



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

Processo n° 10711.006547/2004-98
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3402-005.099 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de abril de 2018
Matéria Restituição - Contribuição ao Fundaf
Recorrente MULTITERMINAIS ALFANDEGADOS DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/11/1994 a 10/12/2004

NULIDADE. DESPACHO DECISÓRIO. NÃO CONFIGURADA.

Não caracteriza cerceamento do direito de defesa no despacho decisório o fato de não ter sido detalhada a parte do pedido que estaria abrangida pela decadência quando ela seria facilmente deduzida da fundamentação da autoridade administrativa, mormente quando se trata de matéria de ordem pública que poderia ter sido analisada pelo julgador da DRJ e de argumento subsidiário em relação ao argumento principal do despacho decisório, capaz de afastar integralmente o pleito da contribuinte na situação vigente à época. Cabe ser reformada a decisão recorrida que declarou a nulidade de despacho decisório.

ACÓRDÃO ANTERIOR DO CARF. INEXATIDÃO MATERIAL. LAPSO MANIFESTO. ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO. RETIFICAÇÃO.

É legítima a retificação de ofício do encaminhamento do processo determinado pelo CARF em julgamento anterior quando esse revela-se incompatível com o decidido no processo. Se as questões até então discutidas no processo estavam todas superadas pela decisão judicial transitada em julgado, não seria adequado retornar o processo para a análise da Delegacia de Julgamento.

É da Unidade de Origem a competência originária para analisar o pedido de restituição, bem como a alteração substancial das circunstâncias que o delimitam.

Recurso Voluntário Provido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Jorge Olmiro Lock Freire - Presidente

(assinado digitalmente)

Maria Aparecida Martins de Paula - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jorge Olmiro Lock Freire, Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia de Julgamento em Florianópolis que julgou improcedente a manifestação de inconformidade da contribuinte, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/1994 a 10/12/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

O pedido de restituição de valores pagos aos cofres públicos, indeferido pela autoridade competente, tendo por base, num de seus fundamentos, a decadência do pleito restitutivo, relativamente a parte dos pagamentos, deve apontar, especificamente, quais deles foram atingidos pelo decurso do tempo, não podendo haver manifestação genérica, sob pena de se incorrer no cerceamento do direito de defesa.

Decisão Recorrida Nula

Aguardando Nova Decisão

Versa o processo sobre pedido da contribuinte de restituição, protocolizado em 10/12/2004, no montante de R\$ 26.586.206,98, de valores supostamente recolhidos de forma indevida desde julho de 1994 a título de Contribuição ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (Fundaf), com fundamento na Instrução Normativa SRF nº 460/2004. A requerente desempenhava atividades em terminais alfandegados, sendo obrigada ao pagamento da contribuição ao Fundaf, embora entenda que essa exigência seja ilegal e inconstitucional.

Sustenta a requerente que a forma de cálculo e de pagamento da Contribuição ao Fundaf leva à inteligência de que os recolhimentos feitos a título da Contribuição ao Fundaf eram regidos pelas normas aplicáveis ao “Lançamento por Homologação” e, por força do §4º do art. 150, do CTN, haveria homologação tácita somente após decorridos cinco anos a contar da data de ocorrência do fato gerador, de modo que haveria outros cinco anos para apresentar requerimento de restituição, nos termos do art.168 c/c art.165, I do CTN.

O pleito foi indeferido pela autoridade administrativa sob os seguintes fundamentos: a) o prazo de decadência para pleitos de restituição é contado da data em que se deu o pagamento apontado como indevido, e não a partir da data da homologação tácita desse pagamento antecipado; b) a Administração Tributária não pode apreciar pleito relativo à alegação de inconstitucionalidade; c) parte dos pagamentos feitos foram atingidos pela decadência.

Em sua manifestação de inconformidade alegou a interessada que: i) já foram proferidas decisões em segunda instância administrativa reconhecendo a ilegalidade/inconstitucionalidade da cobrança da contribuição ao Fundaf; ii) é ilegal e inconstitucional tal exigência; iii) não ocorrência da decadência por força da “tese dos cinco mais cinco” (cinco anos para homologação tácita, acrescidos de outros cinco anos para pleitear a restituição); e iv) a restituição deve ser acompanhada dos acréscimos a título de correção monetária e de juros corridos pela Selic.

Em 19/01/2006, o processo foi devolvido pela DRJ à Alfândega do Porto do Rio de Janeiro sob o fundamento de que "o pedido formalizado diz respeito a matéria cuja competência para julgamento não se encontra afeta às Delegacias de Julgamento" (fls. 233/234).

Posteriormente, no Mandado de Segurança nº 2009.72.00.005442-0/SC, da 1ª Vara Federal em Florianópolis/SC, a interessada obteve provimento em sentença no sentido de que a Contribuição ao Fundaf tem natureza tributária, tendo a impetrante o direito líquido e certo à análise e julgamento da manifestação de inconformidade pela DRJ em Florianópolis, nos moldes da legislação de regência. A referida sentença transitou em julgado favoravelmente à impetrante, após o insucesso dos recursos da Fazenda e da remessa oficial.

Mediante o Acórdão nº 07-17.274, da 1ª Turma, da DRJ – Florianópolis/SC, de 28/08/2009, a manifestação de inconformidade foi julgada improcedente sob o fundamento de que arguições de inconstitucionalidade não são oponíveis na esfera administrativa.

Em face dessa decisão foi interposto recurso voluntário pela interessada em 16/10/2009, alegando, em síntese, inconstitucionalidade da exigência de natureza tributária e não configuração da decadência do direito de pleitear a restituição.

Em 30/12/2015, a interessada solicitou a juntada de novos documentos, dentre os quais, peças da Ação Declaratória nº 2004.51.01.024275-5, proposta na 21ª Vara Federal no Rio de Janeiro/RJ, que visava o reconhecimento judicial de inexistência de relação jurídica entre o contribuinte e a União Federal, no que concerne às contribuições devidas ao Fundaf. Nas fls. 830/840 consta sentença que julgou procedente o pedido da autora, a qual foi mantida pelo acórdão do TRF da 2ª Região, que negou provimento ao Recurso de Apelação e à Remessa Necessária, que depois transitou em julgado, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. FUNDO ESPECIAL DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO DAS ATIVIDADES DE FISCALIZAÇÃO - FUNDAF. TAXA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A cobrança de valores destinados ao FUNDAF carece de previsão legal. Observe-se que o Decreto-Lei 1.437/75 que instituiu o FUNDAF, não criou a taxa, assim como não o fez o Decreto-Lei 1455/76. O Decreto 91.030/85 atribuiu competência ao Secretário da Receita Federal, o qual por meio de instrução

normativa, veio dispor sobre sujeição passiva e valores devidos, inobservando o princípio da legalidade em matéria tributária.

2. A vergastada exação, portanto, referente ao ressarcimento dos custos das atividades extraordinárias de fiscalização em entrepostos aduaneiros de uso público, tem natureza tributária, conforme largamente sustentado pela jurisprudência pátria, e sua exigência, com base, exclusivamente, em critérios preconizados em atos do Poder Executivo – Decreto 1.912/1996 e Instruções Normativas/SRF, reveste-se de ilegalidade.

3. Remessa necessária e apelação desprovidas.

Mediante o Acórdão nº 3402-002.975, de 16/03/2016, deu-se provimento parcial ao recurso administrativo, nos seguintes termos:

(...)

Entretanto, a existência da Ação Declaratória em face da União Federal movida pela Recorrente (petição inicial e todo o andamento do processo até o seu trânsito em julgado juntados aos autos, analisados no e-processo por essa relatora), dão conta que estão superadas todas as questões da natureza jurídica tributária da contribuição da FUNDAF como taxa, uma espécie de tributo e sua exigência, com base, exclusivamente, em critérios preconizados em atos do Poder Executivo, reveste-se de ilegalidade em ação própria da Recorrente, com trânsito em julgado no STF.

Contudo é imperioso destacar, também, que o Parecer PGFN/COCAT n.º 2, de 02/01/2013, item 56, que determina que:

“A decisão judicial de mérito passada em julgado tem como atributos especiais a indiscutibilidade, a imutabilidade e a coercibilidade, o que obriga o seu cumprimento pela autoridade administrativa, ainda que exista acórdão do CARF em sentido contrário.”

Isto posto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para determinar o retorno dos autos a DRJ para que a mesma análise e julgue os demais pressupostos ao pleito de restituição do contribuinte.

(...)

Mediante o Acórdão nº 07-38.302 - 1ª Turma da DRJ/FNS, de 11 de maio de 2016, a DRJ anulou o Despacho Decisório, nos seguintes termos:

(...)

No Acórdão citado, decidiu-se, também, pelo retorno desses autos à “DRJ para análise e julgamento dos demais pressupostos a restituição requerida pela Recorrente” (fls.898).

Ocorre que a questão pertinente à restituição já fora decidida no Acórdão nº 07-17.274, da 1ª Turma, da DRJ – Florianópolis/SC (fls.363 a 368) (...)

(...)

Ao que tudo indica, somente restou a questão pertinente à eventual decadência dos pagamentos alegadamente feitos pelo contribuinte.

Contudo, uma vez que a decisão da autoridade fiscal a quo, que era a encarregada de analisar o pleito de restituição somente se referiu à decadência em sentido “abstrato”, sem apontar especificamente quais pagamentos estariam atingidos pela decadência, no que tange ao pedido de restituição (fls.191/194),

entendo que qualquer análise acerca do fato decadencial resta prejudicado.

Ante o exposto e considerando o Acórdão proferido pelo CARF, à fls.898 a 900, especialmente no que tange à decisão judicial que declarou a inexistência de relação jurídica entre o contribuinte e a União Federal, e considerando a questão relativa à decadência, voto pela NULIDADE DO DESPACHO DECISÓRIO, de fls.194, fundado no Parecer Seort nº 19/05, de fls.191 a 193, por CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE, com base no art.59 – II – in fine, do Decreto nº 70.235/72, c/c o art.74 - §§9º a 11, da Lei nº 9.430/96, bem como com a decisão judicial transitada em julgado, nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.72.00.005442-0/SC30, da 1ª Vara Federal em Florianópolis/SC.

(...)

Cientificada dessa decisão em 23/05/2016, a interessada apresentou recurso voluntário em 30/05/2016, nos seguintes termos:

(...)

Não obstante, o v. Acórdão 07-38.302 proferido pela D. DRJ, em lugar de atender aquele comando decisório emanado do E. CARF (julgar os demais pressupostos do pedido de restituição), cuida de imputar nulidade ao despacho decisório que antecedeu, na sequência de atos que integra o procedimento administrativo, a anterior decisão da mesma DRJ (Acórdão 07-17.274), esta já reformada pelo v. Acórdão 3402.002975 do E. CARF !

Mais do que isso, a decisão ora atacada, da lavra da D. DRJ (Acórdão 0738.302), afasta-se por completo dos limites formados em sede de julgamento colegiado perante esse E. CARF (e acaba mesmo por opor-se frontalmente ao v. Acórdão CARF nº 3402.002975 e, com isso e ilegalmente, à coisa julgada oriunda do Poder Judiciário), chegando a anunciar, como fundamento decisório, o quanto segue:

(...)

Não se pode conceber, validamente, que a r. decisão ora recorrida tenha (i) rasgado o v. Acórdão por meio do qual esse E. CARF deu provimento parcial ao recurso voluntário (reformando, portanto, decisão da DRJ atacada por aquele recurso), (ii) desconsiderado por completo a natureza jurídica de tributo e a ilegalidade da exigência de valores a título de Contribuição ao FUNDAF, em nítido desrespeito à coisa julgada formada perante o Poder Judiciário e (iii) descartado a aplicação do quanto consta da expressa dicção do art. 165, I do Código Tributário Nacional¹.

(...)

Não cabe à r. decisão ora recorrida, contudo, em lugar de promover o ato de julgamento ditado pelo comando decisório proferido por esse E. CARF, voltar-se a dar por rejeitado o pleito de restituição efetivamente provido por esse E. Colegiado e promover anulação de despacho decisório já completamente superado nos autos (i) pela Decisão da mesma DRJ reformada pelo v. Acórdão do E. CARF e (ii) pelo v. Acórdão por meio do qual o E. CARF reformou aquela decisão pretérita da DRJ.

Convém destacar que nem mesmo a temática pertinente à decadência restou passível de apreciação perante a DRJ de origem, uma vez que, repita-se, o o v. Acórdão proferido pelo E. CARF dispõe pelo provimento parcial ao recurso voluntário, cujo pedido engloba a restituição dos valores suportados pelos DARFs que instruem os autos, sem qualquer corte temporal, ou seja, também a questão da decadência originariamente apontada nos autos pelo despacho decisório de início proferido restou superada, como não poderia deixar de ser, tendo em vista (i) o conteúdo da Súmula nº 91 desse E. CARF e (ii) tratar-se de matéria cristalizada perante o Poder Judiciário em sede de julgamento de recurso sob a sistemática repetitiva (RE 566.621/RS), impondo-se ao Colegiado administrativo a sua aplicação, nos termos do disposto no art. 62, § 2º, do Regimento Interno deste E. CARF.

Quando muito, caberia a D. DRJ de Florianópolis, se entendesse o caso, opor embargos de declaração a fim de que esse E. Conselho aclarasse o conteúdo do v. Acórdão 3402-002975, seja quanto ao papel (inegável, por força de seu expresso comando e do seu significado na ordem processual vigente) de decisão que reformou a prévia decisão indeferitória dos autos, seja quanto à abrangência temporal do provimento recursal já proferido. Mas, de forma alguma, caberia a D. DRJ de Florianópolis afastar por completo aquele comando decisório, até porque, como visto acima, nenhuma hipótese legal há que justifique o indeferimento de restituição do quanto restou reconhecido como tributo ilegalmente recolhido pelo contribuinte!

(...)

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Aparecida Martins de Paula, Relatora

Atendidos aos requisitos de admissibilidade, toma-se conhecimento do recurso voluntário.

O despacho decisório indeferiu o pedido de restituição, protocolizado em 10/12/2004, da Contribuição ao Fundaf relativamente aos pagamentos nos períodos de novembro/1994 a julho/2003 sob dois fundamentos independentes, constantes no Parecer Seort nº 19/05 (fls. 191/194), quais sejam, a decadência do direito de pleitear a restituição e a incompetência da autoridade administrativa para apreciar a alegação de inconstitucionalidade, nesses termos:

(...)

III - DECADÊNCIA:

A Contribuinte justifica a solicitação da restituição a partir de 1993 valendo-se da corrente jurisprudencial que considera o Termo Inicial da Decadência a data da homologação do pagamento antecipado (fl. 04), defendendo a argumentação da característica tributária do Fundaf (fls. 8/11). Cumpre aqui ressaltar que a interpretação real e lógica para a restituição de tributo, é que o "dies a quo" seja o dia em que se configurou a situação de indébito.

(...)

"Art. 168. direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

*I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da **extinção do crédito tributário; (grifo meu)***

ii - no hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

(...)

*A homologação é a condição resolutória para considerar **extinto o crédito**, na data do pagamento. A decadência passa a correr daí (data do pagamento), a não ser que norma legal ou fato jurídico posterior determine novo prazo de cinco anos, por tornar improcedente aquela cobrança pela Administração. No caso presente não ha nenhum Ato nestes termos que consubstancie o que é pretendido pela interessada.*

IV- INCONSTITUCIONALIDADE:

Diz o artigo 142 do Código Tributário Nacional:

"Ad. 142- (...)

Parágrafo único: A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória e não compete A Administração apreciar argüição de inconstitucionalidade, pois ultrapassa os limites de sua competência. Os princípios constitucionais devem ser observados pelo legislador e a Autoridade Administrativa cabe cumprir as determinações da lei.

V - CONCLUSÃO:

Por tudo exposto, considero que o pleito da contribuinte, além de ter sido em parte atingido pela decadência, torna-se indiscutível na esfera administrativa.

(...)

É verdade, como dito pelo julgador *a quo*, que a autoridade administrativa não apontou quais pagamentos estariam atingidos pela decadência no que tange ao pedido de restituição, no entanto, esse detalhamento poderia ser facilmente deduzido da decisão acima, no sentido de que estariam decaídos os pedidos de restituição relativos a pagamentos mais antigos, ocorridos até 10/12/1999 (5 anos da apresentação do pedido).

Ademais, na referida decisão, a questão da decadência era um argumento subsidiário, que abrangia apenas parte do pedido da interessada, em relação ao argumento principal, este acerca da impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade de dispositivo de lei no âmbito administrativo, que poderia afastar integralmente o pleito na situação até então vigente.

Por essas razões, entendo que não houve o cerceamento do direito de defesa no despacho decisório considerado pelo julgador *a quo*.

Também não se pode olvidar que, sendo a decadência uma matéria de ordem pública, poderia o julgador *a quo* ter analisado tal questão.

Não menos importante é o fato de que, conforme se depreende do teor do Acórdão nº 3402-002.975, o despacho decisório anterior proferido pela autoridade administrativa restou superado pela decisão judicial superveniente favorável à interessada. No referido julgamento, entendeu este Colegiado, em outra composição, que, em face do decidido em caráter definitivo na ação declaratória nº 002427505.2004.4.02.5101, quanto à inexistência de relação jurídico-tributária que obrigasse a autora ao recolhimento da Contribuição ao Fundaf, estariam superadas todas as questões da natureza jurídico-tributária da contribuição da Fundaf como taxa, uma espécie de tributo e sua exigência. É certo que não atende ao princípio da eficiência a declaração de nulidade de despacho decisório que não mais influi na solução da questão para a Fazenda ou para a contribuinte.

Por essas razões, entendo que cabe reformar a decisão recorrida para afastar a nulidade declarada do despacho decisório.

De outra parte, ocorreu que anteriormente este Colegiado, no Acórdão nº 3402-002.975 determinou a remessa dos autos para a DRJ, e não para a DRF, para a análise e julgamento dos demais pressupostos ao pleito de restituição do contribuinte.

A meu ver, o melhor procedimento a ser adotado seria o encaminhamento do processo diretamente para a Delegacia de Origem, que tem competência originária para análise do pedido de restituição, tendo em vista a alteração do pleito, que agora se funda em decisão judicial transitada em julgado, bem como ao fato de que o entendimento do Colegiado era de que "presumem-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que poderiam haver sido opostas à pretensão da Recorrente para reconhecer a aplicabilidade da coisa julgada formada em ação própria". Ora, se as questões até então discutidas no contencioso administrativo estavam todas superadas, não haveria sentido em se retornar o processo para a primeira instância sem que tivesse sido proferido um novo despacho decisório.

Ainda em referência ao princípio da eficiência, estando o Colegiado analisando novo recurso voluntário, entendo que pode ser corrigida de ofício a inexistência material devida a lapso manifesto no Acórdão anterior do mesmo Colegiado, com base no art. 66 do Regimento Interno do CARF, relativamente ao encaminhamento do processo.

Assim, pelo exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) reformar a decisão recorrida, afastando a nulidade declarada do despacho decisório; e b) retificar o encaminhamento determinado anteriormente no Acórdão nº 3402-002.975 para que os autos sejam remetidos diretamente à Unidade de Origem para análise do pleito de restituição da recorrente, considerando a coisa julgada decidida no mandado de segurança nº 2009.72.00.005442-0/SC e na Ação Declaratória nº 0024275-05.2004.4.02.5101.

(assinatura digital)

Maria Aparecida Martins de Paula - Relatora