



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14041.720029/2016-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3301-012.965 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2023
Recorrente ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - M
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2011, 2012

LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO. CANCELAMENTO. SÚMULA VINCULANTE CARF Nº 17.

Multa de ofício exigida em auto de infração lavrada para prevenção de decadência e com a exigibilidade do crédito suspensa, nos termos dos artigos 151, inciso IV e V, do CTN, necessário o cancelamento da penalidade. Incidência da Súmula Vinculante CARF nº 17.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA VINCULANTE CARF Nº 1.

Resta prejudicado o conhecimento de matéria de direito abordada concomitantemente em processo judicial e administrativo, desde que constatada similaridade entre partes, causa de pedir e pedidos. Aplicação da Súmula CARF nº 1.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do Recurso Voluntário e, na parte conhecida, dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ari Vendramini, Laercio Cruz Uliana Junior, Jose Adão Vitorino de Moraes, Juciléia de Souza Lima, Sabrina Coutinho Barbosa, Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente).

Relatório

Por bem retratar os fatos, adoto o relatório do Acórdão Recorrido:

Contra a contribuinte ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - ME, em epígrafe, foram lavrados autos de infração de Cofins e contribuição para o PIS, com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial, mas com a imposição de multa de ofício, no valor (incluindo multa de ofício e juros de mora) de R\$ 6.274.799,93 e R\$ 1.361.931,39, respectivamente, relativos aos períodos de janeiro de 2011 a outubro de 2012.

I. DO PROCEDIMENTO FISCAL

Reporto-me ao Termo de Verificação Fiscal de fls. 4.254/4.267, no qual o agente fiscal detalha todo o procedimento adotado durante os trabalhos de auditoria, que, ao final, resultou nos presentes lançamentos.

Informa a autoridade fiscal que a contribuinte está sujeita à apuração da Cofins e da contribuição para o PIS no regime não cumulativo, e que promoveu diversas glosas de créditos dessas contribuições, nos anos de 2011 e 2012, valendo destacar as seguintes:

a) créditos não comprovados, em razão da falta de apresentação dos comprovantes de pagamentos de determinadas mercadorias que teriam sido adquiridas pela contribuinte; e

b) créditos indevidos, a saber: mercadorias recebidas em bonificação, bonificações financeiras, taxa de administração de operadoras de cartão de crédito, juros sobre a antecipação de recebíveis, despesas com embalagens, depreciações, etc.

Referidas glosas implicaram em exigências dessas contribuições, sem a exigibilidade suspensa, cujo crédito tributário é controlado no processo administrativo nº 14041.720030/2016-30.

Constatou também a autoridade fiscal que a contribuinte promoveu a exclusão do ICMS sobre vendas da base de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS.

Informa que a contribuinte, para respaldar o seu procedimento de promover a mencionada exclusão, ingressou em juízo contra a União em 08/06/2015 e conseguiu a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, após a obtenção do provimento ao Agravo de Instrumento nº 35793-10.2015.4.01.0000.

Aduz o agente fiscal que, como o referido provimento somente ocorreu no mês de setembro/2015, ou seja, após o início do procedimento fiscal, que se deu em 26/11/2014, não aplicou o disposto no art. 63 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme disposição contida no § 1º do caput do mesmo artigo.

Ou seja, a constituição de ofício do crédito tributário destinada a prevenir a decadência – autos de infração lavrados com a exigibilidade suspensa – incluiu os lançamentos de multa de ofício.

O referido crédito tributário é controlado no presente processo administrativo nº 14041.720037/2016-51.

Registra, por fim, o autor do procedimento, que a fiscalizada não se manifestou quanto à existência de depósitos judiciais efetuados no âmbito da ação ordinária relativa à exclusão do ICMS/ISS das bases de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS/Pasep, e que, após consultas aos sistemas internos da RFB, não identificou a existência de tais depósitos judiciais.

II. DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada dos autos de infração em 29/03/2016, e irresignada, a contribuinte ITAMAR COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA - ME apresentou a impugnação de fls. 4.364/4.372, em 28/04/2016, por meio da qual se extraem, em apertada síntese, as seguintes razões de defesa.

Alega a suplicante que os autos de infração, ainda que lavrados com sua exigibilidade suspensa, estão a desafiar inexoravelmente o art. 151, V, do CTN, assim como fere dispositivo infralegal previsto no art. 66 da Lei 8.383/91, da forma estatuída no art. 150, § 1º, do CTN

Sustenta que a mencionada decisão judicial têm o condão de impedir a iniciativa do Auditor Fiscal de efetuar o lançamento do crédito tributário, inclusive de afastar a imposição de “multa no patamar de 75%”, bem assim a incidência de juros moratórios, e que, no presente caso teria havido desobediência de ordem judicial.

Assevera que a demora da Administração Tributária em homologar as compensações efetivadas pelo sujeito passivo, relativas à Cofins e à contribuição para o PIS dos anos de 2011 e 2012, fere o art. 24 da Lei nº 11.457/2007, que prevê prazo máximo de 360 dias para sejam atendidas as demandas dos contribuintes.

É o breve relatório.

Em decisão unânime, a 2ª Turma da DRJ/BSB julgou improcedente a impugnação da empresa ora Recorrente, sendo a decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2011, 2012

UTELA ANTECIPADA POSTERIOR AO INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL. LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA COM IMPOSIÇÃO DE MULTA DE OFÍCIO. EXIGIBILIDADE SUSPensa. DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

A concessão de tutela antecipada, posteriormente ao início do procedimento fiscal, suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, com lançamento de multa de ofício. A formalizado do lançamento tributário, com sua exigibilidade suspensa, não configura desobediência de ordem judicial.

LANÇAMENTO DECORRENTE.

Por se tratar de exigência reflexa realizada com base nos mesmos fatos, a decisão de mérito prolatada quanto ao lançamento da Cofins constitui prejudgado na decisão do lançamento decorrente relativo à contribuição para o PIS.

A Recorrente, por meio de Recurso Voluntário, busca reformar o referido decisum alegando, em síntese: (i) que a manutenção da multa de ofício pelo juízo *a quo* desobedece a decisões do Judiciário nas ações nº 35793.10.2015.4.01.0000/DF e 8438-10.2015.4.01.3400/DF; (ii) o efeito confiscatório da multa; e, (iii) a exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sabrina Coutinho Barbosa, Relatora.

Conheço do Recurso Administrativo Voluntário, eis que atendidas as formalidades legais necessárias para o seu processamento.

Sem delongas, consoante brevemente narrado, com amparo no art. 151, inciso V do CTN, estar-se diante de lançamento para prevenção de decadência, acrescido de multa isolada, (e-fls. 4.235 e 4.243):

O **crédito tributário** constituído por meio do presente auto de infração está **com a exigibilidade suspensa por força de antecipação de tutela** – provimento ao Agravo de Instrumento nº 35793-10.2015.4.01.0000/DF – concedida nos autos do processo nº 33036- 28.2015.4.01.3400/DF da 14ª Vara Federal (art. 151, inciso V, do CTN).

Embora defendido pela Recorrente a irregularidade ou inconstitucionalidade da multa aplicada, à DRJ declara que o lançamento foi corretamente constituído, tendo a penalidade esteio no § 1º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996. O mesmo no que diz respeito à exigência do crédito tributário com a incidência de juros de mora, já que ausente depósito judicial que suspenderia tal exigência. Peço venia para reproduzir a principal razão de decidir:

Nesse cenário, como o referido provimento do agravo de instrumento do contribuinte, que autorizou a exclusão do ICMS das bases de cálculo da Cofins e da contribuição para o PIS, somente ocorreu no mês de setembro/2015, ou seja, após o início do procedimento fiscal, que se deu em 26/11/2014, o agente fiscal procedeu à constituição de ofício do crédito tributário destinada a prevenir a decadência, mas com imposição de multa de ofício.

À Recorrente contra-argumenta defendendo, a exclusão da multa isolada sobre o crédito tributário constituído seja por efeito das decisões judiciais nas Declaratórias nºs 33036-28.2015.4.01.3400/DF (AI nº 35793.10.205.4.01.0000/DF) e 8438-10.2015.4.01.3400/DF, que suspenderam a exigibilidade dos créditos (art. 151, inciso V, do CTN), seja por causa do seu efeito confiscatório. Também refuta a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais.

Em relação aos litígios, de fato, é inaplicável multa isolada nas autuações lavradas com fins de prevenir decadência, a teor da Súmula Vinculante CARF nº 17, a saber:

Súmula CARF nº 17. Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Tampouco factível declarar a nulidade do ato administrativo, de acordo com Súmula Vinculante CARF nº 165, *in verbis*:

Súmula CARF nº 165. Não é nulo o lançamento de ofício referente a crédito tributário depositado judicialmente, realizado para fins de prevenção da decadência, com reconhecimento da suspensão de sua exigibilidade e sem a aplicação de penalidade ao sujeito passivo.

Nesse sentido, formalizados os autos de infração para a exigência da COFINS e do PIS em 22/03/2016, quando ainda vigente a tutela antecipada em favor da Recorrente, faz-se necessário o cancelamento da multa de ofício.

Destaco, na data de emissão do termo de verificação fiscal (e-fl. 4.254 e seguintes), a Recorrente encontrava-se acobertada por medida judicial por intermédio de agravo de instrumento (trata do ICMS com liminar em 09/2015), como também decorrente da ação nº 8438-10.2015.4.01.3400/DF (discute a bonificação ajuizada em janeiro/2015, com liminar em fevereiro). O procedimento fiscal que apurou a regularidade das contribuições sociais para o ano-calendário 2011 teve início em 14/03/2016 quando intimada a Recorrente da ampliação do procedimento fiscal, já que, até então, o procedimento inicial alcançava apenas IRPJ e CSLL, posteriormente contemplando PIS/PASEP e COFINS do ano-calendário 2012 (a partir de março/2015):

5. A ação fiscal foi iniciada por intermédio de Termo de Início da Ação Fiscal – Tiaf, datado de 24/11/2014, do qual a empresa foi cientificada por via postal em 26/11/2014. Por meio do referido termo, foram solicitados da pessoa jurídica os seguintes elementos:

(...)

10. A partir da declaração apresentada pela empresa, e considerando o fato de que o livro digital na situação de “aguardando pagamento” podia ser substituído, conforme previa o Manual de Orientação do Leilante da Escrituração Contábil Digital (ECD) vigente à época, aprovado pelo então Ato Declaratório Executivo Cofis nº 103, de 30 de dezembro de 2013, e também o fato de que a validade do livro digital dependia de sua autenticação – pela JCDF –, conforme dispõe o art. 28 da Instrução Normativa DREI nº 11, de 05 de dezembro de 2013, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal nº 01 – TIF 01, de 03/03/2015, por meio do qual foram solicitados os seguintes elementos:

5 Em sendo o caso, apresentação dos Demonstrativos de Apuração das Contribuições Sociais – Dacon retificadores, referentes ao ano-calendário de 2012, todos em consonância com os dados constantes das novas escriturações mencionadas nos itens anteriores, exibindo os respectivos recibos de entrega;

6 Informação sobre a existência de processo de consulta quanto à aplicação da legislação tributária, bem como ações judiciais movidas pela empresa questionando a exigibilidade de tributos administrados pela RFB (caso afirmativo, apresentação de documentação pertinente – petição inicial, medidas liminares, depósitos judiciais, sentenças, Certidão de Objeto e Pé, Certidão de Trânsito em Julgado etc.).

15. Por meio do Termo de Intimação Fiscal nº 03 – TIF 03, datado de 21/07/2015, a empresa foi intimada a (1) apresentar comprovantes de pagamentos relativos a determinadas notas fiscais de compras de mercadorias; (2) esclarecer a natureza de determinados lançamentos concernentes a despesas referentes a quebras de caixa; (3) justificar a não-adição no Lalur de determinadas despesas escrituradas como indedutíveis; (4) apresentar documentação comprobatória de lançamentos efetuados em contas relacionadas a créditos da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep; (5) justificar o cálculo de créditos dessas contribuições sobre bonificações recebidas; (6) justificar por que determinados lançamentos presentes na contabilidade não foram considerados nas apurações das mesmas contribuições; (7) apresentar documentos e informações relacionados a lançamentos efetuados em contas concernentes a créditos com sócios e interligadas; e (8) esclarecer inconsistências verificadas no Lalur (Parte B), bem como apresentar, se fosse o caso, novo livro com as correções necessárias.

(...)

23. Finalmente, em 14/03/2016, mediante o Termo de Ciência de Ampliação do Procedimento Fiscal nº 06, a empresa foi cientificada acerca da ampliação do

procedimento fiscal para o período correspondente ao ano-calendário de 2011, em relação à Cofins e à Contribuição para o PIS/Pasep. (grifos nossos)

Em complemento, vejamos as considerações iniciais da autoridade fiscal:

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2. O procedimento fiscal foi aberto, originariamente, com o objetivo de verificar possível falta ou insuficiência de recolhimento do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep, todos relativos ao ano-calendário de 2012, em razão do cruzamento dos dados constantes dos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

3. Posteriormente foram incluídos na ação fiscal o Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF, relativo ao ano-calendário de 2012, bem como o período correspondente ao ano-calendário de 2011, em relação à Cofins e à Contribuição para o PIS/Pasep.

4. O presente termo aborda as infrações relacionadas tão somente com a Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep. As infrações relacionadas com o IRPJ e a CSLL, bem como ao IOF foram objetos de outros processos administrativos. **(grifos nossos)**

Cabe ainda reproduzir os seguintes trechos da conclusão:

96. Importante destacar que foram lavrados dois autos de infração para cada contribuição – um abrangendo períodos constituídos de ofício com a exigibilidade suspensa, e outro relativo aos meses de janeiro/2011 e outubro/2012 que foram constituídos de ofício sem a exigibilidade suspensa –, visto que o montante do pretensão crédito discutido judicialmente pela empresa não seria suficiente para “garantir” todo o valor efetivamente devido, na hipótese de decisão judicial definitiva favorável à fiscalizada.

97. Os autos de infração lavrados com a exigibilidade suspensa foram formalizados mediante o processo administrativo de nº 14041.720029/2016-13. Já os autos lavrados sem a exigibilidade suspensa foram formalizados por meio do processo administrativo de nº 14041.720030/2016-30. (grifos nossos)

Necessário, então, afastar a multa de ofício.

Quanto à discussão que circunda a exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais – *leading case RE nº 574.706 com Repercussão Geral reconhecida pelo STF* –, existente a ação judicial nº 33036- 28.2015.4.01.3400/DF inerente ao tema, não há o que ser examinado por este Colegiado, por atrair a Súmula Vinculante CARF nº 1, de seguinte teor:

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. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Portanto, tão logo transitadas em julgado as decisões proferidas nas Ações Declaratórias de Inexistência de Relação Jurídica Tributária com pedido de tutela antecipada tombadas sob os nºs 33036-28.2015.4.01.3400/DF e 8438-10.2015.4.01.3400/DF, o presente lançamento às atenderá.

Pelo exposto, não conheço os fundamentos referentes à exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais em razão de concomitância, e conheço o argumento sobre a multa de ofício para cancelá-la.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sabrina Coutinho Barbosa