



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

Processo nº 10850.906249/2011-34
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3803-004.730 – 3ª Turma Especial
Sessão de 26 de novembro de 2013
Matéria COFINS - RESTITUIÇÃO
Recorrente GV HOLDING S/A (Sucessora de ITABENS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2001 a 28/02/2001

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA MATÉRIA CONTROVERTIDA.

É nula a decisão administrativa alheia à matéria controvertida nos autos, por configurar preterição do direito de defesa do administrado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para anular os atos processuais a partir da decisão recorrida inclusive.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado (Presidente), Hélcio Lafetá Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, João Alfredo Eduão Ferreira, Juliano Eduardo Lirani e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para se contrapor à decisão da DRJ Ribeirão Preto/SP que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade manejada em decorrência da emissão de despacho decisório que reconheceu a procedência do crédito original informado no Pedido Eletrônico de Restituição cumulado com Declaração de Compensação (PER/DCOMP), mas homologara apenas parcialmente a compensação declarada, pelo fato de que o crédito reconhecido revelara-se insuficiente para quitar os débitos informados no PER/DCOMP.

Em sua Manifestação de Inconformidade, o contribuinte requereu o reconhecimento do direito à plena restituição, assim como a reunião dos processos ali identificados para julgamento em conjunto, alegando, aqui apresentado de forma sucinta, o seguinte:

a) no despacho decisório, a autoridade administrativa homologara parcialmente a compensação declarada, informando que não havia sido constatado valor algum a ser restituído, sem que fossem tecidas quaisquer outras considerações para embasar o indeferimento do crédito pleiteado;

b) o indébito decorreria da inconstitucionalidade já declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, dispositivo esse que promovera o alargamento da base de cálculo da contribuição para além do faturamento, este consistente no resultado das vendas de mercadorias e da prestação de serviços;

c) o CARF tem reconhecido o direito pleiteado, por força do contido na Lei nº 11.941, de 2009, que revogou o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, assim como do disposto no Decreto nº 7.574, de 2011, no art. 26-A, § 6º, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 1972, e no art. 62-A do Regimento Interno do CARF;

d) o despacho decisório fora emitido em desacordo com a legislação e a jurisprudência pacificada sobre o tema, não tendo a autoridade administrativa aprofundado na investigação dos fatos, dada a falta de intimação prévia para prestar esclarecimentos acerca da higidez do crédito, o que contrariaria o art. 65 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 2008.

Junto à Manifestação de Inconformidade, o contribuinte trouxe aos autos cópias de documentos societários, do despacho decisório, de DARFs, de planilha de cálculo da contribuição e de partes do Livro Diário e do Balancete, acompanhadas dos termos de abertura e de encerramento.

A DRJ Ribeirão Preto/SP rejeitou a reunião dos processos para julgamento conjunto, por se referirem a fatos e provas distintos, e não reconheceu o direito creditório, considerando que a autoridade administrativa teria procedido corretamente ao indeferir o pleito do contribuinte, em razão do fato de que o débito confessado em DCTF seria do mesmo valor do montante recolhido, o que evidenciaria a inexistência de saldo credor, conclusão essa reforçada pela inocorrência de retificação da DCTF.

Aduziu o relator do voto condutor da decisão recorrida que, no tocante à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição, no presente caso, não se discutiria o entendimento do STF, tampouco se questionaria a vinculação do CARF à decisão proferida no Recurso Extraordinário (RE) julgado na sistemática da repercussão geral, e que a

revogação do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pela Lei nº 11.941, de 2009, não alcançaria este processo por não se aplicar retroativamente.

Destacou, ainda, o julgador de piso, que o *caput* do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, vedaria o afastamento da aplicação de lei sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas as exceções previstas no § 6º, incisos I e II, do mesmo artigo, exceções essas não aplicáveis ao presente caso.

Segundo o relator, amparando-se no Parecer PGFN/CDA nº 2.025, de 2011, as condições previstas no inciso II do § 6º do 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, não se verificariam em relação à inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da contribuição, sendo inaplicáveis ao presente caso; e, no que se refere ao inciso I do mesmo dispositivo, ele não abrangeria decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade, a qual produziria efeitos somente em relação às partes da relação processual, mesmo que proferida em processo julgado pela sistemática da repercussão geral.

Destacou, também, o julgador de primeira instância, que, ainda que os óbices à utilização integral do recolhimento não existissem, o contribuinte não teria se desincumbido de demonstrar e provar o suposto recolhimento a maior, tendo requerido a restituição de todo o valor da contribuição recolhido no período, o que só seria possível se não tivesse auferido nenhum faturamento, apenas receitas financeiras, o que não ficou comprovado.

Finalmente, ressaltou o relator de piso, que a cópia parcial do livro Diário apresentada, constando apenas algumas folhas de lançamentos e parte do balancete do período em exame, permitiria vislumbrar tão somente as receitas financeiras do período, mas não o faturamento da empresa, em razão do que não haveria como se apurar o total da base de cálculo da contribuição devida, para compará-la com o recolhimento efetuado e concluir-se acerca de eventual existência de recolhimento a maior, e em que montante.

Cientificado da decisão em 27 de junho de 2013, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário em 26 de julho do mesmo ano, reiterou o pedido de julgamento em conjunto dos processos ali identificados e requereu o reconhecimento do direito à plena restituição da contribuição calculada sobre receitas estranhas ao conceito de faturamento, repisando os mesmos argumentos de defesa apresentados na primeira instância, sendo acrescentadas as seguintes alegações:

a) a DCTF não seria o único meio de prova da existência de crédito passível de restituição, devendo-se elucidar que nem o art. 165 do CTN nem o art. 74 da Lei n. 9.430, de 1996, condicionam o reconhecimento do crédito à retificação de declarações, tratando-se de formalidade, a qual não pode se sobrepor ao direito substantivo;

b) “[a] exigência de retificação de declarações é medida que, além de não constar da lei, tampouco das normas infralegais, decorre de excesso de formalismo, que restringe o direito à repetição de indébito, em detrimento do princípio da legalidade, que deve nortear não apenas a apuração de tributos, como sua restituição, além de também se distanciar do alcance do interesse público”;

c) “a afirmação do acórdão recorrido está em total desconformidade com o princípio da verdade material, que rege o processo administrativo fiscal, e pelo qual o julgador deve buscar a verdade dos fatos, desconsiderando as formalidades, cabendo-lhe analisar todos os vieses da situação fática antes de lançar mão do ato administrativo, notadamente em casos

em que a interpretação do contexto fático dependa, exclusivamente, da devida análise probatória”;

d) “[o] princípio de que a contabilidade, lastreada em documentação idônea, faz prova a favor do contribuinte não é estranho ao direito tributário, estando expressamente previsto no Decreto-lei nº 1.598/77, fundamento legal do artigo 923 do RIR/99”, sendo de “manifesta obviedade que as autoridades administrativas almejam negar o reconhecimento ao crédito a todo custo, o que não tem mínimas condições de prevalecer, haja vista que, além dos argumentos expostos, a jurisprudência administrativa já se manifestou no sentido de que, quando em boa ordem, a escrituração contábil faz prova em favor do contribuinte”;

e) a Planilha de cálculo, o DARF, o livro Diário, o balancete e os respectivos termos de abertura e encerramento apresentados, referentes ao período sob análise, foram considerados insuficientes na decisão recorrida, o que denotaria a ocorrência de uma análise superficial dos documentos acostados;

f) o fato de ter alegado na Manifestação de Inconformidade apenas a ocorrência de receitas financeiras não pode suplantar os fatos devidamente demonstrados de que o direito creditório se refere ao somatório das receitas financeiras e dos valores de créditos recuperados, não tendo havido no período receita tributável pela contribuição;

g) “ainda que a documentação juntada não fosse suficiente para comprovar o crédito, o que se admite apenas em caráter argumentativo, a DRJ deveria ter convertido o julgamento em diligência, conforme previsão do art. 18 do Decreto nº 70.235”;

h) ao invocar a preclusão do direito de apresentação de novas provas após a manifestação de inconformidade, a autoridade julgadora não se dera conta de que “uma das hipóteses que autoriza a apresentação posterior de prova documental se configura no momento em que se faz necessário contrapor fatos ou razões que, porventura, foram trazidos posteriormente aos autos”, conforme disciplina do art. 16, § 4º, “c”, do Decreto nº 70.235, de 1972;

i) no acórdão recorrido, afirmou-se que os órgãos administrativos não estariam vinculados a decisões de inconstitucionalidade exaradas na esfera judicial em controle difuso de constitucionalidade, sendo que tal afirmação encontrar-se-ia “em total desconformidade com o que vem decidindo a jurisprudência administrativa, que já se manifestou favoravelmente à aplicação, pelo fisco, das decisões que declararam a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 3º, da Lei 9.718/98, em razão de terem sido proferidas em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal e demonstrarem o entendimento pacífico e inequívoco daquela Corte sobre a matéria”;

j) “um dispositivo de lei declarado inconstitucional é uma norma absolutamente nula, impossibilitada de produzir efeitos jurídicos válidos, em razão do seu desacordo com o texto constitucional, a quem deve irrestrita obediência. Ora, seria ilógico que a administração fazendária continuasse a reconhecer a validade de um artigo de lei já declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”;

l) “o inciso I, do parágrafo 6º, do art. 26-A, incluído no Decreto n. 70.235, de 6.3.1972, pela Lei n. 11.941, de 27.5.2009, “in verbis”, determina que, nos casos de lei que já tenha sido declarada inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal

Federal, os órgãos de julgamento da administração fiscal federal devem afastar sua aplicação consoante o entendimento exarado na decisão.”

Junto ao Recurso Voluntário, o contribuinte trouxe aos autos cópia integral do livro Diário e dos balancetes relativos ao ano-calendário 2001 e da Demonstração de Lucros e Prejuízos Acumulados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis

O recurso é tempestivo, atende as demais condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Conforme acima relatado, a repartição de origem, por meio de despacho decisório eletrônico, reconheceu a procedência da totalidade do crédito original informado no Pedido Eletrônico de Restituição cumulado com Declaração de Compensação (PER/DCOMP), mas homologara apenas parcialmente a compensação declarada, pelo fato de que o crédito reconhecido revelara-se insuficiente para quitar os débitos informados no PER/DCOMP.

Considerando que o valor do crédito original declarado no PER/DCOMP é coincidente com o crédito reconhecido no despacho decisório e que os débitos informados como extintos por compensação, todos eles, venceram na mesma data da transmissão do PER/DCOMP, a conclusão a que se chega é que a divergência do valor do crédito ocorrida entre a declaração do Recorrente e o despacho decisório decorreria da adoção de índices de atualização do crédito em percentuais diversos.

No entanto, analisando-se as peças recursais que sucederam o despacho decisório, assim como o acórdão da DRJ Ribeirão Preto/SP, constata-se acentuada incongruência entre a realidade fática dos autos e os argumentos aduzidos pelo ora Recorrente e pela autoridade julgadora de primeira instância.

Em sua Manifestação de Inconformidade, não obstante ter se referido *en passant* à homologação apenas parcial da compensação declarada, o contribuinte conduziu sua defesa partindo do pressuposto equivocado de que a repartição de origem considerara inexistente a totalidade do crédito pleiteado.

Já neste ponto se percebe total alheamento da defesa em relação aos fatos controvertidos nos autos, pois, se houvera parcial homologação da compensação, algum crédito deveria ter sido reconhecido, pois, não tendo havido o reconhecimento de qualquer parcela do crédito, conforme alegara o então Manifestante, como fora possível a decisão de homologação parcial da compensação?

É possível verificar que, com exceção da ligeira referência feita à homologação parcial da compensação, o restante da Manifestação de Inconformidade é cópia fiel de outras manifestações de inconformidade interpostas pelo mesmo contribuinte em outros processos versando sobre Pedidos Eletrônicos de Restituição (PER), pedidos esses que foram denegados pela repartição de origem em razão do fato de que os pagamentos neles declarados

já haviam sido integralmente utilizados na quitação de débitos da titularidade do sujeito passivo.

Na sequência, toda a defesa do contribuinte, inclusive em sede de recurso voluntário, se pautava em um suposto não reconhecimento total do crédito pleiteado, o que, conforme já apontado, não guarda qualquer correspondência com os fatos controvertidos nos autos.

Induzida pela defesa errática do contribuinte, a Delegacia de Julgamento conduziu sua decisão partindo do mesmo fundamento equivocadamente reproduzido, *ipsis litteris*, o teor de outros acórdãos por ela lavrados nos outros processos acima referenciados, cujos fatos não guardam correspondência com a matéria destes autos.

A DRJ Ribeirão Preto/SP ignorou por completo, além da referência feita pelo então Manifestante quanto à homologação apenas parcial da compensação, o teor do PER/DCOMP e do despacho decisório.

Eis alguns trechos do despacho decisório e do acórdão recorrido que demonstram a ausência de conexão lógica entre a decisão da DRJ Ribeirão Preto/SP e os fatos controvertidos nos autos:

Despacho decisório

(...)

Analizadas as informações prestadas no documento acima identificado, constatou-se a procedência do crédito original informado no PER/DCOMP, reconhecendo-se o valor do crédito pretendido.

(...)

Entretanto, considerando que o crédito reconhecido revelou-se insuficiente para quitar os débitos informados no PER/DCOMP, HOMOLOGO PARCIALMENTE a compensação declarada.

(...)

Relatório

Trata o presente processo de Pedido Eletrônico de Restituição (fls. 2/7) de crédito da Cofins de Fevereiro de 2001, no valor de R\$ 6.330,60.

A DRF de São José do Rio Preto (SP), por meio do despacho decisório de fl(s). 8/9, indeferiu o pedido, em razão do recolhimento indicado no PER/DCOMP ter sido integralmente utilizado para quitação de débito confessado pela contribuinte.

(...)

Voto

(...)

Analisando a controvérsia do direito creditório, verifica-se de plano que a autoridade a quo procedeu corretamente ao indeferir o pleito da interessada. Isso porque, conforme está claro no despacho decisório, existe um débito, confessado pela própria contribuinte por meio de DCTF, no valor igual ao do recolhimento objeto do pedido de restituição. Não existe, portanto, saldo passível de restituição.

Para que existisse algum saldo a restituir, seria necessário que, no mínimo, a interessada houvesse retificado sua DCTF até a transmissão do seu PER/DCOMP, fazendo constar o suposto débito inferior ao declarado, o que faria exsurgir a possibilidade de se alegar pagamento a maior. Como não o fez, não havia saldo de pagamento sobre o qual a autoridade fiscal tivesse que se manifestar. (sublinhei)

Os trechos sublinhados acima apontam a total desconformidade do acórdão em relação ao despacho decisório, merecendo destacar as seguintes incongruências:

a) no despacho decisório, há referência ao Pedido de Restituição cumulado com Declaração de Compensação (PER/DCOMP), sendo que o relatório do acórdão recorrido se inicia referindo-se a um suposto Pedido Eletrônico de Restituição (PER);

b) enquanto que, no despacho decisório, o crédito original declarado fora totalmente reconhecido, no acórdão, o julgador de piso afirmou, categoricamente, que a repartição de origem havia indeferido o pedido em razão de o recolhimento ter sido integralmente utilizado na quitação de outros débitos da titularidade do contribuinte;

c) a despeito do reconhecimento integral do crédito por parte da repartição de origem, a DRJ afirmou que inexistia saldo passível de restituição;

d) a DRJ aponta a falta de retificação da DCTF como motivo do suposto não reconhecimento do crédito, enquanto que, considerando o despacho decisório, essa questão se mostra totalmente desconforme com o seu conteúdo.

Além das incongruências supra apontadas, a leitura do acórdão recorrido aponta, insofismavelmente, que a autoridade julgadora de primeira instância se equivocou ao reproduzir, neste processo, a mesma decisão que vinha adotando nos outros acima referenciados, estes últimos, repise-se, relativos a despachos decisórios que não haviam reconhecido o direito creditório pleiteado para fins de restituição, não abarcando declarações de compensação.

A par do encaminhamento dado pela Delegacia de Julgamento, o contribuinte reproduziu, neste processo, o teor dos recursos voluntários interpostos nos referidos processos versando sobre PERs, casos esses em que se exigia a discussão do mérito do direito creditório denegado, o que não ocorre nestes autos, dado o total reconhecimento do direito creditório.

O art. 31 da Seção IV (Do Julgamento em Primeira Instância) do Decreto nº 70.235, de 1972, assim estipula:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e

notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Verifica-se do excerto supra, aplicável aos processos de compensação por força do contido no art. 74, § 11, da Lei nº 9.430, de 1996¹, que a decisão de primeira instância violou frontalmente o comando ali contido por conter um relatório e um voto em total desconformidade com os fatos e o direito inerentes ao despacho decisório objeto deste processo, bem como por não enfrentar todas as razões suscitadas pelo impugnante.

O contribuinte, não obstante ter se equivocado quanto ao inteiro teor do despacho decisório, fizera expressa referência, na Manifestação de Inconformidade, à homologação apenas parcial da compensação declarada, situação essa não abordada nem de longe pela DRJ Ribeirão Preto/SP.

O art. 131 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal (PAF), estatui que “[o] juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Extrai-se do excerto supra o entendimento de que o julgador deverá apreciar livremente a prova, mas em conformidade com os fatos e as circunstâncias constantes dos autos, mesmo que tais fatos e circunstâncias não tenham sido suscitados pela parte interessada.

Nesse sentido, tem-se por configurado, neste processo, flagrante omissão quanto à matéria sobre a qual deveria a Delegacia de Julgamento se manifestar, o que torna o acórdão recorrido nulo, pois, assim agindo, a autoridade julgadora preteriu o direito de defesa do Recorrente, o que viola o art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972².

Neste ponto, registre-se que a declaração de nulidade do acórdão de primeira instância não significa que o contribuinte tenha se defendido de forma eficaz em relação à decisão contida no despacho decisório, particularidade essa que deveria ter sido enfrentada pelo julgador administrativo *a quo*, caso não tivesse se equivocado quanto à matéria controvertida nos autos.

Não bastassem tais constatações, uma outra questão vem conturbar por definitivo o trâmite do presente processo. Trata-se da inobservância por parte da autoridade administrativa de origem do prazo de 5 anos previsto no art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN)³, para se pleitear a restituição de pagamento indevido.

O Recorrente transmitira o PER/DCOMP original em 28 de novembro de 2008, referindo-se a pagamento indevido efetuado em 14 de dezembro de 2001, após, portanto, ao prazo de 5 anos do CTN, o que configura a perda do direito de repetir.

¹ § 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

² Art. 59. São nulos:

(...)

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

³ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Sobre essa matéria, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.621, submetido à regra da repercussão geral (art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil), decidiu que, no que tange aos pedidos de repetição ou compensação de débitos formalizados a partir de 9 de junho de 2005, aplicar-se-lhes-ia o prazo de cinco anos contados da data do pagamento indevido.

A data de 9 de junho de 2005 corresponde ao dia seguinte ao termo final da *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005, que definiu, nas hipóteses de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo de cinco anos contados da data do pagamento antecipado para a extinção do crédito tributário respectivo. No mesmo julgamento, a aplicação retroativa do referido prazo (art. 3º da LC nº 118/2005) foi considerada inconstitucional, por ferir o princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Referida decisão do STF transitou em julgado em 27 de fevereiro de 2012.

De acordo com o art. 62-A do Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256/2009), as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na sistemática da repercussão geral deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Dessa forma, encontramos-nos obrigados regimentalmente a reproduzir a referida decisão do STF, ainda que nenhuma das partes a tenha invocado, dado tratar-se de matéria de ordem pública.

Contudo, considerando que o Recorrente, não obstante o imbróglio por ele criado, já obtivera decisão favorável de reconhecimento do direito creditório pleiteado e de homologação parcial da compensação declarada, há que verificar possível violação do princípio da *non reformatio in pejus*.

A meu ver, em casos da espécie, em regra, não se deve invocar o princípio da vedação à *reformatio in pejus*, pois, por se tratar a decadência de matéria de ordem pública, ela pode e deve ser reconhecida de ofício pelo julgador administrativo em qualquer tempo e grau de jurisdição.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido pela inocorrência de *reformatio in pejus* nos casos de julgamento envolvendo matéria de ordem pública, nos seguintes termos: “Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que aplicar, alterar ou modificar seu termo inicial, de ofício, não configura julgamento extra petita nem reformatio in pejus quando já inaugurada a competência desta Corte Superior.”⁴

O Supremo Tribunal Federal (STF)⁵ já decidiu que “[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 EDcl no AgRg no Ag 1160335 / MG - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0036302-6

Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147). Órgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 27/11/2012. Data da Publicação/Fonte DJe 06/12/2012.

⁵ RE 641054 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a) Ministro LUIZ FUX. Julgamento 4/22/05/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma do STF.

No entanto, na mesma decisão, a Primeira Turma do STF deixou registrado que “[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 em 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.” (grifei e sublinhei).

No presente caso, dada a preterição do direito de defesa do contribuinte, em razão da decisão de primeira instância se encontrar totalmente descolada dos fatos controvertidos nos autos, não se tem por atendida a ressalva do STF acima destacada, para se declarar a nulidade do despacho decisório por inobservância do prazo para repetição do indébito.

Essa conclusão, contudo, não impede a declaração de nulidade da decisão recorrida, que, conforme já ressaltado neste voto, operou-se em flagrante omissão quanto à matéria controvertida nos autos.

Diante do exposto, voto por declarar a NULIDADE da decisão recorrida, para que outra seja proferida, observando-se a efetiva matéria controvertida nos autos, os fatos e o direito envolvidos, assim como os argumentos de defesa apresentados pelo contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis - Relator