



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10821.720385/2017-71
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9303-011.435 – CSRF / 3ª Turma**
Sessão de 19 de maio de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II)

Data do fato gerador: 17/02/2017

PAF. RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO PARCIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA.

Para que o Recurso Especial seja conhecido em sua totalidade, é necessário que a Recorrente comprove divergência jurisprudencial, mediante a apresentação de Acórdão paradigma em que, enfrentando questão fática equivalente, a legislação tenha sido aplicada de forma diversa.

Hipótese em que a discussão da natureza do vício depende das características de cada infração e do lançamento realizado, portanto, no caso, não há similitude necessária à comprovação da divergência.

LANÇAMENTO. VÍCIO DE NATUREZA MATERIAL OU FORMAL. ATO ADMINISTRATIVO. LIMITE DA LIDE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.

A alteração efetuada pelo CARF no motivo da nulidade do ato administrativo de imposição de multa (vício material) em relação àquele utilizado na decisão recorrida (vício formal) configura “*reformatio in pejus*”.

Hipótese em que a decisão da DRJ foi por anular o lançamento por vício formal. Assim, o recurso de ofício restringe-se a determinar se houve anulação por vício formal ou não. Entretanto, o colegiado *a quo* ultrapassou os limites da lide e resolveu anular o lançamento por vício material e isso somente poderia ser feito, se requerido em sede de Recurso Voluntário, o que não ocorreu. Portanto, anula-se a decisão recorrida, com retorno dos autos ao Colegiado *a quo*, para proferir nova decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto ao reformatio in pejus, vencida a conselheira Érika Costa Camargos Autran (relatora), que conheceu integralmente do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento com retorno dos autos ao colegiado de origem, a fim de que este profira nova decisão, vencidas as conselheiras Érika Costa Camargos

Autran (relatora) e Tatiana Midori Migiyama, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Tatiana Midori Migiyama, Rodrigo Mineiro Fernandes, Valcir Gassen, Jorge Olmiro Lock Freire, Erika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Ceconello e Rodrigo da Costa Pôssas (Presidente em exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional, ao amparo do art. 67, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 09 de junho de 2015 e alterações posteriores, em face do **Acórdão n.º 3402-006.774**, de 20/08/2019, cuja ementa se transcreve a seguir:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II)

Data do fato gerador: 17/02/2017

NULIDADE. ATO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA. MOTIVO. AUSÊNCIA. VÍCIO MATERIAL.

O vício formal consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato administrativo, enquanto o vício material decorre de problemas relativos ao próprio conteúdo do ato.

Impõe-se a nulidade do ato administrativo diante da inexistência de motivo, verificada quando a matéria de fato ou de direito que lhe serve de fundamento é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

No caso, a matéria de fato descrita no auto de infração não encontra correspondência no dispositivo legal que prevê a infração apontada, restando caracterizado vício material do ato administrativo de imposição de multa.

VÍCIO MATERIAL OU FORMAL. ATO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ALTERAÇÃO. DECISÃO RECORRIDA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.

A natureza do vício do ato administrativo discutido trata-se de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício pelo julgador, independentemente de alegação das partes. Dessa forma, a alteração efetuada pelo CARF no motivo da nulidade do ato administrativo de imposição de multa (vício material) em relação àquele utilizado na decisão recorrida (vício formal) não configura “reformatio in pejus” para a recorrente (Fazenda Nacional).

Recurso de Ofício negado

Crédito Tributário exonerado

Intimada a Fazenda Nacional apresenta Recurso Especial para apreciação as seguintes matérias: 1) Natureza do vício de nulidade do lançamento – material ou formal; e 2) Possibilidade de ocorrer o *reformatio in pejus*.

Despacho do presidente da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento deu integral seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

O Contribuinte apresentou contrarrazões nas quais pede o não conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, caso conhecido, o seu improvimento.

É o Relatório em síntese.

Voto Vencido

Conselheira Érika Costa Camargos Autran, Relatora.

Da Admissibilidade

O Recurso Especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional atende aos requisitos de admissibilidade constantes no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015 (anteriormente Portaria MF n.º 256/2009), devendo, portanto, ter prosseguimento, conforme despacho de fls. 176 a 180.

O acórdão recorrido entendeu pela nulidade material, conforme a ementa abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II)

Data do fato gerador: 17/02/2017

NULIDADE. ATO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA. MOTIVO. AUSÊNCIA. VÍCIO MATERIAL.

O vício formal consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato administrativo, enquanto o vício material decorre de problemas relativos ao próprio conteúdo do ato.

Impõe-se a nulidade do ato administrativo diante da inexistência de motivo, verificada quando a matéria de fato ou de direito que lhe serve de fundamento é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

No caso, a matéria de fato descrita no auto de infração não encontra correspondência no dispositivo legal que prevê a infração apontada, restando caracterizado vício material do ato administrativo de imposição de multa.

VÍCIO MATERIAL OU FORMAL. ATO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ALTERAÇÃO. DECISÃO RECORRIDA. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.

A natureza do vício do ato administrativo discutido trata-se de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício pelo julgador, independentemente de alegação das partes. Dessa forma, a alteração efetuada pelo CARF no motivo da nulidade do ato administrativo de imposição de multa (vício material) em relação àquele utilizado na decisão recorrida (vício formal) não configura “reformatio in pejus” para a recorrente (Fazenda Nacional).

Recurso de Ofício negado

Crédito Tributário exonerado

Da simples leitura do Recurso Especial não deixa margem de dúvidas quanto à demonstração da divergência, conforme abaixo:

1 – Natureza da Nulidade de Lançamento

A recorrente apresenta as ementas dos paradigmas seguintes, que transcrevo (fl. 165):

Acórdão paradigma n.º 2302-01.621

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2002 a 30/09/2006

MOTIVAÇÃO. DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, sob pena de nulidade. O artigo 142 do Código Tributário Nacional não deixa dúvidas de que a motivação se refere à verificação pelo agente fiscal da ocorrência do fato gerador.

A falta da evidenciação do fato gerador implica na nulidade do lançamento por vício formal, uma vez que descumprido o artigo 10 do Decreto n.º 70.235/72.

Processo Anulado”

(Processo n.º 14474.000204/2007-63, Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do CARF, red. Liege Lacroix Thomasi, sessão de 08/02/2012)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - IMUNIDADE - NULIDADE POR VÍCIO FORMAL - A imprecisa descrição dos fatos, pela falta de motivação do ato administrativo, impedindo a certeza e segurança jurídica, macula o lançamento de vício insanável, tornando nula a respectiva constituição. Processo anulado ab initio.

(Processo n.º 13133.000427/2002-14, Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Rel. Maria Teresa Martinez López, sessão de 02/12/2003)

O elemento norteador das decisões é a falha de motivação, isto é, o Fisco apresenta fatos que não dão motivos suficientes para o enquadramento legal autuado. Quanto a esse elementos, os paradigmas se assemelham, porque veiculam casos em que a motivação foi considerada insuficiente. Em tais situações, os acórdãos chegam à conclusão da nulidade do lançamento. Porém, os resultados são diferentes, porque as decisões comparadas concluem por naturezas de nulidades diferentes: o acórdão recorrido entende que o caso configura nulidade material, enquanto os paradigmas decidem pela nulidade formal, cujas consequências são diversas, à vista do artigo 173, II do CTN.

O dissídio se refere a questão relativa a normas gerais, desse modo a diferença quanto aos tributos tratados não interfere na análise.

Portanto, está configurada a divergência jurisprudencial, a reclamar solução pela Instância Especial.

2 – Reformatio in Pejus

O paradigma 3302-004.815, por seu turno, veicula situação idêntica, quanto às normas gerais, ao presente processo. Confira-se a ementa (fl. 168):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/09/2004

RECURSO DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO DO MOTIVO DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO DE VÍCIO FORMAL PARA VÍCIO MATERIAL. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DA RECORRENTE. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

Por força do princípio da reformatio in pejus, o ordenamento jurídico brasileiro não permite agravamento da situação do recorrente. Assim, a situação da Fazenda Nacional não pode ser agravada, em sede de recurso de ofício, o que ocorre quando acórdão deste Conselho altera o motivo da nulidade da autuação de vício formal para vício material, retirando a possibilidade de a fiscalização realizar novo lançamento dentro do prazo fixado no art. 173, II, do CTN.

A divergência jurisprudencial apresentada é evidente.

Apesar dos paradigmas apresentados tratarem de fatos e tributos diferentes, as matérias divergentes decorrem de normas gerais de direito tributário e processo administrativo fiscal. No caso, o acórdão recorrido, diante de uma descrição imprecisa ou deficiente da motivação do lançamento, entendeu que a natureza do vício era de ordem material, sendo que, diante da mesma situação, os paradigmas apontaram vício de natureza formal. Da mesma forma, quanto à possibilidade de ocorrência do *reformatio in pejus*, o acórdão paradigma, ao contrário do recorrido, afastou sua aplicação no âmbito do processo administrativo.

De forma voto pelo conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Mérito

No mérito, a única matéria a ser analisada se refere a possibilidade de ocorrer o *reformatio in pejus*.

Entendo que o Acórdão Recorrido não merece reparos, e adoto como razões para decidir, senão vejamos:

O julgador a quo entendeu que teria havido vício formal no lançamento, no que concerne a sua motivação, vez que se deixou de demonstrar o dolo na conduta do agente, no sentido de que ele teria “conscientemente e por vontade própria, importado um produto e declarado outro”, eis que, no entender desse julgador, a expressão “falsa declaração de conteúdo” do dispositivo necessariamente pressuporia a existência de intenção, e, portanto, exigiria que esse elemento subjetivo tivesse sido demonstrado, ainda que por meio de indícios.

A infração em questão está consolidada no art. 689, XII, §§1º e 3º do Regulamento Aduaneiro/2009, nos seguintes termos:

Art. 689. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e §1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59):

(..)

XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;

(...)

*§1º As infrações previstas no **caput** serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto n.º 70.235, de 1972 (Decreto-Lei n.º 1.455, de 1976, art. 23, §3º, com a redação dada pela Lei n.º 12.350, de 2010, art. 41). (Redação dada pelo Decreto n.º 8.010, de 2013)*

(...)

§4º Considera-se falsa declaração de conteúdo, nos termos do inciso XII, aquela constante de documento emitido pelo exportador estrangeiro, ou pelo transportador, anteriormente ao despacho aduaneiro.

(...)

Da leitura do auto infração percebe-se a seguinte linha argumentativa do atuante para sustentar o cometimento dessa infração pelo importador:

a) A DI tem de ser instruída obrigatoriamente com a via original do conhecimento de carga ou documento de efeito equivalente e da via original da fatura comercial assinada pelo exportador.

b) No caso, houve divergência entre a descrição da mercadoria na Declaração de Importação (DI)/Licença de Importação (LI), e no Conhecimento marítimo de Carga (BL), na Fatura Comercial e no Certificado de origem do Mercosul.

c) Tendo sido intimado, o importador apresentou alegações genéricas e insuficientes para esclarecer essa divergência de informações nos documentos.

Como se vê, independentemente de qual seja o sentido adotado para o termo “falsa declaração de conteúdo” do dispositivo legal, a fiscalização não se deu ao trabalho de explicar porque a divergência entre a DI e os demais documentos que a instruem, relativamente à descrição da mercadoria, representaria uma “falsa declaração de conteúdo” quanto à mercadoria estrangeira “chegada ao País”.

Para a aplicação dessa multa, em substituição ao perdimento da mercadoria, deveria o autuante ter demonstrado, dentro da sua livre convicção, que a mercadoria estrangeira efetivamente chegou ao País com “falsa declaração de conteúdo”, mas não o fez.

Em verdade, pelos elementos que constam nos autos, não se pode aferir com completa certeza se a mercadoria estrangeira efetivamente importada corresponderia à descrição constante na Declaração de Importação ou àquela que consta nos demais documentos que a instruíram. Como bem observou o julgador da DRJ, “sequer se pode dizer qual era a mercadoria importada, uma vez que houve descarga direta e o produto não foi periciado, já não houve a retirada de amostra, tendo a impugnante apresentado laudos de arqueação (fls. 117-125), coincidentes com a data da descarga, informando ser o produto nafta petroquímica, o que, no mínimo, levanta dúvida sobre qual teria sido o produto importado, não se podendo afirmar taxativamente ter havido divergência entre a mercadoria importada e a declarada”.

Dessa forma, carecendo o auto de infração da demonstração racional da adequação da situação concreta à norma veiculada pelo art. 689, XII do Regulamento Aduaneiro/2009, cabe a declaração de nulidade do ato de imposição de multa, não por vício formal como efetuado pela DRJ, mas por vício material.

A diferença entre vício material e formal pode ser esclarecida com os ensinamentos de Neder e López² com auxílio de Eurico de Santi nestes termos:

Para Eurico de Santi, se o lançamento objeto de invalidação apresentar vício em seu processo de produção, é caso de anulação; se o vício estiver instalado em seu produto, é caso de nulidade. Vincula, portanto, a anulação aos problemas que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e a nulidade aos problemas inerentes ao conteúdo do ato (vícios materiais). (...) Assim, se a invalidade do lançamento decorre de problemas nos pressupostos de constituição do ato, ou seja, na aplicação da regra-matriz de incidência (direito material), diz-se o vício é material. Se a anulação decorre de vício de forma ou de formalização do ato, o vício é formal e se aplica o art. 173, II, para reinício da contagem do prazo decadencial.

Embora o presente processo não trate da exigência de tributos, mas de aplicação de penalidade em face de cometimento de infração administrativa, vale a mesma regra acima para diferenciar o vício material do formal considerando a materialidade da infração no lugar da regra matriz de incidência tributária.

Com efeito, no caso, o problema está nos pressupostos de constituição do ato administrativo de imposição da penalidade, ou seja, inexistente o próprio fato que caracterizaria o cometimento da infração veiculada pelo art. 689, XII do Regulamento Aduaneiro. Melhor dizendo, não há nos autos descrição do motivo que fundamente o ato administrativo de imposição da penalidade.

Utilizando-se dos parâmetros dados pelo art. 2º da Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, a invalidação do ato administrativo no caso sob análise encontraria fundamento na “inexistência dos motivos” (alínea “d”) e não no “vício de forma” (alínea “b”), como se vê abaixo:

Lei nº 4.717/65

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

- b) vício de forma;**
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;**
- e) desvio de finalidade.*

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;***
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;*
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;***
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. [negritei]*

Nesse mesmo sentido foi decidido no Acórdão n.º 9101002.976, de 6 de julho de 2017, por unanimidade de votos, sob voto condutor do Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, assim proferido:

(...)

Pela enumeração dos elementos que compõe o ato administrativo, já se pode visualizar o que se distingue da forma, ou seja, o que não deve ser confundido com a aspecto formal do ato (a competência, o objeto, o motivo e a finalidade).

No contexto do ato administrativo de lançamento, vício formal é, via de regra, aquele verificado de plano, no próprio instrumento de formalização do crédito, e que não está relacionado à realidade jurídica representada (declarada) por meio deste ato.

O vício formal normalmente não diz respeito aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, à verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, à determinação da matéria tributável, ao cálculo do montante do tributo devido e à identificação do sujeito passivo, porque aí está a própria essência da relação jurídico-tributária.

O vício formal a que se refere o artigo 173, II, do CTN abrange, por exemplo, a ausência de indicação de local, data e hora da lavratura do lançamento, a falta de assinatura do autuante, ou a falta da indicação de seu cargo ou função, ou ainda de seu número de matrícula, todos eles configurando elementos formais para a lavratura de auto de infração, conforme art. 10 do Decreto n.º 70.235/1972, mas que não se confundem com a essência conteúdo da relação jurídico-tributária, apresentada como resultado das atividades inerentes ao lançamento (verificação da ocorrência do fato gerador, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, etc. - CTN, art. 142).

Aliás, um erro nos elementos que identificam a essência/conteúdo da relação jurídico-tributária até pode ser considerado como um vício formal desde que, por exemplo, ele se apresente como resultado de uma evidente discrepância entre o que se pensou e o que se exteriorizou pela escrita (as inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo), quando todo o contexto do que está sendo dito aponta num determinado sentido, e um ponto específico, desconexo do conjunto das ideias, aponta em outro, ou dá uma informação simplesmente fora de contexto, etc.

(...)

Importante aqui registrar que a alteração pelo CARF no motivo da nulidade do ato de imposição de multa em relação àquele utilizado na decisão recorrida não configura “reformatio in pejus” para a Fazenda Nacional, eis que a natureza do vício (formal ou material) que enseja a declaração de nulidade de ato administrativo trata-se, claramente, de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício pelo julgador, independentemente de alegação das partes.

Nesse sentido é o entendimento do STJ nos Acórdãos cujas ementas são transcritas abaixo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DA PARTE RÉ.

1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, quando a decisão monocrática for omissa sobre a fixação de verba honorária recursal (art. 85, § 11, CPC/2015), poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, fixá-la de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte e não implica reformatio in pejus.

2. Na hipótese, apesar de satisfeitos os requisitos para fixação dos honorários recursais, esses não foram arbitrados na decisão monocrática que negou provimento ao agravo em recurso especial, tampouco no acórdão que a manteve em sede de agravo interno, quadro que viabiliza o arbitramento na presente etapa.

3. Embargos de declaração acolhidos para, sanando a omissão apontada, fixar honorários sucumbenciais recursais.

(EDcl no AgInt no AREsp 1396437/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2019, DJe 15/08/2019)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO SALDO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TR. INOCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AGRAVO INTERNO DOS SERVIDORES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alteração dos índices de correção monetária e juros de mora, por se tratar de consectários legais da condenação principal, possuem natureza de

ordem pública, cognoscível de ofício, motivo pelo qual não prospera a alegação de ocorrência de reformatio in pejus. Precedentes: AgRg no AREsp. 288.026/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 20.2.2014; EDcl no AgRg no AREsp. 52.739/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 5.12.2013; EDcl nos EDcl no Ag 1.074.207/RS, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, DJe 4.9.2013.

2. Agravo Interno dos Servidores a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1575087/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2018, DJe 19/11/2018)

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. (...) JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: ...)

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC

1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

(...)

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Assim, pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a declaração de nulidade do ato administrativo de imposição da multa, mas por vício material.

Diante disto, entendo que no presente caso, não houve **reformatio in pejus**. **A correção da natureza do vício, de formal para material, não constitui um agravamento da decisão e portanto não se trata de "reformatio in pejus"**. O agravamento a que se refere o instituto aqui discutido é aquele que causa prejuízo imediato, direto, ao recorrente, mas jamais em tese. Vale ressaltar, ainda, não ser correto o entendimento de que o Estado possa ser lesado em sua própria esfera administrativa, visto ser o CARF um órgão pertencente à estrutura do Ministério da Fazenda, assim como os fiscais e auditores, estando todos adstritos ao princípio da legalidade e do interesse público.

Neste sentido, é uníssona a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. ATENDIMENTO BANCÁRIO. REGULAMENTAÇÃO POR NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS LOCAIS. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PARA RATIFICAR A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. RE

RUDESCIMENTO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA EM RECURSO DO ADMINISTRADO. PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE.

(...)

3. A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar in reformatio in pejus no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais. Supremo Tribunal Federal.

(...)

5. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo a que se nega provimento.”

“AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 641.054 RIO DE JANEIRO RELATOR :MIN. LUIZ FUX”

EMENTA ADMINISTRATIVO - FUNCIONAMENTO DOS BANCOS – EXIGÊNCIAS CONTIDAS EM LEI ESTADUAL E MUNICIPAL - LEGALIDADE.

(...)

3. Em processo administrativo não se observa o princípio da "non reformatio in pejus" como corolário do poder de auto tutela da administração, traduzido no princípio de que a administração pode anular os seus próprios atos. As exceções devem vir expressas em lei.

4. Recurso ordinário desprovido.”

*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 21.981 – RJ (2006/0101729-2)
RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON*

Assim, nego provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(documento assinado digitalmente)

Érika Costa Camargos Autran

Voto Vencedor

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Redator designado.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões da ilustre Conselheira Relatora, peço vênica para manifestar entendimento divergente, por chegar na hipótese vertente à conclusão diversa da adotada quanto ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, que suscita divergência jurisprudencial de interpretação da legislação tributária quanto as seguintes matérias: **1) Natureza do vício de nulidade do lançamento – material ou formal; e 2) Possibilidade de ocorrer o reformatio in pejus.** No presente voto, apresento meu entendimento, tanto em relação ao conhecimento, quanto ao mérito.

No caso, a discordância quanto ao conhecimento do recurso refere-se exclusivamente à matéria “**1 - Natureza da Nulidade de Lançamento**” e, passo a explicar.

Nos paradigmas apresentados (Acórdãos n.ºs 2302-01.621, de 2012 e 203-09.332, de 2003), os elementos norteadores das decisões foi a falha de motivação do lançamento, isto é, a Fiscalização apresentou fatos que não dariam motivos suficientes para o enquadramento legal e os Colegiados chegam à conclusão da nulidade do lançamento, de natureza formal, com consequências diversas, à vista do artigo 173, II do CTN.

No **paradigma** n.º 2302-01.621, que trata de Contribuições previdenciárias, no voto vencedor, assenta que o “*O fato gerador das contribuições previdenciárias apuradas é a prestação de serviços remunerados pelos segurados empregados que prestaram serviços de manutenção a terceiros, arbitrada por aferição indireta, obtida a partir do percentual previsto na Instrução Normativa MPS/SRP n.º 03, de 14/07/2005*”. O lançamento foi efetuado por aferição indireta porque a Fiscalização entendeu que a mão de obra constante das folhas de pagamento da notificada e contabilizadas não espelhavam a realidade.

No **paradigma** n.º 203-09.332, que trata de IMUNIDADE - pessoa jurídica de fins não lucrativos, no voto condutor, restou assentado que, “(...) logo, imprescindível, indicar, na descrição dos fatos, “os motivos que lhe formaram o convencimento”, sem se reportar a outro procedimento fiscal como prova única de suas argumentações.

Já no **Acórdão recorrido**, trata-se de aplicação de penalidade em operações do Comércio Exterior (Importação de mercadorias - *produto nafta petroquímica*), em que a Turma assentou que pelos elementos que constam nos autos, não se poderia aferir com completa certeza se a mercadoria estrangeira efetivamente importada corresponderia à descrição constante na Declaração de Importação (DI) ou àquela que consta nos demais documentos que a instruíram.

Dessa forma, a Turma entendeu que “carecendo o Auto de infração da demonstração racional da adequação da situação concreta à norma veiculada pelo art. 689, XII, do Regulamento Aduaneiro/2009, cabe a declaração de nulidade do ato de imposição de multa, **não por vício formal** como efetuado pela DRJ, **mas por vício material**”.

Como pode ser observado, a discussão sobre a natureza do vício depende das características de cada infração e do lançamento realizado e, portanto, no caso sob análise, não há similitude necessária à comprovação da divergência e, portanto, não deve ser conhecido do recurso quanto a essa matéria.

Assim, **conheço parcialmente** do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, apenas quanto a matéria: **2) Impossibilidade de ocorrer o reformatio in pejus.**

Mérito

Com relação ao mérito, cabe reprimir que a decisão da DRJ foi no sentido de anular o lançamento por vício de natureza FORMAL. Pode ser verificado ainda nos autos que, o Recurso de Ofício interposto pela DRJ foi no sentido de saber se houve anulação do lançamento por vício de natureza formal ou não.

De outro lado, no Acórdão recorrido, restou decidido, na conclusão do voto, da seguinte forma: “(...) Assim, pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, mantendo a declaração de nulidade do ato administrativo de imposição da multa, **mas por vício material**”. (Grifei)

Em que pesem os bem fundamentados argumentos da Sra. Relatora, entendo que a alteração efetuada pelo CARF no motivo da nulidade do ato administrativo de imposição de multa (vício material) em relação àquele utilizado na decisão recorrida (vício formal) configura “*reformatio in pejus*”. Com efeito, há diferença entre as regras decadenciais para novo lançamento, o que altera a situação da Fazenda quanto à possibilidade de realização do lançamento do crédito tributário, na forma determinada pela decisão de primeira instância.

Adicionalmente, observa-se claramente que o Colegiado recorrido ultrapassou os limites da lide e resolveu ANULAR o lançamento, mas por VÍCIO MATERIAL. E isso, somente poderia ser feito, se fosse requerido em face de Recurso Voluntário, o que não ocorreu no presente processo.

Portanto, deve ser anulada a decisão recorrida, com retorno dos autos ao Colegiado *a quo*, para que seja proferida uma nova decisão sem a ocorrência do princípio da “*reformatio in pejus*”.

Conclusão

Ante ao todo acima exposto, voto por **conhecer parcialmente** do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, apenas quanto à possibilidade de alteração da natureza do vício identificado pela decisão recorrida, para, na parte conhecida, dar-lhe provimento, para **anular** o Acórdão recorrido n.º **3402-006.774**, de 20/08/2019, e devolver o processo à 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção, para proferir nova decisão, com a observância do princípio da *NON REFORMATIO IN PEJUS*.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos