ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.004713/2010-90

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

Processo nº	10980.004713/2010-90
Recurso nº	De Ofício
Acórdão nº	**3302-004.633 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	28 de julho de 2017
Matéria	PIS e Cofins Não Cumulativos
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	AMERICAN GLASS PRODUCTS DO BRASIL LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/07/2005, 01/09/2005 a 31/10/2005, 01/12/2005 a 28/02/2006, 01/04/2006 a 31/12/2007

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. 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.

Recurso de Ofício Não Conhecido.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso de ofício e tornar sem efeito a decisão de primeira instância, declarando a definitividade formal da multa lançada no percentual de 150%.

(assinado digitalmente)
Paulo Guilherme Déroulède

Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), José Fernandes do Nascimento, Walker Araújo, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Lenisa Rodrigues Prado, Charles Pereira Nunes, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e José Renato Pereira de Deus.

Relatório

Trata o presente de Autos de Infração de PIS/Pasep e Cofins não-cumulativos, relativos aos anos-calendário de 2005 a 2007, com aplicação da multa qualificada de 150% por falta de declaração em DCTF, falta de informação de débitos no Dacon e ausência de recolhimento.

Em impugnação, a recorrente aduziu que nulidade do lançamento por vícios no MPF, decadência, a confissão de parte dos débitos em parcelamento, e, no mérito, a existência de créditos da não-cumulatividade não considerados e a inaplicabilidade da multa qualificada de 150%, pedindo, ao final, produção de prova pericial.

A Terceira Turma da DRJ em Curitiba julgou a impugnação parcialmente procedente, para reduzir a multa qualificada de 150% para 75%, recorrendo, no ato, de ofício.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário, reiterando as alegações deduzidas em impugnação. Porém, em 30/08/2011, protocolou requereu a desistência total da impugnação e do recurso interposto, para inclusão dos débitos em parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 (e-fls. 2052 e seguintes).

O parcelamento foi deferido em 05/06/2012, todavia, considerando a multa no percentual de 150%, em razão da desistência da impugnação e recurso voluntário. Inconformada, a recorrente impetrou o Mandado de Segurança 5017856-64.2015.4.04.7000/PR para permitir a inclusão dos débitos no parcelamento previsto na Lei nº 12.996/2014, e determinar que a autoridade coatora considerasse a multa no percentual de 75% e não de 150%, tendo obtido sentença favorável.

A Equipe de Arrecadação e Cobrança da DRF em Curitiba determinou o desmembramento do processo, mantendo o controle da diferença de 75% (150% menos 75%) entre a multa qualificada e a multa geral de ofício neste processo e sua remessa ao CARF para julgamento do recurso de ofício, e envio dos demais débitos acompanhados de multa de 75% para consolidação em parcelamento (e-fls. 2386).

Por fim, na manifestação de e-fls. 2.409 a 2.412, a contribuinte informou que a sentença fora confirmada pelo TRF da 4º Região em 17/02/2016, tendo o trânsito em julgado ocorrido em 07/03/2016.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

Trata-se de recurso de ofício em face do Acórdão nº 06-32.148, que julgou a impugnação parcialmente procedente, para reduzir a multa qualificada de 150% para o percentual de 75%, entendendo não ter sido comprovado inequivocamente que a contribuinte

tenha praticado ato capaz de evidenciar a fraude prevista nos artigos 71 e 72 da Lei nº 4.502/1964 (e-fls. 2014 a 2018).

Ocorre que a contribuinte impetrou Mandado de Segurança de nº 5017856-64.2015.4.04.7000/PR para permitir a inclusão dos débitos no parcelamento previsto na Lei nº 12.996/2014, e determinar que a autoridade coatora considerasse a multa no percentual de 75% e não de 150%, tendo obtido, ao final, decisão favorável no TRF da 4º Região, transitada em julgado em 07/03/2016 (e-fls. 2393), conforme excerto abaixo:

> *"Multa de 150%. Em face dos mesmos argumentos carreados acima, não há como se entender que a discussão sobre o cabimento da multa qualificada se encontra encerrado.*
>
> *A questão também foi analisada de forma detalhada e adequada pelo julgador sentenciante, razão pela qual transcrevo trecho da decisão monocrática, adotando seus fundamentos como razões de decidir:*
>
> *Ora, tidos por não incluídos os débitos do PAF 10980.004713/201090 em parcelamento anterior, lógico que não há mais espaço para discutir sobre os efeitos de eventual renúncia ou desistência, conforme art. 5º da Lei 11.941/09 c/c art. 13, § 3º, da Portaria PGFN/RFB nº 6/2009.*
>
> *Por mero diletantismo, e considerando que aqui veio a questão submetida ao Estado Jurisdição, apenas esclareço que tenho considerado que impedir a discussão judicial de débito já parcelado é inconstitucional, certo que, mesmo polêmica a questão, tendo o Tribunal Regional Federal decidido, por unanimidade, que '... a inclusão de débitos em parcelamento é ato incompatível com a sua discussão judicial ou administrativa' no âmbito do agravo 2009.90.40.00.387694, rel. Juiz Jorge Antônio Maurique, na mesma esteira do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no RESP 948.094/CE, tenho que acerta o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em outro julgado, que reproduzo:*
>
> *'EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. DISCUSSÃO JUDICIAL. PROSSEGUIMENTO. ART. 515, § 3º, DO CPC. QUESTÕES DE FATO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1. Tenho que a confissão irrevogável e irretratável dos débitos tem efeito somente na esfera administrativa, não sendo possível afastar o exame judicial, que representa direito fundamental estampado no art. 5º da Constituição, até porque a tributação se sujeita à garantia da legalidade expressa no seu art. 150, I, e, confessados os fatos, ainda assim sempre se mantém aberta a possibilidade de discutir a validade e a aplicabilidade da lei supostamente geradora da obrigação tributária. 2. Havendo questões de fato que não autorizam a aplicação da regra do art. 515, § 3º, do CPC, impõe-se a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para que se processem regularmente, com o julgamento das demais matérias aventadas na inicial dos embargos.' (AC 2003.70.01.0100353, rel. Des. Fed. Luciane Amaral Corrêa Münch, DJU de 28/04/10, unânime).*

Ao se permitir que normas legais criem causas condicionando o exercício do direito de ação se corre inúmeros riscos, sendo o principal deles alçar a própria administração a uma posição superior, incompatível com a República, a partir da simples 'chantagem legal'.

Não pode o direito de ação, visto sob a ótica constitucional, ser limitado por Lei ordinária em casos similares ao presente, como também conclui Tércio Sampaio Ferraz Júnior a partir das preciosas considerações tecidas no seu trabalho, Confissão de Débito, Parcelamento e Rediscussão dos Fatos, publicado na RFDT nº 45, maio/junho de 2010, para o qual remeto.

Finalmente, se por essas mesmas razões devolve-se à Jurisdição todos os temas relativos aos débitos objeto do PAF em referência, remanesce ainda a discussão quanto à correção ou não da exigência da multa em 150%, como decorre do ato coator traduzido no Ofício nº 185/2014, de dezembro de 2014.

Os fatos expostos em inicial, quanto ao ponto, são precisos, certo que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por sua 3ª Turma, no Acórdão 0632.148 (EVENTO 1 PROCADM 13 fls. 2002 e seguintes), considerando aplicável a multa de ofício conforme os dispositivos da Lei nº 9.430/96, assim fundamentou:

'Analisando-se os argumentos da fiscalização, constantes do item 7 e seus subitens do TVEPF, já transcritos, conclui-se assistir razão, em parte, à impugnante, afinal, apesar de não confessar os seus débitos em DCTF, consta que todo o trabalho de auditoria foi efetuado com base na própria contabilidade da contribuinte, sem contar que os débitos apurados (antes do desconto dos créditos) constam dos Dacon correspondentes. Assim, se a ocorrência do fato gerador não foi obstada, e se o que houve foi apenas a falta de declaração que a própria contabilidade aponta a existência de diferenças de tributos a recolher a titulo de PIS e de Cofins não cumulativos) tem-se que a multa de oficio a ser aplicada, nos termos da legislação, deve coincidir com a multa regular de oficio, no caso, equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença da contribuição apurada como devida. Oportuno esclarecer que, apesar da afirmação fiscal, não há, nos autos, comprovação inequívoca de que a contribuinte tenha praticado ato capaz de evidenciar a prática de fraude, nos exatos termos dos arts. 71 e 72 da Lei n' 4.502, de 1964. Em assim sendo, deve-se reduzir a penalidade aplicada de 150% para 75% sobre a diferença da contribuição apurada como devida, nos termos da legislação da regência.'

Não bastasse o percentual claramente confiscatório da multa fixada em 150%, como decidi na ação mandamental n. 2007.72.00.0077666, certo ainda que '... nas sanções pecuniárias a falta de razoabilidade pode conduzir ao caráter confiscatório da multa, o que é, de per si, juridicamente inadmissível...' (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo,

19ª ed., p. 793), havendo manifesta preocupação quanto à limitação do legislativo no ponto, como ficou claro no julgamento da Argüição de Inconstitucionalidade na AC 2000.04.01.0634150/ RS, publicado na RTRF 4ª Região, nº 64/385, ao defender o Tribunal a postura segunda a qual 'Aplicam-se mesmo às multas moratórias o princípio do não-confisco, porque proteção ao direito de propriedade, como garantia contra o desarrazoado agir estatal, que se manifesta não somente na obrigação tributária principal.', além de decisões do precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias.

Assentou, ainda, que tem natureza confiscatória a multa fiscal superior a duas vezes o valor do débito tributário.' (AI 830.300, rel. Min. Luiz Fux, dez/2011) e de que 'I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. Precedentes. II Agravo regimental improvido.' (Agravo Regimental no RE 657.372, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, decisão em 28/05/13), não vejo qualquer razão para manter a multa no elevado patamar de 150% como pretende o impetrado, razão pela qual, consideradas as razões do órgão julgador da administração que bem compreendeu o contexto em que houve a apuração dos tributos em questão, mantenho também na via judicial sua decisão."

Com efeito, a multa no patamar de 150% fora inicialmente aplicada com embasamento no art. 44, II, da Lei 9.430/96, por ter a contribuinte, em tese, agido de forma fraudulenta.

Entretanto, conforme se verifica dos próprios fundamentos proferidos pela autoridade administrativa no acórdão nº 06.32.148 3 ª Turma da DRJ/CTA, não houve conduta da contribuinte apta a caracterizar a existência de fraude, tendo havido apenas a ausência das declarações devidas (ev. 01, PROCAD13, p. 224).

Assim, não há motivos para que seja aplicada a multa qualificada, já que o percentual de 150% só é admissível nos casos de sonegação, fraude ou conluio. Na ausência dessas condutas, deve ser aplicada a multa regular de ofício, a qual não pode ultrapassar o limite de 100% do principal, sob pena de ofensa ao princípio da vedação ao confisco (TRF4, INAC 2000.04.01.0634150, Corte Especial, Relator p/ Acórdão Néfi Cordeiro, D.E. 16/04/2007).

Logo e, considerando que, no caso, a multa regular está prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/96, o qual prevê a penalidade no patamar de 75%, assiste razão à impetrante ao requerer a sua redução.

Destarte, os argumentos trazidos nas razões de apelo não são capazes de alterar a decisão monocrática.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE"

Constata-se, assim, que a contribuinte ajuizou ação judicial na qual se discutiu, além de outras, a única matéria objeto do recurso de ofício, qual seja, a redução da multa qualificada de 150% para 75%, o que configura concomitância entre a esfera administrativa e judicial.

Verificada a concomitância, deixa-se de apreciar o recurso nesta parte. É o que dispõe o Decreto nº 7.574/2011, consolidando as normas do Processo Administrativo Fiscal, em seu art. 87:

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

No mesmo sentido, o art. 78, §2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009 e a Súmula CARF nº 1:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1° A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2° O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

§ 3º No caso de desistência, pedido de parcelamento, confissão irretratável de dívida e de extinção sem ressalva de débito, estará configurada renúncia ao direito sobre o qual se funda o recurso interposto pelo sujeito passivo, inclusive na hipótese de já ter ocorrido decisão favorável ao recorrente.

§ 4º Havendo desistência parcial do sujeito passivo e, ao mesmo tempo, decisão favorável a ele, total ou parcial, com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para que, depois de apartados, se for o caso, retornem ao CARF para seguimento dos trâmites processuais.

§5º Se a desistência do sujeito passivo for total, ainda que haja decisão favorável a ele com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para

procedimentos de cobrança, tornando-se insubsistentes todas as decisões que lhe forem favoráveis.

Súmula CARF nº 01:

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.

Os efeitos da renúncia estão delineados no Parecer Normativo Cosit nº 7/2014, cuja ementa assim dispôs:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal
Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.
A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.
Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável.
A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.
É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.
A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.
Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da

IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012.
e-processo nº 10166.721006/2013-16

O referido parecer concluiu que a decisão judicial transitada em julgado prevalece sobre a administrativa, mesmo quando esta tenha sido mais favorável ao contribuinte[1] e que, configurada a concomitância, deve ser proferida decisão formal declaratória da definitividade da exigência discutida ou da definitividade da decisão recorrida.

Por outro lado, a decisão de primeira instância não produz efeitos definitivos, enquanto não decidido o recurso de ofício, conforme disposto no artigo 42 do Decreto nº 70.235/1972 e artigo 72 do Decreto nº 7.574/2011:

Art. 42. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto;

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

III - de instância especial.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.

Art. 72. Enquanto não decidido o recurso de ofício, a decisão a ele correspondente não se torna definitiva (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 42, parágrafo único).

Tal recurso não será conhecido e a decisão não produzirá efeitos, ou melhor, a decisão de primeira instância se tornará insubsistente, diante da renúncia à lide administrativa. É o que se depreende do §5º do artigo 78 do Anexo II do RICARF:

§5º Se a desistência do sujeito passivo for total, ainda que haja decisão favorável a ele com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para procedimentos de cobrança, tornando-se insubsistentes todas as decisões que lhe forem favoráveis.

Assim, havendo desistência à lide administrativa por ajuizamento de ação judicial sobre o mesmo objeto, eventuais decisões administrativas favoráveis ao contribuinte tornam-se insubsistentes, pois configurada a concomitância, não haverá decisão administrativa no contencioso sobre a matéria objeto da concomitância, devendo, apenas, a Administração Tributária cumprir a decisão judicial vigente.

Diante do exposto, voto para não conhecer do recurso de ofício e tornar sem efeito a decisão de primeira instância, declarando a definitividade formal da multa lançada no

[1] Conclusão
21. Por todo o exposto, conclui-se que:
[...]
d) a decisão judicial transitada em julgado, seja esta anterior ou posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável;

percentual de 150%, cabendo, entretanto, à unidade de origem, o cumprimento da decisão judicial obtida pela contribuinte vigente, quanto aos atos executórios relativos aos lançamentos deste processo.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède