida Cautelar Inominada nº 2009.01.00.033820-0/TRF 1ª Reg.), até o julgamento definitivo desta reclamação.”

26. Em 29 de junho de 2012, o Tribunal regional Federal da 1ª Região deu provimento à apelação da Fiscalizada, no Mandado de Segurança nº 2007.35.02.005007-3, cuja ementa de julgamento foi lavrada nos seguintes termos (folhas nos 3.792 a 3.803) (...)"

Na sequência, a fiscalização constatou que em relação aos fatos geradores abarcados pelo lançamento, o contribuinte não declarou em DCTF e nem incluiu nas bases de cálculo das contribuições o ICMS por ela faturado. Os lançamentos de ofício do PIS e Cofins foram elaborados para prevenir a decadência, uma vez que o mérito da questão está pendente de decisão por parte do Poder Judiciário. A multa de ofício, no patamar de 75%, foi incluída no lançamento, pois segundo a fiscalização não incide a regra do art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96 porque na data de início do procedimento fiscal (23 de abril de 2012), não havia qualquer provimento judicial que determinasse a suspensão da exigibilidade das contribuições ao PIS e Cofins sobre a parcela da base de cálculo correspondente ao ICMS. Somente em 29 de junho de 2012, após o início do procedimento de ofício, é que ocorreu o provimento da apelação nos autos do Mandado de Segurança nº 2007.35.02.005007-3. Foram elaborados termos de responsabilidade tributária solidária com base no art. 135, III do CTN em relação aos diretores com poderes de gerência à época dos fatos geradores, quais sejam: Sr. Carlos Alberto de Oliveira Andrade, Sra. Emanuelle Carmesette do Ó Andrade e Sr. José Rodrigues Seara. Informa a fiscalização que elaborou processo de representação fiscal para fins penais.

Em sede de impugnação, o contribuinte alegou, em síntese, o seguinte: 1) durante todo o período autuado esteve, como ainda está, autorizado a excluir os valores de ICMS das bases de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins, sendo incabível o lançamento da multa de ofício; 2) é ilegal a atribuição de responsabilidade solidária aos diretores da pessoa jurídica, com base no art. 135, III do CTN, uma vez que não há prova nos autos da atuação dolosa ou culposa em relação a cada um dos diretores responsabilizados.

Por meio do Acórdão 52.136, de 13 de maio de 2013, a 2ª Turma da DRJ - Brasília julgou a impugnação parcialmente procedente em julgado que recebeu a seguinte ementa:

*"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2008, 2009, 2010*

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. SEGURANÇA DENEGADA. APELAÇÃO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO APÓS O JULGAMENTO DE APELAÇÃO EM QUE SE REFORMOU A SENTENÇA DENEGATÓRIA E SE CONCEDEU A SEGURANÇA. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA DE OFÍCIO INDEVIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 63 DA LEI Nº 9.430/96.

Consoante disposto no artigo 63 da Lei nº 9.430, de 1996, é incabível a exigência de multa de ofício, em auto de infração lavrado para prevenir a decadência, quando o crédito tributário estiver suspenso por força de antecipação de tutela em sede de agravo de instrumento.

No caso, a imposição da penalidade também revela-se descabida, em face da existência de decisão definitiva, proferida por órgão de segundo grau de jurisdição,

publicada em data anterior à lavratura do auto de infração, que deu provimento à apelação da autora do mandamus, ainda que essa decisão esteja pendente de julgamento de possível recurso especial ou extraordinário, que não têm efeito suspensivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008, 2009, 2010

*RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS
ADMINISTRADORES. IMPUGNAÇÃO. NÃO
CONHECIMENTO.*

No caso de pluralidade de sujeitos passivos, em que o lançamento é constituído em face da pessoa jurídica na condição de contribuinte e dos administradores na condição de responsáveis, a irrisignação quanto à responsabilidade solidária dos administradores deve ser apresentada por meio de (1) petição conjunta da contribuinte com os responsáveis; (2) petição própria de iniciativa de cada um dos administradores da pessoa jurídica; ou (3) petição conjunta dos referidos administradores. A impugnação apresentada pela pessoa jurídica, em que sustenta a ilegitimidade da inclusão dos seus administradores no polo passivo da relação jurídica tributária, não merece ser conhecida, por lhe faltar legitimidade.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte."

Em razão da exclusão da multa de ofício ter superado o limite de alçada, houve interposição de recurso de ofício por parte do presidente da turma de julgamento.

Regularmente notificado do acórdão de primeira instância em 26/06/2013 (fl. 4054), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 25/07/2013 (fl. 4055). Insurgiu-se contra a decisão de primeira instância, na parte em que julgou que a pessoa jurídica não tem legitimidade para se opor à ilegal constituição de responsabilidade aos diretores, sob o argumento de que se tratando de solidariedade passiva, a pessoa jurídica tem interesse na exclusão dos diretores, pois terá que indenizar todo o dano material (pagamento) e moral (restrições) que essas pessoas vierem a sofrer, ainda que a empresa prossiga impugnando o lançamento. No mérito, alegou que o art. 50 do Código Civil, estabelece regra específica para a desconsideração da personalidade jurídica e que aquelas circunstâncias legais não estão presentes no caso concreto e nem foram provadas pela fiscalização. Acrescentou que em momento algum a fiscalização comprovou, de forma individualizada, quais foram as condutas dolosas ou culposas de cada um dos diretores, que poderiam render ensejo à imposição da responsabilidade solidária. Disse que a fiscalização atribuiu essa responsabilidade invocando o art. 135, III, do CTN, mas não provou qual foi a conduta dolosa e nem qual foi o ato praticado com infração à lei, excesso de poder ou infração aos estatutos. Acrescentou que a responsabilização dos diretores com base em qualquer uma das hipóteses do art. 135 do CTN requer a comprovação do elemento subjetivo o que não teria ocorrido no caso concreto. Finalizou seu recurso solicitando a anulação do lançamento no que se refere à inclusão dos sócios e diretores da recorrente no pólo passivo deste processo administrativo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Carlos Atulim, relator.

DO RECURSO DE OFÍCIO

O recurso de ofício preenche o requisito formal de admissibilidade, pois o valor exonerado a título de multa de ofício superou em cerca de 120 vezes o limite de alçada.

A autoridade julgadora de primeira instância entendeu que a multa de ofício não deveria ter sido lançada porque os efeitos da sentença de primeiro grau, que denegou a segurança, ficaram suspensos desde a data da publicação do despacho do juiz de primeiro grau, que recebeu a apelação do contribuinte no duplo efeito.

Conforme se verifica nas fls. 3969/3970 o contribuinte agravou a decisão que indeferiu a liminar pleiteada no mandado de segurança 2007.35.02.005007-3 e obteve do TRF, em sede de agravo, a antecipação dos efeitos da tutela, a qual lhe garantiu o direito de não incluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins. Esta decisão foi publicada em 19/02/2008, conforme consta da cópia do Caderno TRF -Tomo Judicial de fl. 3970.

Em 20/05/2008 sobreveio sentença de primeiro grau no mandado de segurança, por meio da qual foi denegada a segurança (conforme andamento processual de fl. 3779). Em razão dessa sentença, na mesma data de 20/05/2008 o TRF 1º Região, julgou o agravo prejudicado por perda de objeto, conforme decisão de fls. 3784 a 3788.

Assim, **entre 19/02/2008 e 20/05/2008** vigorou a cláusula de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estabelecida no art. 151, V, do CTN (tutela antecipada).

Em face da sentença desfavorável no mandado de segurança, houve interposição do recurso de apelação por parte do contribuinte, o qual **foi recebido no duplo efeito**, conforme se pode conferir no despacho judicial de 23 de junho de 2008 (fls. 3984).

Desse modo, forçoso concluir que em 23 de junho de 2008 foram suspensos os efeitos da sentença de primeiro, restabelecendo-se com isso, o *status quo ante*, ou seja, a suspensão a exigibilidade do crédito tributário.

Se a ação fiscal teve início em **23/04/2012**, conforme fls. 2639/2646, está correta a decisão de primeira instância, que considerou indevida a aplicação da multa de ofício por entender que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa na data de início da ação fiscal, estando presente a circunstância prevista no art. 63, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Acrescente-se a isso que o TRF da 1º Região deu provimento integral à apelação do contribuinte no mandado de segurança em **29/06/2012**, conforme extrato do andamento processual de fl. 3987, e que os autos de infração só foram notificados ao contribuinte em **21/11/2012**.

Em outras palavras: **o contribuinte foi autuado quando já existia decisão judicial de mérito que lhe garantia o direito de não incluir o ICMS nas bases de cálculo do PIS e da Cofins.**

Não tem o menor cabimento a aplicação de multa de ofício no caso concreto.

Com esses fundamentos, voto no sentido de que seja confirmada a decisão de primeira instância na parte em que excluiu do lançamento a multa de ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

No recurso voluntário a insurgência da recorrente se dá quanto à inclusão de seus diretores no polo passivo da relação jurídica tributária como responsáveis solidários. Alegou que a pessoa jurídica tem interesse na exclusão dos sócios do polo passivo da relação jurídica tributária, em razão de indenizações que teriam que ser pagas em decorrência de danos morais e materiais pelas restrições que forem impostas a estas pessoas.

Tal alegação não prospera, pois que o interesse que se exige como pressuposto para recorrer é o interesse jurídico e não o interesse meramente econômico ou de fato.

Examinando-se as peças de defesa, verifica-se que as três pessoas físicas arroladas como responsáveis solidárias pela fiscalização não apresentaram defesa no processo.

Entendeu a decisão recorrida, que a impugnação não deveria ser conhecida nesta parte porque a pessoa jurídica não possuiria legitimidade para falar em nome dos diretores.

Conforme bem apontou a turma de piso, a pessoa jurídica, em que pese constituir uma ficção legal, não se confunde com as pessoas físicas dos sócios e dos seus administradores. Não tem, portanto, tem legitimidade para falar por eles no processo. Desse modo, foi correta a decisão de primeira instância quando não conheceu da impugnação nesta parte por falta de legitimidade.

Com esses fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício e de não tomar conhecimento do recurso voluntário.

Antonio Carlos Atulim