



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 19647.007173/2006-85
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9303-004.686 – 3ª Turma
Sessão de 16 de fevereiro de 2017
Matéria PIS. COFINS. MULTA
Recorrentes FAZENDA NACIONAL
MOINHO PETINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

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

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA.

A prática reiterada de declarar a menor valores apurados na escrituração contábil/fiscal, visando retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal pela autoridade fazendária, caracteriza a figura da sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos regularmente editados.

Recurso especial da Procuradoria provido

Recurso Especial do Contribuinte negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em dar-lhe

provimento, vencidos os conselheiros Demes Brito (relator), Tatiana Midori Migiyama e Érika Costa Camargos Autran, que lhe negaram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Demes Brito (relator) e Érika Costa Camargos Autran, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Charles Mayer de Castro Souza.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Relator

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza – Redator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, Charles Mayer de Castro Souza, Andrada Márcio Canuto Natal, Júlio César Alves Ramos, Demes Brito, Tatiana Midori Migiyama, Vanessa Marini Cecconello e Erika Costa Camargos Autran.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional e pela Contribuinte com fundamento nos artigos 64, inciso II e 67 e seguintes do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/09, contra ao acórdão nº **3302-002.336**, proferido pela 3º/2ª Turma Ordinária, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que decidiu em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, para reduzir todas as multas ao percentual básico de 75% (setenta e cinco por cento).

Transcrevo, inicialmente, excerto do relatório da decisão de primeiro grau:

"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:

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:

O Acórdão restou assim ementado:

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".

Não conformada com tal decisão, a Fazenda Nacional interpõe o presente Recurso, sustentando que houve qualificação da multa de ofício para 150%, nos termos do inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, em virtude da prática reiterada de declaração e pagamento de valores a menor dos tributos glosados. Requer o restabelecimento da multa de ofício aplicada para modalidade qualificada no patamar 150% (cento e cinquenta por cento).

Para comprovar o dissenso jurisprudencial, foi apontado, como paradigmas, o Acórdãos nº **101-95.292** e **107-08.942**. Na admissibilidade do Recurso, fls. 519/522, o Presidente da Câmara, admitiu o Recurso, especialmente quanto a aplicação da multa qualificada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento).

A Contribuinte apresentou contrarrazões de fls. 539/546.

Por outro lado, a Contribuinte também interpõe Recurso Especial, defendendo que as receitas decorrentes de variação cambial devem ser excluídas da base de cálculo do PIS e da COFINS, pugna pelo improvimento do Recurso da Fazenda Nacional.

Para comprovar o dissenso jurisprudencial, foi apontado, como paradigmas, o Acórdãos nº **9303-003.241** e **3301-001.836**. Na admissibilidade do Recurso, fls. 597/599, o

Presidente da Câmara, admitiu o Recurso, com fundamento de que: "os acórdãos paradigmas não apreciaram a constitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98, mas acataram a inconstitucionalidade declarada pelo STF. Por outro lado, o acórdão recorrido não acatou a inconstitucionalidade, sob o argumento de que não deveria se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal, em caráter privativo, ao Poder Judiciário".

Devidamente cientificada, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao Recurso, fls. 601/607, requer que seja negado provimento ao apelo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Demes Brito - Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

O dissenso jurisprudencial posta a esta E. Câmara Superior, refere-se à aplicação ou não da multa de ofício qualificada no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento), nos termos do inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, e a exclusão da base de cálculo do PIS e COFINS receitas decorrentes de variação cambial.

Com efeito, compulsando os autos, verifico que a junto aos "*Autos de Infração de fls. 04/07 e 20/23, que 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*".

Conforme dispõe o art. 44, II, da Lei nº 9.430/96, em combinado com os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que definem sonegação, fraude e conluio, respectivamente, a multa qualificada é aplicada na hipótese de infrações subjetivas dolosas. Os respectivos artigos da Lei nº 4.502/64, versam sobre infrações subjetivas, em que o dolo, consiste na vontade do agente de praticar o ato - dolo direto, ou de assumir os resultados da sua prática - dolo indireto, a elementar do fato típico, descrito na hipótese de incidência da norma.

Neste sentido, para qualificação da multa, o agente fiscal deve comprovar efetivamente dolo da Contribuinte, seja por meio de prova real ou por indícios que comprovem o não pagamento do imposto e o descumprimentos dos deveres instrumentais, em que pese ao sujeito provar não ter cometido nenhum ato identificado pela Autoridade Fiscal.

Não vislumbro dolo nos procedimentos da Contribuinte, especialmente quanto ao intuito de sonegar, caso contrário, a Autoridade Fiscal não utilizaria as informações contidas nos livros fiscais para elaborar o Auto de Infração. E ainda, caso fosse a intenção da Contribuinte de fraudar o Fisco, não teria, ao ser solicitada, prontamente apresentado à Fiscalização diversos documentos.

Portanto, no presente caso, entendo que não houve comprovação de quaisquer das circunstâncias qualificadoras, sendo que não houve nenhuma ação da Contribuinte tendente a impedir ou retardar o conhecimento da autoridade tributária da ocorrência do fato gerador, o que implicaria na sonegação.

Neste sentido, esta E. Câmara Superior, por meio do Acórdão nº 9303-004-563, entendeu que para aplicação da multa de ofício em 150%, exige a inequívoca comprovação do evidente intuito de fraude na conduta do sujeito passivo, ausente a prova inequívoca de intenção deliberada da contribuinte ocultar o fato gerador, não a que se falar em aplicação da multa qualificada de 150%. Vejamos:

"Assunto: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

MULTA DE OFÍCIO. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICATIVAS DA INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DO EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE. INAPLICABILIDADE.

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).

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os Conselheiros Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado) e Rodrigo da Costa Pôssas, que lhe deram provimento".

Referente a exclusão das receitas decorrentes de variação cambial da base de Cálculo do PIS/COFINS, a turma *a quo* entendeu que:

"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".

Compulsando os autos, verifico que há três autos de infração conforme relatado no acórdão recorrido e na decisão de primeira instância. Vejamos:

"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"

Como se observa, os dois últimos autos tratam de crédito com exigibilidade suspensa. A matéria já é discutida judicialmente, sendo reconhecida a concomitância tanto pela decisão de primeira instância quanto pelo acórdão ora recorrido e sobre cuja existência o ora recorrente não controverte em sede especial.

Quanto ao outro auto de infração, fls. 04/07, verifica-se que o lançamento foi realizado sobre receitas operacionais, relacionadas às receitas decorrentes da venda de mercadorias e que, portanto, não tem nenhuma relação com a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 nos termos em que consagrado pelo STF.

Contudo, embora o acórdão recorrido apresente o argumento no sentido de que não deveria se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída pela Constituição Federal, em caráter privativo, ao Poder Judiciário, verifica-se que não há interesse de agir por parte da Contribuinte. Isso porque, o acolhimento desse argumento não trará qualquer resultado útil ao processo, considerando que não tem como alterar o resultado do julgamento.

No que tange os outros lançamentos, estes incidem sobre receitas operacionais, receitas derivadas da venda de mercadorias, caso para o qual não se aplica a referida declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei 9.718/98 pelo STF, sendo definido por aquela Egrégia Corte que o conceito de faturamento abrange exatamente as receitas decorrentes da venda de mercadorias e prestação de serviços, sobre as quais é plenamente legítima a incidência de PIS e COFINS.

Neste sentido, irretocável o acórdão recorrido, também considero que não cabe à Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso da Fazenda Nacional, especialmente quanto a aplicação da multa agravada de 150%, referente a valores de outras receitas, concomitante à ação judicial. Dou provimento ao Recurso da Contribuinte, mantendo-se o que foi decidido no acórdão recorrido.

É como voto é como penso.

(assinado digitalmente)

Demes Brito

Voto Vencedor

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Redator.

Com a devida vênia, discordamos do il. Relator.

No que concerne ao recurso especial apresentado pela Procuradoria, conforme restou indubitável nos autos, a contribuinte – não obstante tenha escriturados os valores omitidos durante todos os períodos de apuração do ano de 2003 (no Livro Razão e nos Balancetes) – não os informou nas declarações entregues à RFB.

Em casos idênticos, esta mesma Turma tem mantido a qualificação da multa de ofício, ao fundamento de quebem caracterizado o dolo, a ensejar a sua aplicação, não se tratando, portanto, de mera omissão, a atrair a incidência da Súmula CARF nº 14. Ilustrativamente:

MULTA QUALIFICADA. PRÁTICA REITERADA.
A prática reiterada de declarar a menor valores apurados na escrituração contábil/fiscal, visando retardar o conhecimento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal pela autoridade fazendária, caracteriza a figura da sonegação descrita no art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, impondo-se a aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Acórdão 3ª Turma/CSRF nº 9303-004.319, de 15/09/2016)

Com relação ao recurso especial aviado pela contribuinte, o próprio relator do voto vencido, quanto a exigência sobre as receitas operacionais omitidas, entendeu não caber à Autoridade Administrativa se manifestar sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, daí que a conclusão não poderia ser outra, senão a de negar provimento ao recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial da Procuradoria, para restabelecer a aplicação da multa de 150%, e nego provimento ao recurso da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza

Processo nº 19647.007173/2006-85
Acórdão n.º **9303-004.686**

CSRF-T3
Fl. 616
