



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

Processo n° 10980.926432/2009-56
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **3002-000.710 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 17 de abril de 2019
Matéria NULIDADE DA DECISÃO DA DRJ
Recorrente MULTIPETRO COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 31/10/2006

NULIDADE DECISÃO DA DRJ. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DO RECORRENTE. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVA DECISÃO.

Uma vez constatado que a DRJ deixou de analisar argumentos apresentados pelo Recorrente, em razão da adoção de fundamentação legal inaplicável ao caso vertente, há de ser reconhecida a sua nulidade, nos termos do disposto no art. 59 do Decreto n° 70.235/1972.

Tendo em vista que já se encontra pacificada a possibilidade de reconhecimento na esfera administrativa da inconstitucionalidade do § 1° do artigo 3° da Lei n° 9.718/98, os autos deverão retornar à DRJ para que sejam analisados os demais argumentos apresentados pelo Recorrente no que tange à existência do crédito tributário pleiteado, inclusive quanto à sua certeza e liquidez.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, acatando a preliminar suscitada, para fins de decretar a nulidade da decisão recorrida e determinar que os autos retornem à DRJ para que esta aprecie o mérito da presente contenda, em especial no que tange à certeza e liquidez do crédito tributário pleiteado.

(assinado digitalmente)

Larissa Nunes Girard - Presidente

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Larissa Nunes Girard (Presidente), Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora) e Carlos Alberto da Silva Esteves.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório da decisão da DRJ, às fls. 29 dos autos:

Trata o processo de manifestação de inconformidade apresentada em face da não homologação da compensação declarada por meio da Dcomp nº 12059.51834.311006.1.3.047046. Na aludida Dcomp a contribuinte indicou um suposto direito creditório que adviria de um pagamento efetuado em 15/09/2003, sob o código 2172, no valor de R\$ 2.753,94, para quitar um débito indicado nessa declaração.

A DRF/Curitiba emitiu Despacho Decisório Eletrônico não homologando a compensação, assim fundamentado:

“A partir das características do DARF discriminado no PER/DCOMP acima identificado, foram localizados um ou mais pagamentos, abaixo relacionados, mas integralmente utilizados para quitação de débitos do contribuinte, não restando crédito disponível para compensação dos débitos informados no PER/DCOMP.

(...)

Diante da inexistência do crédito, NÃO HOMOLOGO a compensação declarada.”

Cientificada em 14/07/2009, a interessada apresentou, em 20/07/2009, manifestação de inconformidade, na qual diz que o crédito decorre da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 no RE 357950, e que aproveitou o referido crédito nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996. Demonstra numericamente a origem do crédito e diz estar amparada pelo art. 170 do CTN. Cita e transcreve jurisprudência administrativa e judicial, que entende pertinente ao caso, e, ressaltando o contido no art. 165 do CTN, insiste no direito à restituição. Ao final, pede a homologação da compensação.

Consta dos autos despacho do Seort/DRF/Curitiba atestando a tempestividade da manifestação de inconformidade.

O contribuinte juntou, com a manifestação de inconformidade, procuração, documentos de identificação do procurador e atos constitutivos da empresa (fls. 16/27).

Ao analisar o caso em sessão de julgamento realizada em 28/09/2011, a DRJ entendeu, por unanimidade de votos, julgar improcedente a manifestação de inconformidade, conforme decisão que restou assim ementada (fls. 28/31):

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Data do fato gerador: 31/10/2006

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

O julgador da esfera administrativa deve limitar-se a aplicar a legislação vigente, restando, por disposição constitucional, ao Poder Judiciário a competência para apreciar inconformismos relativos à sua validade ou constitucionalidade.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte foi intimado acerca desta decisão em 21/05/12 (vide AR à fl. 34 dos autos) e, insatisfeito com o seu teor, interpôs, em 08/06/2012, Recurso Voluntário (fls. 36/40).

Em seu recurso, o contribuinte argumentou ser equivocado o entendimento da primeira instância, pois, com base no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, a decisão do STF proferida sob o regime de repercussão geral no RE 585235 QO-RG/MG deveria ser reproduzida no presente processo, aplicando-se a tese da inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, ou seja, da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo da COFINS. Além da inconstitucionalidade, também haveria ilegalidade na cobrança. Com base nisto, requer que os valores recolhidos indevidamente sejam compensados, homologando-se a declaração de compensação.

Não juntou novos documentos em seu recurso.

Os autos, então, vieram-me conclusos para fins de análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Voto

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Ao analisar a decisão da DRJ, contata-se que aquela instância de julgamento não adentrou no mérito da presente contenda, relativo à existência ou não do crédito tributário pleiteado, inclusive no que tange à sua certeza e liquidez, tendo limitado as suas razões de decidir na incompetência da autoridade administrativa de se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de dispositivos legais. É o que se infere da transcrição a seguir:

A interessada pleiteia a homologação da compensação, alegando que o seu crédito encontra respaldo em decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998 (RE 357950).

As questões apresentadas, no entanto, não podem ser apreciadas no presente âmbito.

Com efeito, por conta do caráter vinculado da atividade administrativa, considerações sobre a inconstitucionalidade de dispositivos legais não se encontram sob a discricionariedade da autoridade administrativa, uma vez definida objetivamente pela lei, não dando, portanto, margem a conjecturas atinentes a juízos de valor. Nesse contexto, qualquer pedido ou alegação que ultrapasse a análise de conformidade do ato administrativo de lançamento com as normas legais vigentes, como a contraposição a princípios constitucionais, somente podem ser reconhecidos pela via competente, no caso o Poder Judiciário.

É verdade que, sob certas condições, o julgador administrativo deve afastar a aplicação de norma inconstitucional. Estas condições, no entanto, são as que se encontram expressas no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, que dispõe:

Art. 1.º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

(...)

Art. 4.º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

I não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;

II não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;

III sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;

IV sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. (Grifou-se)

Ou seja, apesar de não ser esse o entendimento da contribuinte, claro está que a atribuição dos julgadores está limitada a afastar a aplicação apenas de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de forma inequívoca e definitiva, atendendo ainda a determinação do Secretário da Receita Federal. É de se ressaltar contudo que, no caso em análise, apesar da existência de entendimentos do STF, expressos em julgamentos proferidos, **não** foram comprovadas as condições descritas no citado decreto para a sua aplicação, afinal, as decisões mencionadas foram proferidas apenas em relação a casos específicos envolvendo, também, partes específicas (que não a contribuinte).

Sobre o assunto, aliás, é oportuno mencionar também o que dispõe o enunciado nº 2 do CARF do MF:

Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Desse modo, e não cabendo à autoridade administrativa de julgamento acatar as alegações da impugnante, já que a exigência em questão encontra respaldo em leis válidas e vigentes cuja inconstitucionalidade não foi declarada – com os efeitos *erga omnes* – pelo STF, não deve ser reconhecido o direito creditório pleiteado (pois não restou caracterizado o pagamento a maior).

Quanto à jurisprudência apresentada, não há como considerá-las, seja pela inexistência de norma legal para lhes conferir eficácia normativa, seja pelo seu caráter *inter partes*.

Verifica-se, contudo, que a DRJ equivocou-se em seus fundamentos. Isso porque, ao contrário do que afirma, quando a decisão recorrida fora proferida (28/09/2011), já havia decisão judicial proferida pelo STF em processo com repercussão geral reconhecida (RE 585.235, cujo acórdão fora publicado em 28/11/2008). Sendo assim, não procede a fundamentação de que as decisões até então proferidas pelo STF possuíam caráter tão somente *inter partes*.

Relevante constatar, ainda, que, diante de decisão proferida pelo STF na sistemática de repercussão geral, apresenta-se inaplicável a súmula nº 02 do CARF, em razão do disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF, *in verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

~~*I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.*~~

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

~~*b) Decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B ou 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), na forma disciplinada pela Administração Tributária;*~~

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) *Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

d) *Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e*

e) *Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1973. e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei 73 Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)*

~~§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 — Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.~~

§ 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

Como se não bastasse, observe-se que a obrigatoriedade da aplicação pelo CARF das decisões do STF proferidas em sede de repercussão geral já se encontrava em vigor quando da decisão proferida pela DRJ, conforme se extrai da Portaria CARF 586, publicada em 22 de dezembro de 2010.

Ocorre que, em razão da linha de argumentação adotada (impossibilidade de análise de argumento atinente à inconstitucionalidade de lei tributária), a DRJ deixou de adentrar na análise meritória relacionada à existência ou não do crédito tributário alegado.

Ao assim proceder, findou por cercear o direito de defesa do Recorrente, incorrendo na hipótese de nulidade disposta no art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

Sendo assim, apresenta-se imperativo que os autos retornem àquela instância de julgamento, para que, superada a suposta impossibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, a qual já fora decretada pelo STF em decisão definitiva *erga omnes*, aquela instância de julgamento analise e se manifeste sobre a existência do direito creditório pleiteado, inclusive no que concerne à sua certeza e liquidez.

Da conclusão

Com fulcro nas razões supra expedidas, voto no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo Recorrente, para fins de decretar a nulidade da decisão recorrida e determinar que os autos retornem à DRJ para que esta aprecie o mérito da presente contenda, em especial no que tange à certeza e liquidez do crédito tributário pleiteado.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora