



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11128.722870/2016-99
Recurso Voluntário
Acórdão nº 3003-001.568 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Turma Extraordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2021
Recorrente LPC ASSESSORIA ADUANEIRA E LOGISTICA INTERNACIONAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/07/2013

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se falar em nulidade do Auto de Infração lavrado por servidor competente, disponibilizado o direito de defesa e com a devida previsão legal para todos os valores lançados.

VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SÚMULA CARF Nº 02.

Os princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade são dirigidos ao legislador, não ao aplicador da lei. Conforme a Súmula CARF nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA.

Em sede de repercussão geral, no RE 612043/PR, o STF proferiu entendimento de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento, e desde que residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador.

Nulidade da decisão proferida pela DRJ que não conheceu parcialmente da impugnação por concomitância com ação coletiva proposta no Poder Judiciário por Associação Civil, sem que estejam presentes os requisitos acima.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para decretar a nulidade do acórdão recorrido, determinando a realização de um novo julgamento enfrentando todos os argumentos constantes da impugnação administrativa apresentada.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Antonio Borges, Lara Moura Franco Eduardo e Ariene D Arc Diniz e Amaral. Ausente o conselheiro Muller Nonato Cavalcanti Silva.

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em 29/08/2016, em face do contribuinte em epígrafe, formalizando a exigência de multa regulamentar, no valor de R\$ 5.000,00, em virtude dos fatos a seguir descritos.

Empresa de transporte internacional/prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta a porta/agente de carga, deixou de prestar as informações sobre veículo ou carga transportada, ou sobre operações que executou, identificadas em Tabela anexa, parte constante deste Auto, na forma e no prazo estabelecidos pela RFB, na Instrução Normativa RFB n.º 800, de 27 de dezembro de 2007 e Ato Declaratório Executivo Corep n.º 3, de 28 de março de 2008.

OCORRÊNCIA N.º 1. - DATA DE REFERÊNCIA 01/07/2013 O Agente de Carga LPC ASSESSORIA ADUANEIRA E LOGÍSTICA INTERNACIONAL LTDA, CNPJ N.º59396028000132, concluiu a desconsolidação relativa ao Conhecimento Eletrônico (CE) MBL 151305115400080 a destempo em/a partir de 01/07/2013 11:15, segundo o prazo previamente estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, com o registro extemporâneo do(s) Conhecimento(s) Eletrônico(s) (CE) Agregado(s)

HBL 151305130054600.

A carga objeto da desconsolidação em comento foi trazida ao Porto de Santos acondicionada no(s) container(es) UTCU5540373, pelo Navio M/V MSC KRYSTAL, em sua viagem UA321A, com atracação registrada em 18/06/2013 18:07. Os documentos eletrônicos de transporte que ampararam a chegada da embarcação para a carga são:

✓ Escala 13000183484, Manifesto Eletrônico 1513501346847, Conhecimento Eletrônico (CE) MBL 151305115400080 e Conhecimento(s) Eletrônico(s) (CE) Agregado(s) HBL 151305130054600.

Destarte, configura-se penalidade punível com multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), com base na alínea "e" do inciso IV do art. 107 do Decreto-Lei n.º 37, de 18/11/1966, com redação dada pelo art. 77 da Lei n.º 10.833, de 29/12/2003.

Cientificado do auto de infração, por via eletrônica, em 29/08/2016 (fls. 68) o contribuinte, protocolizou impugnação, tempestivamente em 29/09/2016, na forma do artigo 56 do Decreto n.º 7.574/2011, de fls. 59 à 64, instaurando assim a fase litigiosa do procedimento.

O impugnante em sua defesa alegou os seguintes pontos:

O evento narrado nos autos deve ser incluído no teor da Solução de Consulta Interna - SCI n.º 08, de 14.02.2.008, que recomenda a aplicação de forma temperada da multa prevista na alínea "e", do inciso IV, do artigo 107, do Decreto-lei n.º 37, de 18.11.66, matriz, no tocante, do artigo 107, inciso IV, alínea "c", do Decreto-lei n.º 37, de 18.11.66, da Lei n.º 10.833, de 2.003.

Esta SCI faz essa recomendação tendo em vista o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, em especial seu inciso II, visto que o aplicador ou o intérprete da lei penal tributária deve levar em conta a natureza ou as circunstâncias materiais do fato, ou a natureza ou extensão dos seus efeitos.

Ora, as circunstâncias materiais do fato, sua natureza e em especial a extensão dos efeitos do ato praticado, a qual, aliás, foi nenhuma, recomendam que a ocorrência seja incidida por essa *lex mitior* consagrada pelo Estatuto Tributário.

Veja-se que as ações comissivas ou omissivas contidas no supradito artigo 107, inciso IV, alínea “c”, daquela Lei, estão expressas pelos verbos “embaraçar”, “dificultar” ou “impedir” a ação fiscalizadora, e o Sr. Fiscal não provou a ocorrência de que o fato causara embaraço ou dificuldade à ação fiscalizadora, ou mesmo que a tenha impedido. A parte final desse dispositivo penal, qual seja, a que diz respeito à resposta fora do prazo, nada tem a ver com a hipótese descrita neste processo, dado que se refere a casos de não-resposta ou resposta tardia a solicitação por parte do Fisco.

☐ DA EXCLUSÃO DA PENALIDADE PELA DENÚNCIA ESPONTÂNEA Sem prejuízo, não é menos verdade que a responsabilidade atribuída pode se excluída pela denúncia espontânea da infração, nos termos do artigo 138 do Código Tributário Nacional e artigo 102 § 2o, do decreto-lei n.º 37, de 18 de novembro de 1966.

Assim, se o cumprimento de uma obrigação principal fora do prazo legal configura a denúncia espontânea da obrigação, do mesmo modo, o cumprimento a destempe de obrigação acessória fora do prazo regulamentar, frise-se, por um< mera instrução normativa, deve ter o mesmo efeito.

Logo devem ser considerados os registros efetuados pela autuada como denúncia espontânea da infração, dados a sua natureza, não comportando, desse modo, o pagamento de tributo e muito menos a aplicação de qualquer penalidade, seja tributária ou administrativa, conforme parágrafo segundo do Decreto-Lei 37/66 com redação dada pela lei 12.250/2010.

Urge destacar que o § 3o do artigo 612 do Decreto 4.543/2002 é ilegal eis que cria hipótese não prevista no artigo 102, § 1o do Decreto-Lei 37/66, ultrapassando esse modo seu caráter regulamentar.

Assim sendo, por não encontrar seu fundamento de validade na norma superior acima referida, tal parágrafo deve ser declarado ilegal e, conseqüentemente, não aplicado no caso em tela.

Mero rigor formal não pode penalizar demasiadamente o sujeito passivo da obrigação cuja boa fé é patente, especialmente quando esta penalização ocorre em flagrante violação aos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade, contraditório e ampla defesa.

Com a convicção desta afirmação a autuada em conjunto com seu órgão de classe entendeu por bem ingressar em juízo sobre o assunto por meio do processo n.º 0005238-86.2015.4.03.6100, que tramita perante a 14ª Vara Cível Federal de São Paulo tendo como autora a Associação Nacional das Empresas Transitárias Agentes de Carga Aérea, Comissárias de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC) e como requerida a União Federal.

☐ DO PEDIDO A Impugnante, por conseguinte, requer a V. Sa. digne-se considerar IMPROCEDENTE e INSUBSISTENTE o Auto de Infração exigente da multa em questão e que ora se impugna por todos os fundamentos aqui expostos, notadamente aquele que diz respeito ao cumprimento da ordem judicial comprovada.

A 21ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em São Paulo decidiu baixar os presentes autos em diligência, através da Resolução n.º -16.000.706, de 15 de março de 2017, indagando à autoridade preparadora o seguinte:

O processo judicial n.º 000523886.2015.4.03.6100, tramita na 14ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo, **tem por autora** a Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissária de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC).

Não consta nos autos qualquer documento que a empresa, ora autuada, seja membro da Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissária de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC).

Por isso, **INTIME-SE a parte interessada** para ser concedido prazo de 30 (trinta) dias, em atenção ao art. 28 da Lei No. 9.784/99 c/c art. 35, Parágrafo único do Decreto 7.574/2011, **para juntada de documentação hábil** referente à comprovação de sua filiação à Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissária de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC).

A parte se manifestou procedendo a juntada de Certidão, às folhas 140 do processo digital.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (SP) julgou improcedente a impugnação nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/07/2013

A empresa de transporte internacional deixou de prestar informação sobre carga transportada.

Configurada a infração, não é passível de denúncia com adimplemento posterior.

CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL.

Não se conhece da impugnação no tocante à matéria objeto de ação judicial.

