



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

Processo n° 16327.000945/2010-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-006.246 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de novembro de 2018
Matéria AÇÃO DECLARATÓRIA E MULTA DE OFÍCIO.
Recorrente BANCO SOCIÉTÉ GENERALE BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Data do fato gerador: 31/10/2007

RECEITA DECORRENTE DE VENDA DE EM DECORRÊNCIA DA DESMUTUALIZAÇÃO DA BOVESPA ASSOCIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA E MULTA DE OFÍCIO.

AÇÃO JUDICIAL COM MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois da instauração do processo administrativo fiscal, com o mesmo objeto deste, cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da controvertida no processo judicial. Súmula CARF nº 01.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário quanto à apreciação da multa de ofício.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenberg Filho, Walker Araujo, Corinthians Oliveira Machado, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado) e Paulo Guilherme Deroulede (Presidente).

Relatório

Em 11.08.2010 foram lavrados autos de infração contra o interessado acima identificado, com ciência pessoal em 17.08.2010, por meio dos quais foram exigidas importâncias de PIS e COFINS do período de apuração 31.10.2007.

COFINS	R\$	3.225.773,74
JUROS DE MORA (ATÉ 30/07/2010)	R\$	878.700,76
MULTA PROPORCIONAL	R\$	2.419.330,30
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO	R\$	6.253.804,80
PIS	R\$	524.188,23
JUROS DE MORA (ATÉ 30/07/2010)	R\$	142.788,87
MULTA PROPORCIONAL	R\$	393.141,17
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO	R\$	1.060.118,27
COFINS	R\$	3.225.773,74
JUROS DE MORA (ATÉ 30/07/2010)	R\$	878.700,76
MULTA PROPORCIONAL	R\$	2.419.330,30
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO	R\$	6.253.804,80
PIS	R\$	524.188,23
JUROS DE MORA (ATÉ 30/07/2010)	R\$	142.788,87
MULTA PROPORCIONAL	R\$	393.141,17
VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO APURADO	R\$	1.060.118,27
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$	7.313.923,07
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$	7.313.923,07

Relata o autuante que a Bolsa de Valores de São Paulo - Bovespa e a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLC) foram objeto, em 28 de agosto de 2007, de uma operação denominada de “desmutualização”: a Bovespa deixou de ser uma associação civil sem fins lucrativos, e transformou-se em uma sociedade por ações (BVSP - Bolsa de Valores de São Paulo S/A), tendo sido criada a controladora Bovespa Holding S/A, tendo a BVSP e a CBLC como subsidiárias integrais, através da incorporação de seus antigos títulos patrimoniais e ações.

Todos os detentores de títulos patrimoniais da Bovespa e de ações da CBLC transformaram-se em acionistas da Bovespa Holding. Enquanto que na situação anterior o acesso aos sistemas de negociação dos mercados organizados era vinculado à propriedade dos títulos, e o acesso dos agentes de compensação à CBLC era vinculado à propriedade das ações daquela empresa, na nova situação tais acessos se desvincularam da condição de proprietários das ações.

Em atendimento a intimação da fiscalização, a atuada informou que recebeu 3.882.732 ações da Bovespa Holding em conversão de ações da CBLC, totalmente vendidas em 30.10.2007, e o resultado excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS por se tratar de receita de alienação de bens e direitos do Ativo Permanente.

Informou também a fiscalizada que em 10.09.2007 comprou 8.481.144 ações da Bovespa Holding da empresa SOCIÉTÉ GÉNÉRALE S/A - CORRETORA DE CâMBIO TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS, que foram parcialmente vendidas em 20.10.2007, e o resultado não foi excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

O valor patrimonial unitário das ações de emissão da Bovespa Holding em 28.08.2007 era de R\$ 2,23, e o valor da venda atingiu R\$ 23,00.

O atuante observa que ações da CBLC antes da desmutualização estavam registradas no Ativo Permanente, do mesmo modo que as correspondentes ações da Bovespa Holding S/A, tendo sido excluído da apuração do PIS e da COFINS o valor atinente ao resultado da alienação.

O Auditor-Fiscal reputa incorreto esse procedimento, pois as ações da Bovespa Holding S/A são novos ativos, cuja aquisição se deu em 28.08.2007 em função da reorganização societária.

Os antigos acionistas da CBLC que tiveram suas ações incorporadas pela Bovespa Holding foram ressarcidos por meio do recebimento de ações da empresa incorporadora, que passaram a representar valores mobiliários negociáveis.

Conforme o artigo 179, III da Lei nº 6.404/76, classificam-se no Ativo Permanente aplicações de capital de forma não temporária ou especulativa, existindo a intenção de usufruir dos benefícios proporcionados pelos investimentos ao longo do tempo. Como as ações da Bovespa Holding foram vendidas em pouco mais de dois meses depois de adquiridas, fica evidente o seu caráter de ativo circulante.

O Ofício Circular nº 225/2007-DG da Bovespa orienta os seus acionistas a registrá-las como ativo circulante, se a decisão for de considerá-las como títulos disponíveis para negociação ou venda, ou mantê-las no ativo permanente, caso a decisão seja a de considerar as ações como investimento.

O resultado da alienação das ações quando da incorporação das ações da CBLC pela Bovespa Holding, de R\$ 6.346.472,54, pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Porém, o resultado da alienação das ações da Bovespa Holding, no valor de R\$ 80.644.343,64, não pode ser excluído da tributação por aquelas contribuições.

O atuante passa a discorrer sobre a ação judicial nº 2006.61.00.021111-7, por meio da qual o contribuinte pretendia afastar o §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Foi concedida antecipação de tutela em outubro de 2006.

Entende o Auditor-Fiscal que o conceito de serviços, cujas receitas compõem a receita bruta conforme o artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, abrange a totalidade das atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras em torno do seu objeto social,

compreendendo tanto os serviços bancários propriamente ditos (fornecimento de cheques, extratos, etc) como os serviços de intermediação ou aplicação de recursos financeiros.

Em 25.05.2010 foi sentenciada a ação acima referida, afastando a aplicação do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, porém reconhecendo que para as instituições financeiras o PIS e a COFINS incidem sobre as receitas advindas de suas atividades econômicas típicas, como as receitas de aplicações financeiras.

As operações de compra e venda de ações faz parte das atividades típicas do sujeito passivo, pelo disposto no artigo 4º do seu estatuto social, e por isso o resultado obtido com a alienação das ações da Bovespa Holding não pode ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Dessa forma, foi efetuado o lançamento do PIS e da COFINS, considerando-se o valor tributável de R\$ 80.644.343,64.

Em 15.09.2010 o contribuinte apresentou impugnação (fls. 203 a 226).

Inicia explicando que a desmutualização da bolsas de valores consistiu em uma operação por meio da qual houve a cisão da associação e incorporação da parcela cindida por sociedade anônima Bovespa Holding S/A, havendo previsão expressa no ordenamento jurídico para tanto no artigo 2.033 do Código Civil.

Não houve, portanto, dissolução ou liquidação da associação Bovespa, que ensejaria a devolução aos associados dos títulos patrimoniais que detinham, mas mera transformação societária para a forma de sociedade anônima, como preceitua o artigo 1.113 do Código Civil, com transferência do patrimônio à nova sociedade, ocorrendo mera substituição do investimento que possuíam para a nova sociedade anônima. Não houve devolução, inclusive, pois ela implicaria na retirada dos ex-associados da sociedade, mediante o pagamento do valor dos títulos pela própria sociedade, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, houve transmutação ou troca das posições societárias de sociedade antiga para a nova, mantido o investimento anterior na nova sociedade, agora sob a denominação de ações, e não mais títulos patrimoniais. Ocorreu apenas a substituição de um ativo por outro. Tanto que o número de ações recebidas pela impugnante corresponde exatamente ao valor dos títulos patrimoniais substituídos.

Por isso, a troca dos títulos por ações não altera a classificação contábil adotada anteriormente ao processo de desmutualização.

A CBLC, por outro lado, passou a ser subsidiária integral da Bovespa Holding, nos termos do artigo 251 da Lei nº 6.404/76, e suas ações, que estavam na posse dos seus sócios, foram substituídas por ações daquela sociedade.

Não houve alteração da natureza jurídica do tipo de papel representativo da participação pela impetrante, nem devolução das ações representativas do patrimônio dos ex-acionistas, mesmo porque não houve o pagamento do valor das ações com a alteração do controle acionário da CBLC, mas apenas substituição por ações da Bovespa Holding.

Também nesse caso não há que se falar em alteração da classificação contábil adotada anteriormente ao processo de desmutualização.

Prossegue a impugnante explicando que, na situação anterior à desmutualização, a propriedade dos títulos patrimoniais era requisito para o funcionamento da

corretora na Bolsa de Valores, e tal participação era contabilizada no ativo permanente, por se tratar de investimento de caráter permanente em outra sociedade, com característica de aplicação de capital, não de forma temporária ou especulativa.

Como a empresa era detentora de títulos patrimoniais, convertidos em ações, e ações da CBLC há muitos anos, quando da desmutualização, não há que se dizer que teria permanecido com as referidas ações somente por um mês. A participação societária não se iniciou com o recebimento das ações, mas sim com a aquisição dos títulos da antiga associação Bovespa e das ações da CBLC, cujo caráter de permanência era inconteste.

Entende a autuada que a conversão dos títulos em ações e a substituição das ações de uma sociedade por ações de outra não se caracteriza como aquisição, por se tratar de mera substituição de um valor mobiliário de sua propriedade, e por isso a contabilização das ações deve obedecer aos mesmos critérios da contabilização dos títulos e das antigas ações.

Por isso, os valores recebidos em contrapartida à alienação de parte das ações, em outubro de 2007, não compõem a base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituírem ativo permanente, aplicando-se o artigo 3º, §2º, inciso IV da Lei nº 9.718/98.

A impugnante entende, também, que houve um equívoco no cálculo do montante tributável, pois a autoridade fiscal não descontou o valor da participação societária atualizado pelo método da equivalência patrimonial, positivado no ordenamento jurídico pelo artigo 248 da Lei nº 6.404/76, que impõe sua observância para os investimentos considerados relevantes e influentes, efetuados em controladas e coligadas.

No caso, o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), aprovado pelo Banco Central do Brasil através da Circular nº 1.273/87, impôs o registro dos títulos patrimoniais das bolsas em conta do ativo permanente, prevendo a obrigatoriedade de sua atualização de acordo com o valor informado pelas bolsas.

Os títulos patrimoniais e as ações da CBLC, portanto, não estavam sujeitas à avaliação pelo custo de aquisição, mas sim pelo método da equivalência patrimonial. Tanto é assim que a Portaria MF nº 785/77 determinou a exclusão do Lucro Real dos valores correspondentes à atualização dos aludidos títulos patrimoniais.

Sendo assim, a atualização dos títulos não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista o disposto no artigo 3º, §2º, II da Lei nº 9.718/98.

Devido ao erro cometido, a impugnante entende que a autuação está eivada de nulidade, por infringir o artigo 142 do CTN, já que houve equívoco no cálculo do montante do tributo devido.

Por fim, afirma que a sentença julgando parcialmente o pedido nos autos da Ação Declaratória nº 2006.61.00.021111-7, incluindo as receitas financeiras na base de cálculo da COFINS, ainda não transitou em julgado, e por isso não revogou a antecipação de tutela anteriormente concedida, que assegurava a apuração da base de cálculo da COFINS e do PIS, respectivamente, com base nas Leis Complementares nº 70/91 e 17/70.

Além disso, a sentença está sujeita ao reexame necessário, somente produzindo efeitos após a sua confirmação pelo TRF da 3ª Região, por força do artigo 475, I do Código de Processo Civil.

Estando o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151 do CTN, devido à antecipação de tutela concedida, a multa de ofício deve ser exonerada.

Conclui requerendo o cancelamento do auto de infração em sua integralidade.

Em 9 de junho de 2011, através do **Acórdão de Impugnação nº 16-31.988**, a 7ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento São Paulo I, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

O BANCO SOCIETE GENERALE BRASIL S.A. foi intimado do Acórdão de Impugnação, em 14/07/2011, via Aviso de Recebimento (folhas 342).

O BANCO SOCIETE GENERALE BRASIL S.A. ingressou com Recurso Voluntário, em 15/08/2011, de folhas 344 a 375.

Foram alegados os seguintes pontos:

- ✓ Do processo de desmutualização;
- ✓ Da incorporação das ações da CBLC;
- ✓ Da classificação contábil da participação societária;
- ✓ Da aplicação do método da equivalência patrimonial na apuração da base de cálculo do PIS e da COFINS;
- ✓ Das receitas incluídas no conceito de faturamento;
- ✓ Das ações judiciais em que se discutem o PIS e a COFINS;
- ✓ Da improcedência da multa de ofício.

DO PEDIDO

Ex positis. requer seja o presente recurso conhecido e provido, para que seja reformado o v. acórdão, cancelando-se o Auto de Infração em sua integralidade ou, ao menos, que seja excluída a multa de ofício.

Em 26 de setembro de 2012, através da **Resolução nº 3401-000.568**, a 4ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento do CARF baixou os autos para sobrestar o julgamento até que o STF decida sobre a definição da base de cálculo das instituições financeiras, quando excluído o alargamento estabelecido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Em 17 de setembro de 2014, através do **Acórdão de Recurso Voluntário nº 3403-003.324**, a 3ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento do CARF, por maioria de votos, DEU provimento ao recurso.

Regularmente cientificada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial para que fosse dado total provimento ao presente recurso para reformar o acórdão recorrido nos seguintes pontos: classificar como ativo circulante o resultado da venda das ações após a desmutualização; caracterizar o resultado da venda das ações

como faturamento, estando, portando sujeitos à incidência do PIS e da COFINS; e, por fim, determinar a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Em 18 de junho de 2015, a 4ª Câmara, da 3ª Seção de Julgamento do CARF, em Despacho de Admissibilidade DEU SEGUIMENTO ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Em 13 de julho de 2015, o BANCO SOCIETÉ GENERALE BRASIL ingressou com CONTRARRAZÕES pleiteando o não conhecimento do Recurso Especial e, no mérito, o seu desprovimento, mantendo-se o v. acórdão recorrido *in totum*.

Em 27 de julho de 2017, a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, conheceu do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordaram em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem, para análise do mérito em relação à multa de ofício.

Foi juntada petição, às e-folhas 726, informando que foi ajuizada ação distribuída sob o nº 500256797.2018.4.03.6100 perante a Justiça Federal em São Paulo/SP, e realizou de depósito judicial do montante integral dos pretensos débitos constituídos de ofício neste feito, inclusive a parcela de multa vinculada (**Doc. 01**), contendo, entre outras, discussão acerca do descabimento dessa penalidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud – Relator.

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

Da controvérsia.

Em 27 de julho de 2017, a 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, conheceu do Recurso Especial. No mérito, por maioria de votos, acordaram em dar-lhe provimento, **com retorno dos autos ao colegiado de origem, para análise do mérito em relação à multa de ofício.**

Passa-se à análise.

CONCOMITÂNCIA

O interessado, uma vez cientificado de uma espécie do gênero processo administrativo tributário que siga o rito disposto no Decreto nº 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 desperdício desnecessariamente tempo e recursos, violando os princípios da moralidade e da economicidade.

A Lei nº 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 nº 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.

No mesmo sentido, foi expedido o Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014, publicado no DOU de 27/08/2014, seção 1, pág. 65:

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.

Por fim, registre-se que a questão já foi sumulada pelo Conselho de Contribuintes, tendo o enunciado sido renumerado pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, conforme se segue:

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.

Dessa forma, a impugnação, no tocante à matéria objeto de ação judicial, não é conhecida, e o órgão julgador administrativo aprecia, apenas, a matéria distinta da constante do processo judicial.

- Jurisprudência Administrativa

No contencioso administrativo, é pacífica a posição de que a propositura de ação judicial importa em renúncia à instância administrativa, devendo ser examinada apenas a matéria distinta da constante do processo judicial. Neste sentido, aprovou-se o enunciado de Súmula CARF nº 01.

Ementa: CONCOMITÂNCIA – 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. (Súmula 1a CC nº 1) (Acórdão CC nº 101-96.955)

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS – DISCUSSÃO JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO. A submissão da matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, prévia ou posteriormente ao lançamento, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito da incidência tributária em litígio, cuja exigibilidade fica adstrita à decisão definitiva do processo judicial. (Acórdão CC nº 101-97.092)

Ementa: CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO JUDICIAL – A propositura de ação judicial importa a renúncia à discussão administrativa relativamente à matéria sub judice. Quanto à matéria diferenciada, há de ser conhecido o recurso. (Acórdão CC nº 105-17.358)

Ementa: NORMAS PROCESSUAIS - CONCOMITÂNCIA DE PROCESSOS NA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA - A concomitância de processos na via administrativa e judicial não decorre da simples propositura e coexistência de processos em ambas as esferas, pois somente exsurge quando houver a perfeita identidade no conteúdo material do objeto da ação em discussão e do auto de infração. Necessidade, ademais, no caso concreto, de verificar o devido cumprimento de decisão judicial que determinou a suspensão do processo administrativo até ulterior trânsito em julgado de decisão prolatada pelo Poder Judiciário acerca da legalidade/constitucionalidade da quebra de sigilo bancário. (Acórdão CC nº 102-49.320)

- Jurisprudência Judicial.

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE nº 233.582/RJ, realizado em 16/8/2007 (publicação em 16/5/2008), já se pronunciou pela constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, mediante acórdão com a seguinte ementa:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980. O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em Dívida Ativa da Fazenda Pública. É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.

Também no mesmo sentido: RE 234.798 (DJe 16/5/2008); RE 234.277/RJ (DJe 16/5/2008); RE 389.893/RJ (DJe 16/5/2008) e RE 267.140 (DJe 16/5/2008).

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), é predominante o entendimento no sentido de que incide o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/1980, quando a demanda administrativa versar sobre matéria menor ou idêntica a da ação judicial.

Para o STJ, a discussão judicial do crédito tributário, sob qualquer modalidade de ação, antes ou posteriormente à autuação, importa na renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto. Originárias de uma mesma

relação jurídica de direito material, é desnecessária a defesa na via administrativa quando o seu objeto está contido no versado na via judicial, em razão da prevalência da decisão judicial.

O STJ entende, ainda, não existir impedimento ao reingresso do contribuinte na via administrativa, caso a ação judicial seja extinta sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), já que não houve, nesse caso, a solução da relação de direito material.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO QUE ANULOU O ACÓRDÃO RECORRIDO POR CONTRADIÇÃO (ART. 535 DO CPC). MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC PREJUDICADA PELA NULIDADE DO ACÓRDÃO. SUPOSTO RECONHECIMENTO DO DIREITO DA CONTRIBUINTE POR PARTE DO FISCO. VERIFICAÇÃO INVIÁVEL.

[...]

6. Ademais, a propositura de Ação Anulatória pela contribuinte (caso dos autos) implica, como regra, a renúncia à instância administrativa (art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e precedentes do STJ), o que impede a presunção de prejudicialidade em favor da empresa.

7. Inviável, portanto, a extinção do feito nesta instância especial, podendo o pedido ser reiterado nas instâncias ordinárias.

8. Agravo Regimental não provido. (STJ/Segunda Turma; AGRESP nº 821434; Relator Ministro Herman Benjamin; DJe 19/3/09)

Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À AUTUAÇÃO FISCAL. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER ADMINISTRATIVAMENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuidam os autos de mandado de segurança que, em grau de apelação, recebeu julgamento assim ementado: TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO ANTERIOR À AUTUAÇÃO FISCAL. RENÚNCIA AO DIREITO DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO NULO POR TER DESPREZADO A IMPUGNAÇÃO DO CONTRIBUINTE E, COM O FUNDAMENTO TÃO-SOMENTE, A NECESSIDADE DE EFETUAR O LANÇAMENTO PARA EVITAR DECADÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO - NULIDADE ACOLHIDA. [...] 3. Sentença reformada. Inconformada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial pelas alíneas "a" e "c" da permissão constitucional alegando violação dos artigos 1º, § 2º, do DL 1.737/79 e 38, parágrafo único da Lei 6.830/80 pelos seguintes motivos: a) a discussão judicial do crédito tributário, sob qualquer modalidade de ação, antes ou posteriormente à autuação, importa na renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto; b) há perfeita identidade entre o objeto do processo administrativo e o objeto

do processo judicial, uma vez que ambos tratam do direito da impetrante/recorrida de efetuar o pagamento do Imposto de Importação com redução de 88% nas internações de telefones celulares por ela produzidos; c) ao questionar judicialmente o crédito tributário objeto de lançamento fiscal, a recorrida perdeu o direito de impugná-lo na via administrativa; d) a utilização concomitante das vias administrativa e judicial, com o mesmo objetivo, afigura-se juridicamente impossível, em razão da primazia das decisões judiciais sobre as decisões administrativas.

2. O ajuizamento de ação judicial anteriormente à autuação implica renúncia à interposição de recurso na esfera administrativa. Não é possível a utilização concomitante da via judicial e da administrativa, em face da prevalência da decisão judicial, devendo-se evitar destarte, julgamentos divergentes. Inteligência do § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 1.737/59 e parágrafo único do art. 38 da Lei n. 6.830/80. 3. Existe identidade entre o objeto do processo administrativo e o objeto do processo judicial, uma vez que ambos tratam do direito da recorrida de efetuar o pagamento do Imposto de Importação com redução de 88% nas internações de telefones celulares por ela produzidos.

4. Recurso especial provido. (STJ/Primeira Turma; REsp nº 1.001.348; Relator Ministro José Delgado; DJe 24/4/08)

Ementa: TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA DE RECORRER NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IDENTIDADE DO OBJETO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 6.830/80.

1. Incide o parágrafo único do art. 38, da Lei nº 6.830/80, quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial.

2. A exegese dada ao dispositivo revela que: "O parágrafo em questão tem como pressuposto o princípio da jurisdição una, ou seja, que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. (...) Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial". (Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 349).

3. In casu, os mandados de segurança preventivos, impetrados com a finalidade de recolher o imposto a menor, e evitar que o fisco efetue o lançamento a maior, comporta o objeto da ação anulatória do lançamento na via administrativa, guardando relação de exclusão.

4. Destarte, há nítido reflexo entre o objeto do mandamus - tutelar o direito da contribuinte de recolher o tributo a menor (pedido imediato) e evitar que o fisco efetue o lançamento sem o devido desconto (pedido mediato) - com aquele apresentado na esfera administrativa, qual seja, anular o lançamento efetuado a

maior (pedido imediato) e reconhecer o direito da contribuinte em recolher o tributo a menor (pedido mediato).

5. Originárias de uma mesma relação jurídica de direito material, despicienda a defesa na via administrativa quando seu objeto subjugar-se ao versado na via judicial, face a preponderância do mérito pronunciado na instância jurisdicional.

6. Mutatis mutandis, mencionada exclusão não pode ser tomada com foros absolutos, porquanto, a contrario sensu, torna-se possível demandas paralelas quando o objeto da instância administrativa for mais amplo que a judicial.

7. Outrossim, nada impede o reingresso da contribuinte na via administrativa, caso a demanda judicial seja extinto sem julgamento de mérito (CPC, art. 267), pelo que não estará solucionado a relação do direito material.

8. Recurso Especial provido, divergindo do ministro relator. (STJ/Primeira Turma; REsp nº 840556; Relator Ministro Francisco Falcão; DJe 20/11/06)

Foi juntada petição, às e-folhas 726, informando que foi ajuizada ação distribuída sob o nº 500256797.2018.4.03.6100 perante a Justiça Federal em São Paulo/SP, e realizou de depósito judicial do montante integral dos pretensos débitos constituídos de ofício neste feito, inclusive a parcela de multa vinculada (**Doc. 01**), contendo, entre outras, discussão acerca do descabimento dessa penalidade.

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 nº 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.

b) por conseguinte, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que concerne à matéria distinta; <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=0>

c) a renúncia às instâncias administrativas abrange os processos de constituição de crédito tributário, de reconhecimento de direito creditório do contribuinte (restituição, ressarcimento e compensação), de aplicação de

pena de perdimento e qualquer outro processo que envolva a aplicação da legislação tributária ou aduaneira;

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=0>

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;

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=0>

e) a renúncia às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal aos seus procedimentos, a despeito do ingresso do sujeito passivo em juízo; **proferirá, assim, decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, e deixará de apreciar suas razões e de conhecer de eventual petição por ele apresentada**, encaminhando o processo para a inscrição em DAU do débito, quando existente, salvo a ocorrência de hipótese que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos II, IV e V do art. 151 do CTN;

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=0>

f) o mesmo raciocínio se aplica, no que couber, aos processos administrativos em que não se discuta a exigibilidade do crédito tributário lançado de ofício, mas envolvam quaisquer outras matérias de interesse do sujeito passivo, que ele opte por submeter ao exame do Poder Judiciário (nestes casos, de igual modo, o curso do processo administrativo não será suspenso, ressalvada decisão judicial incidental determinando sua suspensão);

(...)

(Grifo e negrito nossos)

Diante de tudo que foi exposto, não conheço do RECURSO VOLUNTÁRIO quanto à apreciação da multa de ofício.

É como voto.

Jorge Lima Abud - Relator.

Processo nº 16327.000945/2010-69
Acórdão n.º **3302-006.246**

S3-C3T2
Fl. 9
