



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

Processo nº 19647.007173/2006-85
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-002.336 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de setembro de 2013
Matéria PIS/COFINS
Recorrente MOINHO PETINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida DRJ - RECIFE - PE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. Não há que se falar em concomitância de processos, quando o pedido de um é diverso do pedido de outro processo. O presente auto de infração visa a desconstituição de lançamentos referente à lançamentos de PIS e COFINS. Já o Mandado de Segurança nº 9322505, refere-se a discussão acerca da cobrança do PIS e da COFINS, com as alterações promovidas pela Lei nº 9.718/98.

MULTA ISOLADA. EVIDENTE INTUÍTO DE FRAUDE. Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei nº 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos.

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Não compete a Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal, em caráter privativo, ao Poder Judiciário.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reduzir todas as multas de ofício lançadas, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os conselheiros Gileno Gurjão Barreto (relator), Paulo Guilherme Derouled e Maria da Conceição Arnaldo Jacó, que davam provimento parcial ao Recurso Voluntário para reduzir a multa de ofício do auto de infração

cujo crédito está com a exigibilidade suspensa. Designado o conselheiro Alexandre Gomes para redigir o voto vencedor. Fez sustentação oral: Antonio Elmo Gomes Queiroz - OAB/PE 23878.

(assinado digitalmente)

WALBER JOSÉ DA SILVA - Presidente

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO – Relator

(assinado digitalmente)

ALEXANDRE GOMES – Redator designado.

EDITADO EM: 29/10/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Adota-se o relatório:

Contra a empresa já identificada foram lavrados os Autos de Infração de fls. 04/07 - COFINS, 12/14 — COFINS Exigibilidade Suspensa, 20/23 - PIS e 28/30 PIS Exigibilidade Suspensa.

De acordo com a autuante, os Autos de Infração de fls. 04/07 e 20/23 são decorrentes das insuficiências de recolhimentos e de registros a menor nas DCTF das mencionadas contribuições, conforme relatado as fls. 06/07 e 22/23 e no Relatório da Ação Fiscal de fls. 37/42, para exigência dos créditos tributários, adiante especificados, referentes aos períodos de janeiro a dezembro de 2003:

Valores em Real

Crédito Tributário	COFINS	PIS
Contribuição	1.008.040,95	126.991,56
Juros de Mora	495.504,38	66.739,11
Multa proporcional	1.512.061,38	190.487,33
TOTAL	3.015.606,71	384.218,00

Os Autos de Infração, de fls. 12/14 e 28/30 são decorrentes das faltas de recolhimentos e de registros nas DCTF das mencionadas contribuições, referentes às Outras Receitas Operacionais, cujos créditos tributários apurados foram lançados com a exigibilidade

suspensa por força do Acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 93225 do TRF - 5ª Região, conforme relatado As fls. 13/14 e 29/30 e no Relatório da Ação Fiscal de fls. 37/42, para exigência dos créditos tributários, adiante especificados, referentes aos períodos de janeiro a março, maio, julho, novembro e dezembro de 2003:

Valores em Real

Crédito Tributário	COFINS	PIS
Contribuição	6.100,45	3.355,28
Juros de Mora	2.994,49	1.646,97
Multa proporcional	9.150,65	5.032,90
TOTAL	18.245,59	10.035,15

Inconformada com as autuações, a contribuinte apresentou as impugnações de fls. 265/281 e 302/309, as quais anexou as fls. 282/301 e 310/335.

Relativamente aos referidos Autos de Infração da COFINS (fls. 265/281): requer seja a referida impugnação acolhida em todos os seus termos, no sentido de serem declarados nulos os referidos lançamentos, assim também seja reconhecida a ilegalidade das cominações e multas, notadamente as agravadas, aplicada em decorrência do respectivo MPF, nos Autos de Infração referentes a COFINS de fls. 04 e 12, e apresenta, em síntese, as seguintes alegações:

- Das Considerações Jurídicas — Da Ilegalidade de Imposição de Multa Agravada no Presente Caso:

- quanto à parcela com exigibilidade suspensa, é inconsistente não enquadrá-la no art. 151 do CTN, sob o argumento de que a previsão é apenas para medida liminar ou tutela antecipada. Ora, no caso em tela tem-se, como reconhecem os próprios auditores (fl. 38), Acórdão do TRF da 5ª Região, proferido em sede de Apelação, concedendo a segurança requestada. Ressai, pois, que a decisão de que é detentora a Impugnante é mais que liminar ou antecipação;

- obviamente, não se justifica, portanto, a cominação de qualquer multa, muito menos a multa agravada como quer o Fisco;

- em nenhum momento a Impugnante tentou burlar ou manipular artificiosamente, formal ou materialmente, os dados ou documentos postos disposição da fiscalização. Soa inverossímil que uma empresa se disponha a ludibriar intencionalmente o *fisco federal*, mas, em um momento de ingenuidade, proceda escrituração correta dos efetivos valores e remeta os dados verdadeiros ao *fisco estadual*. Na realidade, inexatidões acontecem a todo momento e nem por isto deve-se presumir o excepcionável, o extravagante ou intenções fraudulentas;

- todos estão passíveis de errar, inclusive no próprio trabalho desenvolvido pelos Auditores Fiscais, quando trataram da COFINS com exigibilidade suspensa, bem como do PIS, referindo-se a omissões de informações durante doze meses quando só listaram fatos geradores em sete meses;

- Das Supostas Diferenças Encontradas e Lançadas de Ofício: a Impugnante, de fato, em algum momento se equivocou nos seus registros e está selecionando uma empresa independente para auditar todas as suas contas. Para chegar à verdade material deve ser concedido um prazo para a Impugnante apresentar os resultados que serão produzidos pelos

assistentes técnicos. Aliás, a ação fiscal ainda deve receber subsídios pelo processo judicial em Mandado de Segurança;

- é imperioso que a administração reconheça que parcelas utilizadas como base de cálculo das referidas contribuições estão eivadas de inconstitucionalidades, já reconhecidas na jurisprudência do STF.

Na impugnação aos referidos Autos de Infração da COFINS, são inseridos textos da legislação, da doutrina e da jurisprudência administrativa e judicial, sobre o assunto abordado.

Relativamente aos referidos Autos de Infração do PIS (fls. 302/309): requer sejam declaradas nulas todas as cominações e multas, notadamente as agravadas, aplicadas em decorrência do respectivo MPF, nos Autos de Infração referentes ao PIS de fls. 20 e 28, e apresenta, em síntese, as seguintes alegações:

- Das Considerações Jurídicas — Da Ilegalidade de Imposição de Multa Agravada no Presente Caso: repete as alegações anteriormente já resumidamente relatadas, iniciando com a afirmação de que convém destacar que causa estranheza e inconformismo à Impugnante a imposição de multa agravada em todos os lançamentos;

- Das Supostas Diferenças Encontradas e Lançadas de Ofício: a Impugnante, de fato, em algum momento se equivocou nos seus registros. Portanto, uma reconferência precisa ser feita em todos os dados e etapas;

- declara que aceita parte das cominações lançadas contra o PIS, que tem créditos para compensar e julga dever fazê-lo agora. Então, afirma que junta as declarações de compensação em que alude ao referido débito do PIS, e que somente continua a impugná-lo no que pertine a multa agravada de 150%, para a mesma ser rebaixada para 75%.

Por último, afirma que *"quanto aos valores elencados na Declaração de Compensação ora anexada, a Impugnante informa que o mesmo se encontra extinto, • sob condição resolutória de posterior homologação, nos termos do disposto no art. 74, §2º, da Lei nº 9.430/96 c/c art. 26, §2º, da IN SRF 600/2005.*

Na impugnação aos referidos Autos de Infração do PIS, são inseridos textos da legislação e da jurisprudência administrativa, sobre o assunto abordado.

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordaram os membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, conhecer em parte as impugnações.

Intimada do acórdão em 18.06.2007, inconformada a Recorrente interpôs recurso voluntário em 17.07.2007.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro GILENO GURJÃO BARRETO, Relator

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, por isso dele conheço.

1. Processo administrativo fiscal. Concomitância entre processos administrativos.

A Recorrente alega que inexiste concomitância entre os presentes autos e o Mandado de segurança nº 93225, em trâmite perante o TRF 5ª Região.

Entendo assistir razão ao Recorrente.

Nos termos do Ato Declaratório COSIT nº 3, de 14 de fevereiro de 1996, a propositura de qualquer ação judicial pelo contribuinte, importa em renúncia à instância administrativa. Não pode ser diferente, pois uma vez transitada em julgado a decisão judicial deve ser cumprida pela autoridade fiscal, sobrepondo-se àquilo que eventualmente já havia sido decidido em sede administrativa, por força do princípio da intangibilidade da coisa julgada.

Nosso sistema jurídico não comporta que uma mesma questão seja discutida, simultaneamente, na via administrativa e na via judicial. Porque, conforme exposto, uma vez que o monopólio da função jurisdicional do Estado é exercido através do Poder Judiciário, o processo administrativo nesses casos perde sua função. Consequentemente, o ingresso na via judicial para discutir determinada matéria implica abrir mão de fazê-lo pela via administrativa.

Alberto Xavier, em “Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário” – Forense-1999, expõe:

“O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou outros não é excludente, a impugnação administrativa pode ser prévia ou posterior ao processo judicial, mas não pode ser simultânea.

O principal da não cumulação opera sempre em benefício do processo judicial: a propositura do processo judicial determina “ex lege” a extinção do processo administrativo; ao invés, a propositura de impugnação administrativa na pendência de processo judicial conduz a declaração de inadmissibilidade daquela impugnação, salvo ao de desistência expressa do processo judicial pelo particular”

Tecidos tais esclarecimentos, passemos à análise dos fatos.

Conforme consta nos autos, fls. 69/72, o Recorrente discute nos autos do Mandado de Segurança nº 93225, em trâmite perante o TRF 5ª Região a cobrança do PIS e da COFINS pela base de cálculo e da alíquota alteradas pela Lei nº 9.718/98.

Assim, resta evidenciado que o presente processo administrativo, em parte guarda relação com o processo judicial em referência, e em parte não guarda.

Quanto ao lançamento das outras receitas operacionais, o guarda pois que ainda não há nos autos evidência de resolução da lide, e o objeto é concomitante.

Pelo exposto, entendo que não devo conhecer dessa parte do Processo quanto ao valor principal, especificamente quanto ao auto de infração de fls. 12 a 14 e 28 a 30, lançamentos com exigibilidade suspensa por referirem-se ao alargamento da base do PIS e da COFINS, mas devo referir-me quanto à multa agravada, o que o farei em sequência.

Quanto aos demais valores, entendo que não existe concomitância, e passarei a apreciar o mérito.

1. Auto de Infração das fls.12 a 14 e 28 a 30. Da multa qualificada

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/11/2014 por ALEXANDRE GOMES, Assinado digitalmente em 30/01/2015 por

WALBER JOSE DA SILVA, Assinado digitalmente em 27/01/2015 por GILENO GURJAO BARRETO, Assinado digita

lmente em 12/11/2014 por ALEXANDRE GOMES

Impresso em 19/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Alega a Recorrente que através do auto de infração, ora combatido, dentre outros, foi-lhe imputado multa agravada de 150%, sob a alegação de que ela teria deixado de recolher os tributos devidos à Fazenda Nacional com o intuito de sonegação. Outrossim, alega que não é o caso de nenhuma figura caracterizadora de multa qualificada.

Assiste razão à Recorrente.

Conforme já julgado, diversas vezes pelo CARF, para que seja aplicada a multa qualificada, deve restar caracterizado o intuito de fraude, dolo, simulação, através de usos de subterfúgios pela Recorrente, com o intuito de esconder da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador de determinado tributo.

Todavia, não vislumbro no presente caso, a presença de quaisquer desses atos, eventual dolo, fraude, ou simulação, uma vez que a Recorrente em nenhum momento obstaculizou a fiscalização, pelo contrário, ao ser fiscalizada sempre apresentou seus livros fiscais, devidamente escriturados, sem qualquer restrição, do período fiscalizado.

Assim, não considero a conduta do contribuinte dolosa, no sentido adotado pela autoridade lançadora, de suposta tentativa de ludibriá-la.

Entendo que para ser caracterizada a multa isolada de 150% aplicada pela fiscalização, seria necessária a demonstração de clara e inequívoca evidência de intenção, por parte da contribuinte de fraudar ou sonegar valores junto ao Fisco.

Ademais, se o próprio lançamento fora elaborado sobre base de cálculo específica concernente ao alargamento da base discutido no Judiciário, em verdade não caberia qualquer multa de ofício.

Nesse sentido afirma a decisão a quo:

Inicialmente, cumpre esclarecer que para os Autos de Infração de fls. 12/14 e 28/30, referentes As Outras Receitas Operacionais da impugnante, cujos créditos tributários apurados foram lançados com a exigibilidade suspensa, não se trata de caso de "nulidade", já que a autuação foi procedida conforme as formalidades legais exigidas, com ênfase no cumprimento do disposto no Decreto nº 70.235/1972 e alterações posteriores, diploma legal norteador do Processo Administrativo Fiscal, e que, nos casos sub-judice, quando constatado que a contribuinte não efetuou ou não vem efetuando a totalidade dos pagamentos dos valores questionados judicialmente, a autoridade fiscal deverá adotar todas as providências necessárias, no seu dever de ofício, para a imediata constituição do crédito tributário, através do lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Por isso, entendo inadequada a aplicação da multa.

2. Do lançamento de ofício - Autos de Infração de fls. 04/07 e 20/23

De acordo com a decisão a quo:

Nos Autos de Infração de fls. 04/07 e 20/23 a base de cálculo é relativa As receitas de vendas e os lançamentos são decorrentes das insuficiências de recolhimentos e de registros a menor nas DCTF das contribuições COFINS e PIS; e nos Autos de Infração, de fls. 12/14 e 28/30 os valores apurados para a base

de cálculo são as Outras Receitas Operacionais e os créditos tributários apurados foram lançados com a exigibilidade suspensa, por força do Acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 93225 do TRF - 5ª Região.

Quanto aos lançamentos relativos às Outras Receitas Operacionais, conforme a Lei nº 9.718/1998, é assunto tratado no referido mandado de segurança (alterações na base de cálculo anterior), e os argumentos de defesa sobre a inconstitucionalidade da referida lei, além de ser vedado o julgamento administrativo sobre constitucionalidade de lei, se referem a fatos que dependerão de julgamento judicial.

Nesse caso, portanto, lançados valores relativos à infrações cometidas pelo contribuinte que não estão abarcadas pela Ação Judicial.

Verifico dos autos que a defesa do contribuinte refere-se a exclusivamente contestar a sua validade, inclusive com base na concomitância, inexistindo produção de provas eventualmente pela adequação da sua base de cálculo adotada.

No caso, entendo inexistir também a concomitância, e considero válido o lançamento e a multa agravada aplicada, pois que houve reiterada declaração e pagamento de valores a menor, por supostamente estarem abarcados em ação judicial cujo objeto era distinto da base de cálculo normal dos tributos.

3. Da alegação de inconstitucionalidade.

Não compete à Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal (art. 102), em caráter privativo, ao Poder Judiciário

Nesse particular, não conheço do Recurso Voluntário e, nego-lhe provimento.

4. Conclusão

Por todo exposto, voto no sentido de reformar a decisão a quo, apenas para eliminar a aplicação da multa agravada de 150% sobre os valores relativos a outras receitas, lançados em paralelo ao curso da Ação Judicial, mantendo no mais a decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de setembro de 2013.

(assinado digitalmente)

GILENO GURJÃO BARRETO

Conselheiro Alexandre Gomes .

Ousei discordar parcialmente do voto exarado pelo nobre relator na parte em que este manteve a multa majorada de 150% por entender que não houve a materialização da conduta exigida pela norma legal instituidora da multa aplicada.

A decisão recorrida assim explicitou os fundamentos de aplicação da multa agravada:

Nos Autos de Infração de fls. 04/07 e 20/23 a base de cálculo é relativa As receitas de vendas e os lançamentos são decorrentes das insuficiências de recolhimentos e de registros a menor nas DCTF das contribuições COFINS e PIS; e nos Autos de Infração, de fls. 12/14 e 28/30 os valores apurados para a base de cálculo são as Outras Receitas Operacionais e os créditos tributários apurados foram lançados com a exigibilidade suspensa, por força do Acórdão proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 93225 do TRF - 5ª Região.

Quanto aos lançamentos relativos às Outras Receitas Operacionais, conforme a Lei nº 9.718/1998, é assunto tratado no referido mandado de segurança (alterações na base de cálculo anterior), e os argumentos de defesa sobre a inconstitucionalidade da referida lei, além de ser vedado o julgamento administrativo sobre constitucionalidade de lei, se referem a fatos que dependerão de julgamento judicial.

O Art. 44 da Lei 9.430/96 tinha a seguinte redação:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

(...)

*II - cento e cinquenta por cento, **nos casos de evidente intuito de fraude**, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

A partir da legislação acima transcrita, verifico que a aplicação da pena prevista no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96 depende, clara e inequivocamente, da comprovação de que houve o “evidente intuito de fraude”. Por isto é indispensável que a autoridade fiscal apresente esta prova.

A este respeito, trazemos à baila importante ensinamento do renomado jurista Marco Aurélio Greco², que assim trata o assunto:

“À vista disso, entendo, neste ponto específico, que, pelo caráter absolutamente excepcional da previsão , os pressupostos de incidência da norma punitiva do inciso II (sem aqui examinar os

relativos ao inciso I) devem ser fatos cuja qualificação jurídica deve ser incontroversa e resultar de aferição objetiva; vale dizer, desprovida de ponderações subjetivas ou de elementos metajurídicos.

Em suma, havendo divergência relevante (dúvida razoável) quanto à cognição da qualificação jurídica dois fatos realizados, não cabe, a meu ver, aplicação do inciso II do artigo 44 da Lei no 9.430/96.”

Nosso Conselho de Contribuintes vem, a muito, decidindo neste sentido, senão vejamos:

MULTA QUALIFICADA – EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - JUSTIFICATIVA PARA APLICAÇÃO DA MULTA - Somente é justificável a exigência da multa qualificada prevista no artigo art. 44, II, da Lei n 9.430, de 1996, quando o contribuinte tenha procedido com evidente intuito de fraude, nos casos definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei no. 4.502, de 1964. O evidente intuito de fraude deverá ser minuciosamente justificado e comprovado nos autos. Nos termos do enunciado no 14 da Súmula deste Primeiro Conselho, não há que se falar em qualificação da multa de ofício nas hipóteses de mera omissão de rendimentos, sem a devida comprovação do intuito de fraude. IRPF - DECADÊNCIA - Não caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, nos casos de lançamento por homologação, extingue-se com o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional. Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso. (SEXTA CÂMARA – Recurso Voluntário no 150595 - Relator Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti. Acórdão n.106-16089)

Como se observa, tanto a doutrina como a jurisprudência dos conselhos tratam o inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, como aplicável somente em casos em que claramente se buscou enganar, ludibriar ou retardar a atividade fiscalizatória da Receita Federal.

Reforça tal entendimento as lições de Marco Aurélio Greco para quem a aplicação da multa majorada, e a **“exceção da exceção”**, e, portanto, só seria aplicável **“em hipóteses absolutamente nítidas que não envolvam avaliações subjetivas e cujos fatos tenham sua qualificação jurídica incontroversa”**.

No presente processo cumpre-nos ressaltar que todos os créditos cobrados decorreram dos valores lançados nos livros fiscais da Recorrente

A matéria encontra respaldo inclusive em súmula do CARF, senão vejamos:

Súmula CARF no 14: 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.

Assim, forte nos argumentos acima expostos entendo por bem reduzir também as multas agravadas que acabaram por ser mantidas pelo relator originário em seu voto.

Processo nº 19647.007173/2006-85
Acórdão n.º **3302-002.336**

S3-C3T2
Fl. 19

Neste sentido, os lançamentos de fls. 04/07 e 20/23 efetuados devem sofrer apenas a incidência da multa de ofício de 75%.

É como voto.

(assinando digitalmente)

ALEXANDRE GOMES – Redator Designado.