



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13227.720128/2014-94
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-011.468 – CSRF / 3ª Turma
Sessão de 20 de maio de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IRMÃOS GONÇALVES COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DISSIMILITUDE FÁTICA.

Não se conhece do Recurso Especial quando as situações fáticas consideradas nos acórdãos paradigmas são distintas da situação tratada no acórdão recorrido, não se prestando os arestos, por conseguinte, à demonstração de dissenso jurisprudencial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em Exercício), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama (Relatora), Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão n.º 3401-004.363, da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a qualificação da multa de ofício aplicada, mantendo-a em um percentual de 75%.

O colegiado *a quo*, assim, consignou a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2010

PIS/COFINS. RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIA PARA ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA A ZERO. ARTIGO 2º, DA LEI Nº 10.996/2004. DESTINAÇÃO DIVERSA. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE. ARTIGO 22 DA LEI Nº 11.945/2009.

As vendas de mercadorias de estabelecimentos localizados fora da Área de Livre Comércio de Guarájá Mirim (“ALCGM”) para estabelecimentos localizados na ALCGM é realizada com alíquota zero das contribuições para o PIS/COFINS, desde que destinadas ao consumo ou industrialização, entendido o consumo quando as “destinatárias (...) as venham utilizar diretamente ou para comercialização por atacado ou a varejo”.

Na hipótese de a adquirente dar destinação diversa às mercadorias recebidas com alíquota zero, ficará responsável pelo pagamento das contribuições que deixaram de ser pagas na origem, pelo estabelecimento remetente das mercadorias.

PIS/COFINS. RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIA PARA ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA A ZERO. ARTIGO 2º, DA LEI Nº 10.996/2004. REGIME OBRIGATÓRIO OU FACULTATIVO. PORTARIA SUFRAMA Nº 162/2005. PORTARIA SUFRAMA Nº 275/2009. PROVA.

A alegação de que o tratamento tributário de venda com redução de alíquota a zero, em operações realizadas com amparo no artigo 2º, da Lei nº 10.996/2004, não é obrigatório, podendo a operação ser realizada também pela tributação ordinária, desde que devidamente indicada a opção nas notas fiscais, deve estar acompanhado da respectiva documentação comprobatória quanto à natureza das operações realizadas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2010

PIS/COFINS. RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIA PARA ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA A ZERO. ARTIGO 2º, DA LEI Nº 10.996/2004. DESTINAÇÃO DIVERSA. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO ADQUIRENTE. ARTIGO 22 DA LEI Nº 11.945/2009.

As vendas de mercadorias de estabelecimentos localizados fora da Área de Livre Comércio de Guará Mirim (“ALCGM”) para estabelecimentos localizados na ALCGM é realizada com alíquota zero das contribuições para o PIS/COFINS, desde que destinadas ao consumo ou industrialização, entendido o consumo quando as “destinatárias (...) as venham utilizar diretamente ou para comercialização por atacado ou a varejo”.

Na hipótese de a adquirente dar destinação diversa às mercadorias recebidas com alíquota zero, ficará responsável pelo pagamento das contribuições que deixaram de ser pagas na origem, pelo estabelecimento remetente das mercadorias.

PIS/COFINS. RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIA PARA ZONA FRANCA DE MANAUS E ÁREA DE LIVRE COMÉRCIO. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA A ZERO. ARTIGO 2º, DA LEI Nº 10.996/2004. REGIME OBRIGATÓRIO OU FACULTATIVO. PORTARIA SUFRAMA Nº 162/2005. PORTARIA SUFRAMA Nº 275/2009. PROVA.

A alegação de que o tratamento tributário de venda com redução de alíquota a zero, em operações realizadas com amparo no artigo 2º, da Lei nº 10.996/2004, não é obrigatório, podendo a operação ser realizada também pela tributação ordinária, desde que devidamente indicada a opção nas notas

fiscais, deve estar acompanhado da respectiva documentação comprobatória quanto à natureza das operações realizadas.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2010

MULTA DE OFÍCIO. DUPLICADA PARA O PERCENTUAL DE 150% (CENTO E CINQUENTA POR CENTO). REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO. AFASTAMENTO. ACUSAÇÃO GENÉRICA E AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À CONDUTA DO SUJEITO PASSIVO. ARTIGO 44, DA LEI Nº 9.430/1996. ARTIGOS 71, 72 E 73 DA LEI Nº 4.502/1964.

Para fins de aplicação da multa de ofício, de forma duplicada ou qualificada, exige-se a inequívoca comprovação de que o sujeito passivo praticou uma das condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, não cumprindo esse requisito uma acusação genérica, sem o cotejo entre a conduta praticada pelo sujeito passivo e uma das hipóteses previstas em abstrato na Lei para a duplicação ou qualificação da multa.”

Insatisfeita, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão que desqualificou a multa, considerando que, para tanto, é de se exigir comprovação inequívoca de que o sujeito passivo praticou uma das condutas descritas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, não cumprindo esse requisito uma acusação genérica, sem o cotejo entre a conduta praticada pelo sujeito passivo e uma das hipóteses previstas em abstrato na Lei para a duplicação ou qualificação da multa.

Traz, entre outros, que:

- O acórdão recorrido violou o art. 17 do Decreto 70.235/72 e o art. 302 do CPC porque apreciou matéria preclusa, porquanto não incluída no objeto de defesa específica;
- Sob o ângulo do Processo Civil, norma subsidiária do processo administrativo fiscal nos termos do art. 108, do CTN, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte” (art. 128, CPC);

- De igual maneira, o art. 460, também do Código de Processo Civil prescreve que é “defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Em despacho às fls. 1394 a 1400, foi dado seguimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Irresignada, a contribuinte opôs Embargos de Declaração em face do r. acórdão, alegando a ocorrência dos seguintes vícios:

- (i) Omissão na ausência de comunicação, pelo Órgão Julgador, da data do julgamento de seu processo e cerceamento de defesa, já que aguardava para praticar sustentação oral quando da sessão (Item 7.1 - fls. 1456);
- (ii) Contradição, omissão e obscuridade, por ter a decisão embargada conhecido matéria diversa do objeto dos autos - aponta contradição da Ementa em relação aos demais atos e termos do processo, omissão do voto em relação a matéria objeto da decisão (se COFINS apenas, ou PIS/PASEP e COFINS), e obscuridade, quando a decisão permite entendimento de que teria julgado o recurso e mantido obrigação relativa a PIS/PASEP e CONFINS, mas que tal não resta devida e objetivamente consignado (Item 7.2 - fls. 1459);
- (iii) Contradição, tendo em conta ter havido o reconhecimento do crédito e o reconhecimento de aproveitamento do crédito, mas negado o creditamento em relação aos valores lançados por ocasião da autuação, além de omissão quanto a menção expressa da possibilidade de registro, lançamento e recolhimento de Cofins quando do ato de transferência de mercadoria entre unidades do mesmo contribuinte (Item 7.3 - fls. 1463);
- (iv) Contradição na alegação de que a embargante não fez prova de suas alegações mediante juntada das notas fiscais aptas à apreciação do alegado (Item 7.4 - fls. 1472); e

- (v) Omissão do julgado ao deixar de apreciar tese de defesa sob a alegação de que não teria sido expressa na peça do Recurso Voluntário. (Item 7.5 - fls. 1477).

Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional foram apresentadas pela contribuinte, trazendo, entre outros, que:

- Resta impossibilitado dar seguimento ao recurso manejado pela União, visto que se revela precipitada a decisão que o admitiu antes mesmo de haver sido dado ciência do acórdão a contribuinte;
- Há segurança pelo recorrente de que os fundamentos de fato e de direito inerente à matéria apontada no recurso de Embargos Declaratórios viabiliza a aplicação de efeitos infringentes ao recurso, de forma a modificar o acórdão, impondo nova intimação da União para ratificar o Recurso Especial já manejado, ou mesmo alterá-lo, em garantia a ampla defesa e contraditório;
- O recurso não deve ser conhecido;
- Nota-se, de forma clara e objetiva, que houve ataque à matéria pela empresa autuada; observando os fundamentos da impugnação é de fácil percepção de não procedente a alegação de que o primeiro ataque fora genérico, visto que restou claro que a parte atacou devidamente a multa, com maior ênfase no tocante à dobra, destacada quando dos apontamentos do percentual de 150%;
- Fato relevante e que não foi observado pela Recorrente, é que a decisão da DRJ não deixou de conhecer da matéria por ausência de contestação, pelo contrário, analisou os argumentos apresentados pela Recorrida e entendeu que os argumentos eram de ordem genérica, não que isso signifique ausência de contestação.

Em despacho às fls. 1520 a 1531, foi dado seguimento parcial aos embargos interpostos pela contribuinte para que seja apreciada a alegação de omissão apontada no item 1.2 – Contradição, omissão e obscuridade decorrente do conhecimento de matéria diversa do objeto dos autos.

Petição foi apresentada pela contribuinte requerendo que os embargos sejam conhecidos, com efeitos infringentes e, no mérito, seja julgado provido o recurso voluntário para cancelar o lançamento fiscal.

Apreciado o item 1.2 dos Embargos de Declaração opostos pelo sujeito passivo, o colegiado *a quo*, por unanimidade de votos, acolheu os embargos para retificar a ementa e o relatório do acórdão embargado, aclarando que se referem tão somente a Cofins, consignando a seguinte ementa:

“ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MENÇÃO À TRIBUTO ESTRANHO AO PROCESSO NA EMENTA E NO RELATÓRIO. OBSCURIDADE CARACTERIZADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS PARA RETIFICAR O ACÓRDÃO EMBARGADO.

Acolhem-se os embargos de declaração para retificar o acórdão embargado quando constatada a obscuridade alegada, in casu, a existência de item de ementa e de menções no Relatório relativos a tributo que não fora objeto da autuação.”

Contrarrazões foram apresentadas pelo sujeito passivo – o que refleti acima parte da argumentação no item que trata dessa peça.

Insatisfeito, o sujeito passivo interpôs Recurso Especial contra o r. acórdão, suscitando divergência em relação à seguinte matéria “PIS/Cofins, Empresa situada em Áreas de Livre Comércio. Possibilidade de crédito na aquisição em vista do art. 10 da Lei 10.966/04. Comprovação por meio de notas fiscais”.

Em despacho às fls. 1668 a 1674, foi negado seguimento ao Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

Agravo contra o despacho que inadmitiu o Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo foi apresentado; mas, em despacho de agravo às fls. 1717 a 1723, o agravo foi rejeitado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama – Relatora.

Depreendendo-se da análise do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, importante discorrer sobre os arestos recorrido e paradigma, para melhor elucidar meu direcionamento quanto ao conhecimento ou não das matérias trazidas em recurso.

Para tanto, importante recordar:

- Acórdão recorrido (destaques meus):

- Ementa:

“[...]

MULTA DE OFÍCIO. DUPLICADA PARA O PERCENTUAL DE 150% (CENTO E CINQUENTA POR CENTO). REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO. AFASTAMENTO. ACUSAÇÃO GENÉRICA E AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À CONDUTA DO SUJEITO PASSIVO. ARTIGO 44, DA LEI Nº 9.430/1996. ARTIGOS 71, 72 E 73 DA LEI Nº 4.502/1964.

Para fins de aplicação da multa de ofício, de forma duplicada ou qualificada, exige-se a inequívoca comprovação de que o sujeito passivo praticou uma das condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, não cumprindo esse requisito uma acusação genérica, sem o cotejo entre a conduta praticada pelo sujeito passivo e uma das hipóteses previstas em abstrato na Lei para a duplicação ou qualificação da multa.”

- Relatório do acórdão recorrido:

“[...]

Dessa decisão, o contribuinte, ora Recorrente, foi cientificado no dia 22/09/2014, segunda-feira, conforme Aviso de Recebimento acostado às fls. 1279, apresentando tempestivo Recurso Voluntário no dia 15/10/2014, quarta-feira, conforme carimbo de fls. 1282, pelo qual requer o reconhecimento da improcedência do lançamento realizado, com base nos argumentos a seguir: (i) não seria aplicável ao caso o artigo 22 da Lei nº 11.945/2009, por existir previsão legal que rege a matéria, segundo o Recorrente, a Instrução Normativa SRF nº 546/2005; (ii) o Recorrente teria cumprido sua responsabilidade como sujeito passivo de obrigação relativa ao recolhimento das contribuições; (iii) a decisão recorrida teria decidido, conforme Solução de Consulta que, além de não ter sido devidamente identificada na decisão, não produziria quaisquer efeitos contra o Recorrente, motivo pelo qual o Recorrente impugna o entendimento ali firmado; (iv) quanto à primeira irregularidade, o Recorrente afirma que a contribuição teria sido efetivamente paga e que o artigo 22 da Lei nº 11.945/2009 trata da responsabilidade pelo pagamento, mas nada afirma a respeito do momento do recolhimento das contribuições, afirmando que, no seu entender, o momento de recolhimento não se dá no ato de transferência, mas quando da prática da venda, o que colocaria a obrigação de recolhimento no 25º (vigésimo quinto dia) do mês subsequente ao faturamento; (v) quanto à segunda irregularidade, o Recorrente defende que os seus fornecedores seriam pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador e, desse modo, as aquisições de mercadorias sujeitas a monofasia estavam com a alíquota reduzida a zero; (vi) quanto à terceira irregularidade, o Recorrente afirma que teria descontado créditos apenas em relação a notas fiscais que estão sem a indicação de que venda é realizada na forma da Lei nº 10.966/2004, pois, nesses casos, entendeu o Recorrente que a venda fora efetuada seguindo a alíquota normal, em operação diversa da

que a praticada com o benefício de alíquota zero, e que teria havido o recolhimento de COFINS na origem; e, por fim, (vii) pugna pela inaplicabilidade da multa, pois não teria cometido nenhuma irregularidade, e pela sua inconstitucionalidade, por ter caráter confiscatório; (viii) pede o afastamento da duplicação da multa, por inexistência de dolo do Recorrente; e (ix) pede o reconhecimento de bis in idem, por uma cobrança de tributo, duas vezes, sobre um mesmo fato gerador.

- Voto do acórdão recorrido:

“[...]

Por esses motivos, tal como decidido em primeira instância administrativa, a multa de ofício aplicada deve ser mantida, merecendo ainda análise a questão de sua duplicação ou qualificação.

Como visto, a decisão recorrida sequer apreciou essa questão, por ter entendido que não teria sido expressamente contestada pelo Recorrente, o que implicaria a preclusão da matéria, nos termos do artigo 17, do Decreto nº 70.235/1972.

Da leitura da parte da Impugnação que contesta a penalidade, fls. 938 e seguintes, verifica-se que o Recorrente faz uma defesa genérica da aplicação da penalidade, levantando alegações manifestamente improcedentes como a relativa ao enriquecimento ilícito do Estado ao aplicar uma multa expressamente prevista em Lei, portanto, que nunca poderia ser qualificada como ato ilícito, e a relativa à inconstitucionalidade, cuja apreciação é vedada por Súmula deste Tribunal, e deixando de impugnar de maneira mais contundente as questões que importam para a manutenção ou afastamento da penalidade, ainda que parcial, como é a subsunção da conduta descrita com a hipótese legal de aplicação da penalidade, seja no percentual ordinário, seja no percentual duplicado.

Essa linha da defesa beira a preclusão decidida em primeiro grau, que não será mantida aqui por dois motivos: (i) a Recorrente chega

a defender em Impugnação que a conduta por ela performada não configuraria a infração apontada do Auto, o que deve se entender como a infração que dá ensejo à duplicação da penalidade (fls. 939) e, no Recurso Voluntário, a qualificação da penalidade é combatida de forma expressa; e (ii) as próprias razões adotadas no Relatório Fiscal para aplicar a penalidade são genéricas. Logo, a Recorrente se defendeu de forma genérica de uma acusação que também foi genérica e não desceu no detalhe de qualificar a conduta da Recorrente em uma das hipóteses de qualificação da multa.

Ao se examinar o Relatório Fiscal, às fls. 886 dos autos, percebe-se que a imposição da penalidade, na forma qualificada, é justificada tão somente pelos seguintes dizeres:

“O estabelecimento 04.082.624/001713, localizado em Guajará Mirim, Área de Livre Comércio – ALC, que possui benefício tributário da desoneração do PIS e COFINS, de acordo com o SPED FISCAL apenas vendeu para Guajará Mirim R\$ 3.141,69, e o total de transferência de mercadorias/material para o estabelecimento fora da Área de Livre Comércio de Guajará Mirim, perfazem o montante de R\$ 57.659.695,19.

Nota-se que a empresa já comprava as mercadorias/material pelo estabelecimento 04.082.624/001713, localizado em Guajará Mirim, Área de Livre Comércio – ALC, no intuito de transferir para outros estabelecimentos situados fora da Área de Livre Comércio – ALC, para se aproveitar do benefício tributário da desoneração do PIS e COFINS.

No fundamento apresentado não há qualquer remissão às condutas previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, de modo a realizar o necessário cotejo entre uma das condutas lá elencadas e a conduta praticada pela Recorrente.

Apesar disso, de nada afirmar a Fiscalização nesse sentido, e assumindo-se que a conduta em questão seja a fraude do artigo 72 da Lei nº 4.502/1964, que é definida como “tôda ação ou omissão dolosa

tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”, não me parece que o não recolhimento das contribuições em razão da mudança da destinação das mercadorias tenha ocorrido em razão de um ato doloso para reduzir o montante das contribuições devidas, mas, pelo que consta nos autos, se deva muito mais a uma má compreensão ou divergência na interpretação da Legislação, por parte do contribuinte, ora Recorrente.

Além disso, deve-se observar, como vem decidindo a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais “a aplicação da multa de ofício em 150% (cento e cinquenta por cento) exige a inequívoca comprovação do evidente intuito de fraude na conduta do sujeito passivo, definido nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Ausente a prova inequívoca de intenção deliberada da contribuinte de ocultar o fato gerador das contribuições da Autoridade Fiscal, não há de se falar na aplicação da multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento)” (Acórdão nº 9303004.685; Data da Sessão: 16/02/2017; Relator: Charles Mayer de Castro Souza; Redatora Designada: Vanessa Marini Cecconello).

Pelo exposto, proponho ao Colegiado a manutenção da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), afastando a majoração pela duplicação de seu percentual, por carência probatória do enquadramento da conduta da Recorrente em uma das hipóteses legais autorizadoras. [...]”

- Acórdão paradigma 1301-00.214 (destaques meus):

Ementa:

“[...]”

*ESCRITA CONTÁBIL REFEITA APÓS O LANÇAMENTO.
DESCABIMENTO.*

Não cabe o refazimento da escrita contábil, após o lançamento, para incluir receitas e despesas não originalmente contabilizadas. "Não se há de invalidar o lançamento por eventos que decorreram de culpa exclusiva da autuada.

DRTFRM1NAÇÃO DO VALOR TRIBUTÁVEL - APROVEITAMENTO DE CUSTOS E DESPESAS NÃO CONTABILIZADAS - Incabível a dedução de custos e despesas do valor da omissão de receitas apurada pela fiscalização, quando a autuada não demonstra a vinculação desses gastos com a receita omitida, nem tampouco que eles já não teriam sido aproveitados na apuração do resultado do exercício.

MULTA QUALIFICADA. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

Questões não provocadas a debate em primeira instância, quando se instaura a fase litigiosa do procedimento administrativo, com a apresentação da petição impugnativa inicial, e somente vêm a ser demandadas na petição de recurso, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento, por afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição a que está submetido o Processo Administrativo Fiscal. [...]"

- Acórdão paradigma 3202-001.120 (destaques meus):

- Ementa:

“[...]

LUCRO PRESUMIDO. PERMUTA DE IMÓVEIS. RECEITA BRUTA. Na operação de permuta de imóveis sem recebimento de torna, realizada por pessoa jurídica tributada pelo IRPJ com base no lucro presumido, dedicada à atividade imobiliária, constitui receita bruta o preço do imóvel recebido em permuta.

MULTA QUALIFICADA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO

A função do recurso no âmbito administrativo é a revisão da decisão de primeira instância (DRJ). Operam-se efeitos preclusivos, previstos

no artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, em relação à matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo Recorrente na impugnação. [...]”

Pelo confronto dos arestos e depreendendo-se da análise dos autos, vê-se que não há similitude fática entre eles para se comprovar a divergência e conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, eis que nos acórdãos paradigmas, efetivamente não houve menção ou defesa contra a qualificação da multa, diferentemente desse caso.

Ora, no presente caso, o sujeito passivo:

- Apresentou efetivamente em impugnação sua indignação frente a qualificação da multa, independentemente dos argumentos (o julgador inclusive tem a liberdade de acatar o pedido com outros argumentos), eis:

“[...]”

08 – DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O não reconhecimento do crédito tributário, seja nas operações de transferências, seja nas operações a que faz jus, e a aplicação da multa punitiva de 150%, violam o princípio do enriquecimento sem causa.

Reza o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. [...]

A multa fiscal ou tributária não pode ser utilizada como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado.

Assim, não é qualquer atraso no pagamento dos tributos que deve legitimar a previsão de multa exacerbada, na casa das centenas de percentagem. [...]

A esse respeito, entende o impugnante que a multa aplicada, no montante de 150% [...], foge em muito ao razoável e ao

proporcional, adentrando na natureza confiscatória, pois evidente que o acessório (multa) esta muito além do que poderia atingir em relação ao principal (tributo). [...]”

- Trouxe a questão da multa qualificada em impugnação. Tanto é assim, que a própria DRJ apreciou em acórdão, sem mencionar preclusão que *“Quanto à alegação no sentido de que a multa aplicada redunde em enriquecimento sem causa e confisco, cumpre registrar que se o afastamento ou redução da penalidade pecuniária fosse concedido por razões dessa ordem, tal ocorreria à margem da legislação de regência, o que não é possível na órbita do Fisco, uma vez que a atividade administrativa tributária é plenamente vinculada à lei. [...]*

Diante do exposto, VOTO no sentido de negar provimento à impugnação”.

- Em recurso voluntário trouxe, entre outros, novamente, os mesmos argumentos contra a qualificação da multa no item 5.5 e no item 5.6 a ilegalidade da dobra do percentual da multa, afastando o dolo e qualquer prática de fraude ao expor *“É oportuno rememorar que o Recorrente, quando da prática que entendeu como correto, qual seja, do faturamento das mercadorias, realizou os lançamentos pertinentes e procedeu o recolhimento da contribuição, nas alíquotas corretas, já considerando as operações como ordinárias, qual seja, sem a incidência da redução pertinente à ALC”* E que não reconhece a incidência de dolo [...]

Considerando, assim, que a impugnação refletiu sobre a multa qualificada, nem foi mencionado o termo “preclusão” em acórdão da DRJ, sendo enfrentado para negar-lhe provimento.

E, após o recurso voluntário também refletir sobre a indignação da multa qualificada, a turma ordinária do CARF tratou de apreciá-la.

Nesses termos, não há como se considerar que as situações são semelhantes das tratadas nos acórdãos indicados como paradigmas – onde nem houve menção ao termo “multa qualificada”.

Em vista de todo o exposto, voto por não conhecer o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama