



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

Processo n° 15983.720040/2015-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-004.147 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2017
Matéria PIS/COFINS
Recorrente RUMO LOGÍSTICA OPERADORA MULTIMODAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010

OMISSÃO DO JULGAMENTO. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE.

É nulo, por preterição do direito de defesa, o Acórdão referente ao julgamento de primeira instância que deixa de se manifestar sobre matéria impugnada (argumento autônomo) capaz de, em tese, culminar no cancelamento, mesmo que parcial, do auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para anular o acórdão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa. Vencida a Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula.

(Assinado com certificado digital)

Antonio Carlos Atulim - Presidente.

(Assinado com certificado digital)

Thais De Laurentiis Galkowicz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Jorge Freire, Diego Diniz Ribeiro, Waldir Navarro Bezerra, Thais De Laurentiis Galkowicz, Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício e voluntário interpostos em face da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento (“DRJ”) de Juiz de Fora/MG, que declarou parcialmente procedente a impugnação apresentada pelo contribuinte sobre a cobrança de Contribuição ao Programa de Integração Social (“PIS”) e de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (“COFINS”) não cumulativas, consubstanciada nos autos de infração em questão (fls 2-16 e 17-31, respectivamente), acrescidos de juros de mora e multa de ofício. Tal autuação versa, em apertada síntese, sobre a incidência das Contribuições sobre a receita decorrente da alienação de locomotivas, vagões e truques à Recorrente, beneficiária do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária de uso público (“REPORTO”), na qualidade de arrendatária de instalação portuária de uso público. Ademais, consta do presente Processo auto de infração multa isolada no valor de 50% sobre os valores que a Autoridade lançadora considerou como sendo o dos bens adquiridos, por descumprimento do disposto no artigo 14 da Lei n. 11.033/2004 (não utilização dos bens na zona portuária).

Por bem consolidar os fatos que deram ensejo ao lançamento tributário em questão, bem como os argumentos trazidos pela Contribuinte em sede de impugnação, colaciono o relatório do Acórdão da DRJ *in verbis*:

Contra o interessado foram lavrados autos de infração de Cofins no valor total de R\$ 56.446.195,374 (fls. 17/31), de PIS/Pasep no valor total de R\$ 12.254.766,19 (fls. 2/16) e de Outra multas Administradas pela RFB no valor total de R\$ 169.962.100,00, em função das irregularidades que se encontram descritas no Relatório Fiscal (RF) de fls. 36/65;

A empresa apresentou impugnação de fls. 1.014/1.077, na qual alega, em síntese:

Preliminarmente:

a) Da Nulidade do Auto de Infração por Erro na Identificação do Sujeito Passivo;

b) Da Iliquidez e Incerteza do Crédito Tributário;

b.1) Notas Fiscais Consideradas em Duplicidade e Devoluções;

b.2) Necessidade de Compensação de Ofício dos Créditos Decorrentes da Depreciação dos Vagões, Truques e Locomotivas;

c) Da Vinculação da Autoridade Fiscal ao Decreto nº 7.297/2010;

Mérito:

d) - Da Suspensão do PIS/COFINS na Aquisição de Vagões, Truques e Locomotivas por Arrendatário de Instalação Portuária de Uso Público;

e) Ad argumentandum - Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada, da Multa de Ofício e dos Juros de Mora;

f) Ad Argumentandum- Impossibilidade de Aplicação da Multa de 75%;

g) Ad Argumentandum - Ausência de Previsão Legal para Aplicação da Multa Isolada no Caso Concreto;

h) Ad Argumentandum - Concomitância das Multas Aplicadas.

i) Ad Argumentandum - Da Vedação ao Confisco;

j) Da Ilegalidade da Cobrança de Juros Sobre a Multa;

Em julgamento datado de 25 de novembro de 2015, a DRJ Juiz de Fora/MS deu provimento parcial à impugnação da Contribuinte (Acórdão 09-58631), nos termos da ementa a seguir colacionada:

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2010

CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL.

Em face de existência de ação judicial concomitante com o presente processo administrativo fiscal versando sobre o mesmo objeto, fica inibido o pronunciamento do julgador administrativo sobre o mérito do direito creditório em litígio.

BASE DE CÁLCULO AUTO DE INFRAÇÃO.

Valores lançados em duplicidade devem ser excluídos da base de cálculo.

Irresignada, a Contribuinte recorre a este Conselho (fls. 1333 e seguintes), repisando os argumentos trazidos em sua impugnação ao lançamento tributário e adicionando um novo ponto preliminar, a respeito da inexistência de concomitância entre o objeto do presente lançamento fiscal e o mérito da ação mandamental, além da omissão do trabalho da DRJ ao não analisar discussões autônomas levantadas no presente processo administrativo, o que acarretaria na nulidade do acórdão recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

A Recorrente tomou ciência do Acórdão da DRJ em 31/12/2015, conforme Termos de ciência por abertura de mensagem de fls 1331, apresentando Recurso Voluntário em 28/01/2016. Assim, o recurso voluntário é tempestivo, com base no que dispõe o artigo 33 do Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, bem como atende as demais condições de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Antes de adentrar no mérito do caso, é necessário verificar que a Recorrente aponta nulidade do Acórdão da DRJ, porque este não teria enfrentado argumentos trazidos na Impugnação, quais sejam: (i) da perda de efeitos da Solução de Consulta n. 24/2010 pela aplicação do Decreto 7.297/2010; (ii) a quantificação do presente crédito tributário, e as matérias atinentes às ilegalidades e impossibilidade de aplicação da multa isolada, da multa de

ofício e dos juros de mora, todos temas tratados unicamente nos presentes autos, e não na ação mandamental.

Com razão, em parte, a Recorrente.

Com relação ao item (i), embora suscintamente, o julgamento *a quo* cuidou do tema. É o que se verifica do seguinte trecho do Acórdão 09-58631 (fls 1315):

Cumpre esclarecer que a Solução de Consulta nº 24, de 18/01/2010, proferida pela SRRF – 8º RF em face da consulta formulada pela impugnante, vincula, em termos administrativos, tanto a empresa quanto a autoridade fiscal, no que diz respeito à matéria nela tratada. Assim, não há que se falar em não cumprimento do Decreto nº 7.297/2010.

Já no que tange ao item (ii), os Julgadores, de maneira expressa, afastaram a necessidade de apreciação de determinados argumentos que constavam da Impugnação apresentada pela Contribuinte. Peço licença para destacar as palavras do Acórdão recorrido nesse sentido (fls 1316):

*Quanto ao mérito, a impugnante impetrou o **Mandado de Segurança nº 0006736-84.2010.403.6104**, distribuído à 4ª Vara Federal da 4ª Subseção Judiciária – Santos/SP, no qual **questiona os fundamentos que embasaram o presente auto de infração.***

Verifiquei que o citado mandamus ainda se encontra em andamento, não existindo, até a presente data, trânsito em julgado.

Sobre a opção do contribuinte pela via judicial, disciplinando a questão, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, por meio do Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14 de dezembro de 1996, determinou que a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

Ademais, pela sistemática constitucional, a decisão judicial sempre prevalecerá sobre aquela porventura proferida na esfera administrativa, por estar o ato administrativo sujeito ao controle do Poder Judiciário.

*Assim, em face de **existência de ação judicial concomitante** com o presente processo administrativo fiscal versando sobre o mesmo objeto, **fica inibido o pronunciamento do julgador administrativo sobre o mérito** do direito creditório em litígio, restando inócuas as alegações da interessada.*

Ainda que não se possa analisar o mérito, como se viu acima, cabe analisar algumas alegações que não serão alcançadas pela decisão judicial.

Ressalte-se que as alegações de “Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada, da Multa de Ofício e dos Juros de Mora”, “Impossibilidade de Aplicação da Multa de 75%” e “Ausência de Previsão Legal para Aplicação da Multa Isolada no Caso Concreto” estão vinculadas diretamente à solução do mérito, ou seja, se o mérito, na ação judicial, for favorável à Fazenda Pública seus argumentos ficam sem objeto. (grifei)

A citada ação judicial (Mandado de Segurança cuja cópia da petição inicial encontra-se em fls 1492 a 1517) constitui tentativa da Recorrente de, judicialmente, garantir seu direito à fruição dos benefícios fiscais do REPORTO, instituído pelos artigos 13 e 14, §8º da Lei n. 11.033/04, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.774/08, nas aquisições de vagões, locomotivas e trilhos, classificados dentro das posições 86.01, 86.02 e 73.02 da Nomenclatura Comum do Mercosul.

Não há dúvidas de que, caso a Recorrente tenha a tutela mandamental negada pelo Poder Judiciário, a presente cobrança subsistirá incólume. Quanto a serem devidas as contribuições sociais, o julgamento já foi levado para a esfera judicial e o que lá for decidido prevalecerá, daí porque o reconhecimento da concomitância pelo acórdão *a quo*. Porém, os itens a respeito da “Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada, da Multa de Ofício e dos Juros de Mora”, “Impossibilidade de Aplicação da Multa de 75%” e “Ausência de Previsão Legal para Aplicação da Multa Isolada no Caso Concreto” são discussões autônomas, sobre penalidades e acréscimos imputados à Recorrente pela falta de pagamento de tributos, efetivamente desvinculadas do mérito do Mandado de Segurança e trazidas unicamente para a apreciação no bojo do processo administrativo.

Por conseguinte, não pode a autoridade investida do poder judicante na esfera administrativa deixar de enfrentá-las.

A própria Súmula CARF n. 1 coloca que “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.**” (grifei)

Cumpra ainda ressaltar que é certo que o julgador não tem a obrigação de analisar todos os argumentos trazidos pelas partes para alcançar a convicção necessária para julgamento do processo, na esteira da jurisprudência do STJ (REsp n. 874793/CE e REsp 876271). Todavia, ele não pode se eximir da análise de argumentos que sejam decisivos para o deslinde do processo. No processo administrativo tributário, não pode a DRJ ou o CARF simplesmente restarem silentes a respeito de determinado fundamento da defesa apresentada pelo contribuinte que de fato pode culminar no cancelamento, ainda que parcial, da autuação fiscal, sob pena de evidente afronta aos princípios do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, da justiça, da equidade, além da busca da verdade material.

Por essas razões, a DRJ não poderia ter deixado de analisar a argumentação da Contribuinte relativamente aos itens *e*, *f* e *g* de sua Impugnação (*e*) Ad argumentandum - Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada, da Multa de Ofício e dos Juros de Mora; *f*) Ad Argumentandum- Impossibilidade de Aplicação da Multa de 75%; *g*) Ad Argumentandum - Ausência de Previsão Legal para Aplicação da Multa Isolada no Caso Concreto).

A argumentação da Contribuinte nestes itens é absolutamente pertinente, precisa e direcionada a itens específicos do auto de infração sendo, portanto, capaz de cancelá-lo parcialmente se acolhida.

Dessarte, é hialino que não se trata de matéria que pode simplesmente deixar de ser analisada no julgamento administrativo, sob pena de restar configurada clara nulidade em função da omissão do órgão julgante.

Tendo isso em vista, ratifica-se que no presente caso, houve incontestável omissão da DRJ ao julgar a impugnação da Contribuinte, sendo portanto nula.

Destaco abaixo a lição de Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa López¹ sobre o tema:

*No processo administrativo fiscal, dentre as nulidade mais comuns podem-se destacar: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; os **despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente; ou com preterição do direito de defesa; a ilegitimidade de partes; omissão do julgador no enfrentamento das questões de defesa e o não atendimento aos requisitos formais do lançamento. Algumas dessas questões arguidas em preliminar são suficientes para a nulidade dos atos correspondentes e para a extinção de todo o processo administrativo, como a questão da ilegitimidade das partes; outras permitem o saneamento da irregularidade, como é o caso de cerceamento de defesa gerada pela falta indispensável da análise de uma tese arguida pelo contribuinte, ocasionando apenas a nulidade da decisão de primeira instância e o seu saneamento com a prática de ato novo.***

A ausência de análise do citado item da impugnação, nesse contexto, ocasiona cerceamento do direito de defesa no processo administrativo e caso fosse proferido julgamento inaugural da matéria por este Conselho, estar-se-ia atuando como instância única. Tal situação não é permitida pelo sistema jurídico brasileiro, uma vez que o artigo 5º, inciso LV da Constituição confere aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Cumprе destacar a lição de James Marins² sobre o tema:

Não podem, União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, instituir no âmbito de sua competência, a denominada “instância única” para o julgamento das lides tributárias deduzidas administrativamente, sob pena de irremediável mutilação da regra constitucional e consequente imprestabilidade do sistema administrativo processual que, por falta de tal requisito constitucional de validade, não servirá para aperfeiçoar a pretensão fiscal impugnada, remanescendo carente de exigibilidade.

Nesse sentido o artigo 59, inciso II do Decreto no 70.235/1972 confere efetividade ao texto constitucional ao determinar que:

Art. 59. São nulos (...)

¹ Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 558-559.

² Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). São Paulo: Dialética, 2010 5ª ed.

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

Por fim, destaco que foi no intuito de coibir tal sorte de problema que o Novo Código de Processo Civil, o qual deve ser aplicado subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal, estabelece os requisitos essenciais da sentença, bem como as situações em que considera não fundamentada a decisão:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (grifei)

Resta a este Colegiado, assim, declarar a nulidade do Acórdão referente ao julgamento de primeira instância que pode ser percebido como supressão de instância administrativa, culminando em preterição do direito de defesa.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por declarar a nulidade do Acórdão n. 09-58631, da 2ª Turma da DRJ/JFA, exarado no presente processo, afetando as peças processuais que lhe sucederam. Por conseguinte, o processo deve ser devolvido à instância *a quo* para que seja proferido novo julgamento.

Objetivando considerações úteis ao prosseguimento e à solução do processo, com base no artigo 59, §2º do Decreto no 70.235/1972,³ destaco que deve a DRJ, em seu novo julgamento, a ser proferido em observância ao artigo 489, §1º do Novo Código de Processo Civil, analisar expressamente os seguintes itens da defesa da Contribuinte: e) Ad argumentandum - Impossibilidade de Aplicação da Multa Isolada, da Multa de Ofício e dos Juros de Mora; f) Ad Argumentandum- Impossibilidade de Aplicação da Multa de 75%; g) Ad Argumentandum - Ausência de Previsão Legal para Aplicação da Multa Isolada no Caso Concreto).

Relatora Thais De Laurentiis Galkowicz

³ § 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.