ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10907.001085/2003-44

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

Processo nº	10907.001085/2003-44
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9303-008.206 – 3ª Turma**
Sessão de	21 de fevereiro de 2019
Matéria	COFINS - AI
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	TCP - TERMINAL DE CONTÊINERES DE PARANAGUÁ S/A

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/03/2003

MULTA DE OFÍCIO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

A exigência de multa, inclusive agravada, no lançamento de oficio, para a constituição de crédito tributário, nos termos da legislação então vigente, não constitui matéria de ordem pública.

MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

A falta de prequestionamento expresso do lançamento da multa de ofício, exigida juntamente com o lançamento da contribuição, implicou preclusão consumativa e temporal do direito de o contribuinte fazê-la em segunda instância, ainda que, se considere que se trata de matéria de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício e relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto tempestivamente pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 3301-002.555, de 29/01/2015, proferido pela Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Terceira Seção desse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

O Colegiado da Câmara Baixa, por unanimidade de votos, deu provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a multa de ofício, nos termos da seguinte ementa:

> *"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*
>
> *Exercício: 2003*
>
> *Ementa: DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO.COFINS. PEDIDO ORIGINÁRIO DO CRÉDITO INDEFERIDO. COMPENSAÇÃO IMPROCEDENTE.O DECORRÊNCIA. Atestada, em decisão administrativa irrecorrível, a inexistência do crédito, não subsiste a compensação solicitada por ausência de pagamento indevido ou a maior.*
>
> *MULTA DE 150%. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. DOLO NÃO DEMONSTRADO. Não há previsão de qualquer multa sobre a compensação não homologada, quando não caracterizados fatos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64."*

Intimado desse acórdão, a Fazenda Nacional interpôs Embargos de Declaração, alegando omissão no julgado. Os embargos foram acolhidos pelo Colegiado da Câmara Baixa. A omissão apontada foi sanada e ratificado o acórdão, sem efeitos infringentes, nos termos do Acórdão nº 3301-002.922, de 26/04/2016, às fls. 253-e/257-e.

Inconformada com a manutenção da decisão, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial, suscitando divergência, quanto à exclusão ex offício, da multa qualificada, por parte do Colegiado, alegando, em síntese, que tal matéria não foi questionada pelo contribuinte no recurso voluntário. Além disto, não se trata de matéria de ordem pública e, ainda que se tratasse, deveria ter sido impugnada expressamente pelo contribuinte. Citou e transcreveu entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a necessidade de questionamento expresso dessa matéria, por parte do impugnante nos respectivos recursos, conforme prova a decisão no julgamento do AgRg no REsp 1.203.549/ES. Na esfera administrativa, há decisões reconhecendo que esta matéria não é de ordem pública e, quando não for expressamente questionada, no recurso voluntário, não cabe a sua apreciação e julgamento em instância superior, por ter ocorrido a preclusão temporal do direito do contribuinte. Para comprovar a suscitada divergência, apresentou como paradigmas os acórdãos nº 103- 23.532 e 2301-003.811.

Por meio do despacho às fls. 271-e/273-e, o Presidente da Terceira Câmara da Terceira Seção deu seguimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Notificado do acórdão recorrido, do recurso especial da Fazenda Nacional e do despacho da sua admissibilidade, o contribuinte apresentou recurso especial contra a parte que lhe desfavorável. Contudo, seu recurso não foi conhecido por ter sido apresentado a destempo, conforme despacho às fls. 354-e/355-e. Intimado desse despacho, não se manifestou.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo da Costa Pôssas, Relator.

O recurso apresentado pela Fazenda Nacional atende aos pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Do exame dos autos, mais especificamente da impugnação e do recurso voluntário, verifica-se que, em momento algum, o contribuinte questionou o lançamento e a exigência da multa de ofício.

No entanto, o Colegiado da Câmara Baixa, tomou conhecimento, de ofício, do seu lançamento, sob o entendimento de que tal penalidade constitui matéria de ordem pública e, no mérito, decidiu pela sua exclusão do crédito tributário lançado e exigido, sob o fundamento de que ***"Não há previsão de qualquer multa sobre a compensação não homologada, quando não caracterizados fatos previstos nos artigos 71 a 73 da Lei nº 4.502/64"***.

No presente caso, entendo que a aplicação da multa agravada no lançamento de ofício não constitui matéria de ordem pública. O conceito de ordem pública não está previsto em quaisquer diplomas legais. Assim, trata-se de um conceito subjetivo.

Na esfera administrativa, as decisões sobre os lançamentos de multa de ofício, são no sentido de que tal matéria não constitui questão de ordem pública e deve ser expressamente questionada no respectivo recurso voluntário, conforme provam as ementas dos julgados reproduzidas, a seguir:

- Acórdão n° 103- 23.532:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002, 2003

MULTA AGRAVADA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PRECLUSÃO.

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo sujeito passivo, constituindo-se definitivamente o crédito tributário a ela referente.(...)."

- Acórdão nº 2301005.593;

"Assunto PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA IMPUGNAÇÃO QUE INSTAUROU O LITÍGIO.

O contencioso administrativo fiscal instaurase com a impugnação ou manifestação de inconformidade, que devem ser expressas,considerando-se preclusa a matéria que não tenha sido alegada, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72. Assim, quando a matéria não for contestada, não há como instaurar a fase litigiosa processual, conforme impõe o artigo 14 do Decreto Lei 70.235/72, configurando, portanto, a preclusão

> *consumativa processual. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não apresentada por ocasião da impugnação ou manifestação de inconformidade. Nessas circunstâncias, não se pode conhecer das razões de mérito contidas no recurso voluntário naquilo que não foi expressamente alegado, que fica limitado à contrariedade dos demais pontos do recurso, salvo casos específicos a exemplo de matérias de ordem pública.*
>
> *Acordam os membros do colegiado, por unanimidade devotos, acolher os embargos com efeitos infringentes para, sanando os vícios apontados no Acórdão nº 2803-003.906, de 03/12/2014, retificar o seu dispositivo,* ***a fim de que conste o não conhecimento da matéria relativa à multa, não impugnada em sede de primeira instância****, em face da preclusão consumativa, nos termos do voto do relator." (destaque não original).*

O julgamento de lançamento de multa de ofício, inclusive agravada, é rotina nesta fase recursal, conforme provam as ementas transcritas a seguir:

> *-Acórdão nº 9303-006.930:*
>
> *"ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA*
>
> *Ano-calendário:2007*
>
> *MULTA DE OFÍCIO. AGRAVAMENTO.*
>
> *A falta de atendimento, no prazo fixado, das intimações para prestar esclarecimentos e/ ou para apresentar os arquivos solicitados pela autoridade fiscal, sujeita o contribuinte à multa de ofício agravada, no percentual de 112,0% do crédito tributário lançado e exigido."*
>
> *-Acórdão nº 9303-006.880:*
>
> *"ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOSIPI*
>
> *Período de apuração:01/01/2005a31/12/2008*
>
> *MULTA AGRAVADA. 112,5%. ATRASO NO ATENDIMENTO A INTIMAÇÕES.CABIMENTO.*
>
> *Deve ser mantido o agravamento pela metade da multa de ofício quando constatado que o contribuinte no caso concreto, reiteradamente vale-se de conduta de procrastinação no cumprimento das intimações para prestação de informações e apresentação de documentos."*

Também na esfera judicial, a jurisprudência moderna vem decidindo que as matérias, ainda que de ordem pública, para serem apreciadas e analisadas, em Juízo, devem obrigatoriamente serem prequestionadas pelo autor, no respectivo recurso, conforme provam as ementas dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF):

- STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AREsp 95241 PR 2011/0239829-8:

> *"**Ementa:** PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITOS FISCAIS (ISS) JULGADA PROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC . DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OPOSIÇÃO DO RECURSO INTEGRATIVO CONTRA O ACÓRDÃO A QUO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. PRESCRIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE **MATÉRIA** DE **ORDEM PÚBLICA.** ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131 E 436 DO CPC . DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. NÃO INCIDÊNCIA DO **TRIBUTO,** NO CASO CONCRETO, AFIRMADA PELA CORTE DE ORIGEM LASTREADA NA PROVA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *(...).*
>
> *2. Não é possível, em Recurso Especial, analisar questões não debatidas pelo Tribunal de origem, por caracterizar inovação de fundamentos; lembrando que mesmo as chamadas questões de **ordem pública,** apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem estar prequestionadas, a fim de viabilizar sua análise nesta Instância Especial. Precedentes da Corte Especial: AgRg nos EREsp. 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02.05.2013 e AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20.02.2013.*
>
> *6. Agravo Regimental desprovido."*

Supremo Tribunal Federal STF - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 601767 SC

> *A invocação de normas de ordem pública ou social não supera deficiência recursal, como a falta de prequestionamento ou a omissão nas razões recursais (art. 317, § 1º do RISTF),*
>
> *EMENTA: REPERCUSSÃO GERAL. VÍCIOS PROCESSUAIS E FORMAIS QUE IMPEDEM A REGULAR FORMAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO RECURSO. PREJUÍZO DO EXAME DAS QUESTÕES DE FUNDO. INVOCAÇÃO DO DEVER DE CONHECIMENTO POR OFÍCIO DE **MATÉRIA** DE **ORDEM PÚBLICA** E SOCIAL. NÃO CABIMENTO NO EXAME DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRETENSÃO DE ANULAR A COBRANÇA DE CONTA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INCONTÁVEIS ARGUMENTOS. ARGUMENTO PARCIAL RELATIVO AO ICMS. IMUNIDADE **TRIBUTÁRIA.** RAZÕES DE AGRAVO QUE NÃO ATACAM FUNDAMENTO SUFICIENTE DA DECISÃO AGRAVADA. INÉPCIA.*
>
> *(...).*

> *2. A invocação de normas de **ordem pública** ou social não supera deficiência recursal, como a falta de prequestionamento ou a omissão do argumento nas razões recursais (art. 317 , § 1º do RISTF).*
>
> *3. As razões de agravo regimental não atacam um dos fundamentos suficientes em si para manter a decisão agravada, no sentido de que a relação mantida entre a cooperativa de eletrificação e o município resolvia-se no plano cível ou no plano administrativo, e não em termos tributários. Insistência na tese **tributária** da imunidade. Inépcia. Agravo regimental ao qual se nega provimento."*

Dessa forma, ainda que se considere que o lançamento da multa de oficio constitui matéria de ordem pública, seu julgamento na Câmara Baixa somente poderia ter sido realizado, se tivesse sido expressamente questionada no recurso voluntário. Como essa matéria não foi impugnada, ocorreu a preclusão temporal do direito do contribuinte.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)
Rodrigo da Costa Pôssas