Suspensão de exigibilidade do crédito tributário. A existência do crédito tributário ocorre via lançamento. O lançamento é o procedimento necessário para que a Fazenda Pública se veja a salvo do ônus da DECADÊNCIA.

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, através de Recurso Voluntário apresentado, no qual alega, em síntese, nulidade do auto de infração e da decisão recorrida, inexistência de concomitância, violação ao princípio da proporcionalidade, retificação de informação e incidência de denúncia espontânea.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, inclusive quanto à competência das Turmas Extraordinárias, portanto dele toma-se conhecimento.

No presente caso foi lavrado Auto de Infração para cobrança da multa prevista na alínea "e" do inciso IV do art. 107 do Decreto-Lei n.º 37/1966, com redação dada pelo art. 77 da Lei n.º 10.833/2003, abaixo transcrita:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

(...)

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

(...)

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada ir empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga.
(Grifado)

E em relação à prestação de “informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute” no Siscomex Carga, para conferir efetividade a referida norma penal em branco, foi editada a Instrução Normativa RFB 800/2007, que estabeleceu a forma e o prazo para a prestação das referidas informações.

De acordo com a Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal que integra o presente Auto de Infração (fls. 11/34), a conduta que motivou a imputação da multa em apreço foi a prestação da informação a destempo, no Siscomex Carga, dos dados relativos ao conhecimento eletrônico agregado (HBL) CE 151305130054600, vinculado à operação de desconsolidação do Conhecimento Eletrônico Master (MBL) CE 151305115400080, conforme explicitado no trecho transcrito:

O Agente de Carga LPC ASSESSORIA ADUANEIRA E LOGISTICA INTERNACIONAL LTDA, CNPJ N°59396028000132, concluiu a desconsolidação relativa ao Conhecimento Eletrônico (CE) MHL 151105168938639 a destempo em/a partir de 20/09/2011 14:48, segundo o prazo previamente estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, com o registro extemporâneo do(s) Conhecimento(s) Eletrônico(s) (CE) Agregado(s) HBL 151105171267189.
A carga objeto da desconsolidação em comento foi trazida ao Porto de Santos acondicionada no(s) container(es) EGHU3038039, pelo Navio M/V ITAL FASTOSA, em sua viagem 0927-039W, com atracação registrada em 20/09/2011 07:10. Os documentos eletrônicos de transporte que ampararam a chegada da embarcação para a carga são: Escala 11000323530, Manifesto Eletrônico 1511501982976, Conhecimento Eletrônico (CE) MBL 151105166856082, Conhecimento(s) Eletrônico(s) (CE) MHL 151105168938639 e Conhecimento(s) Eletrônico(s) (CE) Agregado(s) HBL 151105171267189.

Especificamente, no que tange à prestação de informação sobre a conclusão da operação de desconsolidação, os prazos permanentes e temporários foram estabelecidos, respectivamente, no art. 22, III, e art. 50, parágrafo único, da Instrução Normativa RFB 800/2007, que seguem transcritos:

Art. 22. São os seguintes os prazos mínimos para a prestação das informações à RFB:

[...]

II - as correspondentes ao manifesto e seus CE, bem como para toda associação de CE a manifesto e de manifesto a escala:

[...]

d) quarenta e oito horas antes da chegada da embarcação, para os manifestos de cargas estrangeiras com descarregamento em porto nacional, ou que permaneçam a bordo; e

III - **as relativas à conclusão da desconsolidação**, quarenta e oito horas antes da chegada da embarcação no porto de destino do conhecimento genérico.

[...]

Art. 50. **Os prazos de antecedência** previstos no art. 22 desta Instrução Normativa somente serão **obrigatórios a partir de 1º de abril de 2009**. (Redação dada pela IN RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008)

Parágrafo único. O disposto no caput não exime o transportador da obrigação de prestar informações sobre:

I - a escala, com antecedência mínima de cinco horas, ressalvados prazos menores estabelecidos em rotas de exceção; e

II - **as cargas transportadas, antes da atracação** ou da desatracação da embarcação em porto no País. (*grifos não originais*)

No caso, como a prestação de informações sobre a operação de desconsolidação ocorreu após o dia 1º de abril de 2009, a recorrente estava obrigada a cumprir o prazo estabelecido no inciso III, do art. 22 destacado.

Os extratos colacionados aos autos, contendo o registro da conclusão referida operação de desconsolidação, comprovam que a informação fora prestada pela recorrente fora do prazo estabelecido no citado preceito normativo, ou seja, as informações foram prestadas somente às 11:15h do dia 01/07/2013 (data/hora da inclusão no Siscomex Carga do conhecimento eletrônico agregado HBL), portanto, após o prazo de quarenta e oito horas antes da atracação da embarcação no Porto de Santos/SP, ocorrida no dia 18/06/2013 às 18:07 h. Logo, fica claramente evidenciado que a recorrente praticou a conduta infracionária em apreço.

Apresentadas essas breves considerações, passa-se a analisar as razões de defesa suscitadas pela recorrente.

Conforme relatado, os pontos contestados no presente recurso cingem-se aos seguintes: nulidade do auto de infração e da decisão recorrida, inexistência de concomitância, violação ao princípio da proporcionalidade, retificação de informação e incidência de denúncia espontânea.

Em relação à preliminar de nulidade vejamos o que prescreve o art. 59 do Decreto 70235/72:

Art. 59 São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

O Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente, no caso o auditor fiscal do porto alfandegado de escala da embarcação que transportou a carga, sendo que a descrição dos fatos, a capitulação legal e as provas juntadas ao processo, conforme já abordado acima, permitem a correta compreensão da acusação que é imposta ao sujeito passivo, não se verificando qualquer preterição ao direito de defesa da recorrente.

A atividade administrativa é vinculada e obrigatória nos termos do art. 142 do CTN e havia previsão legal para todos os valores lançados razão pela qual não vislumbro qualquer nulidade no auto de infração.

Em relação à nulidade da decisão recorrida alega a recorrente que aquela não se manifestou sobre a totalidade das matérias impugnadas.

Conforme recurso apresentado às fls 59/64, considerado notificado o recorrente da autuação na data da sua apresentação conforme Despacho de fls. 67, os pontos contestados na impugnação cingem-se a inexistência da infração e exclusão da penalidade em razão da denúncia espontânea.

O recorrente apresentou petição às fls. 74/109 trazendo novas matérias de defesa mas que não foram aduzidas na impugnação apresentada inicialmente e que sequer deveriam ser conhecidas face a intempestividade do recurso apresentado.

Quanto aos argumentos da impugnação, foram respondidos pela primeira instância nos seguintes termos:

A impugnação atende aos requisitos de admissibilidade previstos no ordenamento do processo administrativo fiscal. Antes, porém, de se proceder à análise daquela, ressalta-se, neste momento, que a penalidade aqui aplicada teve por fundamento um dispositivo legal – tendo agindo, pois, corretamente, a Autoridade Fiscal por ocasião de seu lançamento pelo fato deste se tratar de ato administrativo vinculado à atividade de fiscalização por força de lei; em assim considerando, quaisquer alegações tendo por intento a descaracterização pura e simplesmente da sanção, como menções relacionados à inconstitucionalidade desta, à sua natureza de confisco, à não observância, em sua aplicação, aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e afins, não hão de ser levados em conta neste julgamento, haja vista fugir da competência da esfera administrativa o julgamento relacionado a tais matérias.

(...)

O pleito do impugnante se pauta no argumento de prestação de informação extratemporânea.

Esse argumento não prospera, em função do Parágrafo Único do artigo 138 do Código Tributário Nacional e da alínea b), do Parágrafo 1º, do artigo 102, do Decreto-Lei n.º 37/66, pois houve a prestação de informação ainda que extratemporânea.

Acerca do tema, há que se ter presente que a denúncia espontânea, capaz de afastar a imposição de **penalidades de natureza tributária**, é aquela iniciada antes de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionada com a infração, tendo por pressuposto básico o total desconhecimento pelo Fisco acerca da existência do tributo denunciado.

O contribuinte que verificar o seu descumprimento nas obrigações tributárias, e antes de qualquer procedimento de ofício ou medida de fiscalização da autoridade administrativa tributária se denuncia e, se houver a obrigação de pagar, efetua o pagamento, adentra no que tipifica a norma do art. 138 e seu parágrafo único do Código Tributário Nacional. O autor Luciano da Silva Amaro interpreta o parágrafo acima citado de forma bastante elucidativa em seu livro Direito Tributário Brasileiro:

(...)

Não é o caso, pois não está a se lidar com uma penalidade tributária e sim de natureza administrativa-aduaneira.

A distinção é perceptível ao se analisar o seguinte elemento que compõe o caput do artigo 138 do Código Tributário Nacional: ... *acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora*

A infração em comento **não se relaciona** à exigência de tributo, tampouco ao seu controle ou sua mensuração.

Continuando, é de bom alvitre ressaltar que a Impugnante, em momento algum, contestou que a prestação das informações (obrigação acessória) deu-se fora do prazo estabelecido – prazo então determinado no momento da atracação; a seu favor, assevera que a fez anteriormente a qualquer procedimento de fiscalização, e, portanto, espontaneamente.

Ora, a respeito, a Solução de Consulta Interna – SCI n.º 8 de 2016 da Cosit resolve a questão **contrariamente ao entendimento esposado pela Impugnante**; dessa forma:.

Ainda que tenha abordado questões não suscitadas na impugnação, o acórdão recorrido aborda as matérias impugnadas, mas entendendo que por restar comprovado que a recorrente é associada da referida Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissárias de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC) estaria caracterizada a concomitância e conseqüente renúncia à discussão na esfera administrativa no tocante às questões de mérito levadas à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual não vislumbro nulidade no acórdão recorrido por preterição ao direito de defesa da recorrente.

Quanto às alegações da recorrente de eventual violação aos princípios constitucionais, tais como da razoabilidade e proporcionalidade, respeita a matéria cuja discussão é estranha à competência deste Colegiado. Com efeito, na via administrativa o exame da lide há de se ater apenas à aplicação da legislação vigente, sendo descabido pronunciar-se sobre a validade ou constitucionalidade dos atos legais, matéria que se encontra afeta ao Supremo Tribunal Federal, como se verifica dos artigos 102, I, “a” e III, “b”, da CRFB, estando pacificada no âmbito administrativo através da Súmula CARF n.º 2, a seguir:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vale lembrar ainda que, conforme o § 2º do art. 94, do Decreto-Lei 37/1966, a responsabilidade da ora recorrente por seu ato, descumprimento do prazo para prestar as informações sobre o embarque da carga, independia da sua intenção ou culpa e da extensão dos efeitos causados por ele:

Art.94 **Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária**, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completa-los.

§ 1º O regulamento e demais atos administrativos não poderão estabelecer ou disciplinar obrigação, nem definir infração ou cominar penalidade que estejam autorizadas ou previstas em lei.

§ 2º Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

A alegação de que não houve omissão e sim retificação de informação tempestivamente informada ao sistema ao sistema não procede. A revogação do art. 45 da IN/SRF 800/07 pela IN 1.473/14 não teve o condão de eximir que a contribuinte tivesse realizado em prazo adequado a prestação de informações. A conduta prevista na alínea “e” do inciso IV do art.107 do Decreto-Lei n.º 37/1966 permanece, podendo ocorrer com a edição da IN SRF no 1.473 eventual flexibilização dos controles aduaneiros legalmente estabelecidos e delegados à Secretaria da Receita Federal, mas não há que se falar em extinção da penalidade.

Os extratos colacionados aos autos evidenciam que o motivo do bloqueio do CE agregado foi a inclusão de carga após o prazo ou atacação, ou seja, vinculado a própria operação de desconsolidação. Não consta nenhuma informação de que se trata apenas de alterações ou retificações no referido conhecimento eletrônico e que as informações iniciais foram prestadas tempestivamente.

Assim, não resta qualquer dúvida que a conduta praticada pela recorrente subsume-se perfeitamente à hipótese da infração descrita nos referidos preceitos legal e normativo.

Consta nos autos decisão liminar proferida pela 14ª Vara Federal de São Paulo na Ação n.º 0005238-86.2015.4.03.6100 nos seguintes termos:

Ante o exposto, **defiro parcialmente a antecipação da tutela** para determinar que a Ré se abstenha de exigir das associadas da Autora as penalidades em discussão nestes autos, independentemente do depósito judicial, sempre que as empresas tenham prestado ou retificado as informações no exercício de seu legítimo direito de denúncia espontânea, nos termos do artigo 102 do Decreto-lei 37/66.

Alega a recorrente que, apesar da decisão proferida nos autos da Ação Coletiva n.º 0005238-86.2015.403.6100, a decisão recorrida aplicou de forma equivocada a concomitância ao caso.

O entendimento da primeira instância se deu nos seguintes termos:

O interessado, uma vez cientificado de uma espécie do gênero processo administrativo tributário que siga o rito disposto no Decreto n.º 7.574, de 29/09/2011, formalizado em seu nome, pode optar entre a via administrativa ou a via judicial, para contestá-la.

O recurso à instância administrativa não é obrigatório nem definitivo, porém não é cabível a discussão no âmbito administrativo de matéria submetida – prévia ou concomitantemente – ao Poder Judiciário pelo interessado.

O ingresso na via judicial para discutir determinada matéria significa abrir mão da discussão pela via administrativa da mesma matéria, pois, uma vez que o monopólio da função jurisdicional pertencente ao Estado é exercido pelo Poder Judiciário, o processo administrativo, nesses casos, perde sua função. Assim, considerando que prevalecerá o que for decidido pelo Poder Judiciário, prosseguir com o processo administrativo importaria em despender desnecessariamente tempo e recursos, violando os princípios da moralidade e da economicidade.

A Lei n.º 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal),

estabelece, no artigo 38, que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória de ato declarativo da dívida, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Já o Decreto-lei n.º 1.737, de 20 de dezembro de 1979, artigo 1º, § 2º, estabelece que a propositura, pelo contribuinte, de ação anulatória ou declaratória da nulidade do crédito da Fazenda Nacional importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

(...)

A Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissárias de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC) ingressou com a Ação Ordinária n.º **0005238-86.2015.4.03.6100**, na 14ª VARA FEDERAL de São Paulo.

(...)

A empresa autuada é integrante da Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissárias de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC) conforme quadro abaixo (disponível em <http://www.sindicomis.com.br/>, em 03/05/2017):

(...)

Portanto, a questão foi levada ao Poder Judiciário, não cabendo mais a manifestação do Contencioso Administrativo da Receita Federal do Brasil em função do instituto da CONCOMITÂNCIA.

Nos termos do Parecer Normativo Cosit n.º 7, de 22 de agosto de 2014:

21. Por todo o exposto, conclui-se que:

a) a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto (mesma causa de pedir e mesmo pedido) ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto, exceto quando a adoção da via judicial tenha por escopo a correção de procedimentos adjetivos ou processuais da Administração Tributária, tais como questões sobre rito, prazo e competência.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer o mérito da impugnação em relação às matérias levadas à apreciação do Poder Judiciário e em considerar improcedente a defesa referente às demais matérias; o crédito tributário lançado deve ser mantido em sua integralidade.

O entendimento no acórdão recorrido é de que por restar comprovado que a recorrente é associada da referida Associação Nacional das Empresas Transitárias, Agentes de Carga Aérea, Comissárias de Despachos e Operadores Intermodais (ACTC) estaria caracterizada a concomitância e conseqüente renúncia à discussão na esfera administrativa no tocante às questões de mérito levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Sobre a ausência de renúncia à esfera administrativa, no caso das ações coletivas propostas por associações civis, o STF recentemente firmou Tese de Repercussão Geral delimitando os efeitos da coisa julgada somente aos filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

A simples comprovação da condição de associado, conforme declaração apresentada às fls 140, não confere por si só ao contribuinte a possibilidade de aproveitar os efeitos da coisa julgada.

Nesse sentido, a decisão do STF, em sede de Repercussão Geral, definiu que a coisa julgada das ações coletivas propostas por associações civis só teriam efeito para os associados que conferiram autorização expressa para a Associação litigar em seu nome para defender seus interesses, autorização esta que deveria ser apresentada com a petição inicial para comprovar a legitimidade processual.

RE 612043/PR. Relator(a): Min. MARCO AURELIO. DJe 06/10/2017 Ementa EXECUÇÃO - AÇÃO COLETIVA - RITO ORDINÁRIO - ASSOCIAÇÃO - BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão

jugador, detinham, antes do ajuizamento. a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.

Tema 499 - Limites subjetivos da coisa julgada referente à ação coletiva proposta por entidade associativa de caráter civil.

Tese A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, **somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.** (grifos nossos)

A antecipação da tutela foi no sentido de determinar que a Ré se abstenha de exigir das associadas da Autora as penalidades em discussão nestes autos, independentemente do depósito judicial, sempre que as empresas tenham prestado ou retificado as informações no exercício de seu legítimo direito de denúncia espontânea, nos termos do artigo 102 do Decreto-lei 37/66.

No entanto, não consta na cópia da inicial da Ação Ordinária n.º 0005238-86.2015.403.6100, (juntada no processo n.º 11128.726063/2015-64, que está sendo julgado na mesma sessão), que a recorrente LPC ASSESSORIA ADUANEIRA E LOGISTICA INTERNACIONAL LTDA, C.N.P.J. n.º 59.396.028/0001-32 faria parte da relação de associadas acostada à exordial, não restando comprovado a eficácia da coisa julgada em relação à Recorrente, nos termos do entendimento fixado pelo STF, razão pela qual não reconheço da concomitância somente pela existência de uma ação coletiva movida por entidade de classe, da qual o contribuinte faça parte.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

Acórdão 9303005.057 (15/05/2017)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 31/10/1995 a 31/10/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

A impetração de mandado de segurança coletivo por associação de classe não impede que o contribuinte associado pleiteie individualmente tutela de objeto semelhante ao da demanda coletiva, já que aquele (mandado de segurança) não induz litispendência e não produz coisa julgada em desfavor do contribuinte nos termos da lei.

Ainda que haja alcance dos efeitos jurídicos da decisão para os representados da entidade, não se materializa a identidade entre os sujeitos dos processos, ou seja, autor da medida judicial e recorrente no âmbito administrativo, diante da qual é possível aferir a manifestação de vontade (critério subjetivo) que exige a renúncia.

Assim, a existência de Medida Judicial Coletiva interposta por associação de classe não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância.

Acórdão n.º 3002-001.147 (16 de março de 2020)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/12/2009, 12/11/2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO COLETIVA. CONCOMITÂNCIA. INEXISTÊNCIA.

A existência de Medida Judicial Coletiva interposta por associação de classe não tem o condão de caracterizar renúncia à esfera administrativa por concomitância.

Acórdão n.º -3301-007.606 (17 de fevereiro de 2020)

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 11/01/2010, 25/02/2010, 27/04/2010, 03/05/2010, 01/07/2010 CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA.

O STF, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário RE 573232/SC firmou o entendimento de que a legitimação processual da Associação Civil para propor ação coletiva somente é conferida por autorização expressa e prévia ou concomitante à propositura da ação judicial, nos termos do artigo 5º, XXI da Constituição.

Também em sede de repercussão geral, no RE 612043/PR, o STF proferiu entendimento de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Nulidade da decisão proferida pela DRJ que não conheceu da impugnação por concomitância com ação coletiva proposta no Poder Judiciário por Associação Civil, sem que estejam presentes os requisitos acima.

Acórdão nº 3402-007.592 (30 de julho de 2020)

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 07/01/2014

NULIDADE. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONSTANTE NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Presente os requisitos fundamentais do Auto de Infração expostos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não sendo o ato ou termo lavrado por pessoa incompetente ou o despacho/decisão proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, não há nulidade do Auto de Infração.

JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE.

A existência de decisões administrativas e judiciais não vinculam o entendimento do colegiado, salvo nos casos expressamente previstos.

MULTA. DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÃO NO PRAZO ESTABELECIDO. DESCONSOLIDAÇÃO. MULTA POR INFORMAÇÃO NÃO PRESTADA.

A multa estabelecida no art. 107, IV, alínea “e”, do Decreto-Lei nº 37, de 1966, é aplicável para cada informação não prestada ou prestada em desacordo com a forma ou prazo estabelecido pela RFB, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 800/2007.

DENÚNCIA ESPONTÂNEA. SÚMULA CARF Nº 126 A denúncia espontânea não alcança as penalidades inflingidas pelo descumprimento dos deveres instrumentais decorrentes da inobservância dos prazos fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para prestação de informações à administração aduaneira, mesmo após o advento da nova redação do art. 102 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, dada pelo art. 40 da Lei nº 12.350, de 2010.

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA.

Em sede de repercussão geral, no RE 612043/PR, o STF proferiu entendimento de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento, e desde que residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador.

Recurso Voluntário Negado.

Assim, pelo fato da instância *a quo* ter reconhecido a concomitância em relação ao instituto da denúncia espontânea, não conhecendo da matéria por considerá-la submetida à apreciação do Poder Judiciário, até para que não haja supressão de instância, entendo que é o caso de retornar o processo pois o mérito da matéria não foi enfrentado.

Desta forma, em virtude de todos os motivos apresentados e dos fatos presentes no caso concreto, voto no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração e, no mérito, dar parcial provimento para anular a decisão recorrida, determinando que os autos retornem àquela instância de julgamento, para que seja proferida nova decisão, em que sejam analisados todos os argumentos constantes da impugnação administrativa apresentada.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges