



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13888.723630/2014-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº **3001-002.469 – 3ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária**
Sessão de 08 de abril de 2024
Recorrente MAGAZINE AMERICANA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 25/01/2011, 25/01/2012

MULTA POR NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DECLARADA. § 17 DO ART. 74 DA LEI Nº 9.430 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. RE nº 796.939/RS e ADI nº 4905. ARTS. 98, PARÁGRAFO ÚNICO, I, E 99 DO RICARF.

O § 17 do art. 74 da Lei Nº 9.430/1996, incluído pela Lei Nº 12.249/2010, alterado pela Lei nº 13.097/2015, foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI nº 4905 e do RE nº 796.939/RS, em regime de repercussão geral, ocasião em que fora fixada a seguinte tese: "*É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária*".

Tal decisão deve ser reproduzida pelas turmas deste Conselho nos julgamentos dos recursos submetidos a seu crivo, conforme disposto no arts. 98, parágrafo único, inciso I, e 99 do novo RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

João José Schini Norbiato – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Aniello Miranda Aufiero Junior (suplente convocado(a)), Bruno Minoru Takii, Francisca Elizabeth Barreto, Laura Baptista Borges, Wilson Antônio de Souza Côrrea, João José Schini Norbiato (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 3001-002.469 - 3ª Seju/1ª Turma Extraordinária
Processo n.º 13888.723630/2014-73

Relatório

Por economia processual e, sobretudo, por bem sintetizar os eventos processuais até a apresentação da impugnação, reproduzo a seguir o relatório contido na decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP):

Trata o presente de **auto de infração de multa por compensação indevida**, de fls. 2/7, no valor de **R\$ 64.573,01**.

Conforme **descrição dos fatos de fl. 4 e termo de constatação fiscal de fls. 27/30**, a contribuinte teve **duas declarações de compensação não homologadas**¹, razão pela qual está sendo exigida a **multa de 50% sobre os valores dos débitos indevidamente compensados**.

Cientificada, a autuada apresentou a **impugnação de fls. 40/52**.

Nela, **discorreu sobre o indébito que originou as referidas declarações de compensação**, alegando que o despacho decisório que não as homologou teria se baseado nos arts. 70 e 71 da Instrução Normativa RF13 n.º 900/2008, que tratam dos requisitos para aproveitamento de créditos reconhecidos judicialmente (trânsito em julgado e demais condições para recepção da declaração de compensação). Considerando que ela teria cumprido tais requisitos, o que fora reconhecido pelo "próprio agente fiscalizador", **a autuação é absurda, devendo ser reconhecida sua nulidade por "fundamentação ineficaz ou insuficiente"**.

No tópico "**DA NEGATIVA DA HOMOLOGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO**", fez **considerações sobre o despacho decisório que não homologou as compensações**, argumentando que as DCOMPS "**foram preenchidas em sua totalidade, com todas as informações de direito exigidas**", não podendo ser alegado pela autoridade administrativa falta de "informações suficientes para que fosse feito o reconhecimento automático do direito creditório".

Acrescentou que **os Darfs apresentados no processo de reconhecimento de crédito são suficientes para comprovar seu direito**, transcrevendo decisões de Delegacias de Julgamento da RF13, inclusive da 1ª Turma desta, nesse sentido, bem como do STJ. Assim, **a falta de apresentação de cópias das DIRPJs não poderiam ter ensejado a não homologação das compensações**.

[grifo nosso]

Ao deliberar acerca da impugnação apresentada pelo sujeito passivo (acórdão n.º **14-107.720**, às fls. 97/99), a **4ª TURMA DA DRJ/RPO**, por unanimidade de votos, julgou-a improcedente. O acórdão do colegiado a quo recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 25/01/2011, 25/01/2012

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. MULTA.

Aplica-se a multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do débito objeto de declaração de compensação não homologada.

Impugnação Improcedente

¹ DCOMP n.º 05236.79403.250111.1.3.54-9810 (fls. 08/11) e DCOMP n.º 02292.38054.250112.1.3.54-1977 (fls. 12/15)

Crédito Tributário Mantido

Cientificado dessa r. decisão, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário (fls. 108/114), no qual **1)** cita a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.905 e a interposição do Recurso Extraordinário n.º 796.939, no âmbito dos quais se discute a constitucionalidade do § 17 no art. 74 da Lei n.º 9.430/96; **2)** aduz que a multa por não homologação de compensação atenta contra o direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'a', da Constituição de 1988; **3)** alega que *“além do posicionamento averbado pelo Supremo Tribunal Federal, os nossos tribunais têm considerado inconstitucional a aplicação da aludida multa”* (fls. 111); **4)** argumenta que a cobrança da indigitada multa, em conjunto com a multa de mora sobre os débitos não compensados, representa dupla penalização em decorrência do mesmo fato, mostrando-se excessiva e confiscatória; e **5)** assevera que *“não se mostra lícito à Fazenda/Autoridade Fiscal exigir juros de mora sobre o crédito tributário com exigibilidade suspensa (reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo), quando o longo lapso de tempo decorrido entre a instauração da fase litigiosa do procedimento e a respectiva decisão definitiva se dá única e exclusivamente por culpa da Administração Fiscal (demora no julgamento dos processos administrativos fiscais).”* (fls. 113).

Ademais, cumpre registrar que a não homologação das compensações que acarretaram a aplicação da penalidade objeto dos presentes autos está sendo discutida no âmbito do processo administrativo n.º 13888.721740/2014-09, no qual houve a interposição de recurso voluntário que também foi distribuído à minha relatoria. Assim, ambos os processos encontram-se vinculados no sistema e-processo e o julgamento de seus recursos foi pautado para a mesma sessão.

Recebido o recurso, o presente processo foi objeto de sorteio e distribuição à minha relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João José Schini Norbiato, Relator.

1. Da competência para julgamento do feito

Em virtude da norma contida no artigo 65 do Anexo da Portaria MF n.º 1634, de 21 de dezembro de 2023, a qual aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, este colegiado é competente para apreciar este feito.

2. Do conhecimento

No que se refere à tempestividade do recurso apresentado, nos autos consta que a Recorrente tomou ciência da decisão de piso em 12/09/2020 (AVISO DE RECEBIMENTO - AR

às fls. 104) e apresentou sua peça recursal em 09/10/2020 (TERMO DE SOLICITAÇÃO DE JUNTADA às fls. 105). Portanto, o recurso fora apresentado dentro do prazo previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235/1972, eis, então, que foi cumprido tal pressuposto de admissibilidade.

Não obstante a tempestividade, basta comparar o teor da impugnação (fls. 40/52) com o do recurso voluntário, para perceber que a Recorrente abandonou por completo os argumentos apresentados em primeira instância, para tratar de novos pontos na esfera recursal. Se na peça defensiva o sujeito passivo abordou um possível vício material da autuação, sob a alegação de que a fundamentação legal seria indevida, e repetiu parte dos argumentos apresentados no processo n.º 13888.721740/2014-09 contra a não homologação de compensação, em recurso passou a discorrer sobre a inconstitucionalidade da norma, acerca da impossibilidade da cumulação da multa por não homologação e da multa de mora e a respeito da ilicitude da exigência de juros de mora.

Nesse contexto, imperioso lembrar que ocorre a preclusão quanto às matérias não suscitadas na impugnação. Isso se deve ao fato de que, nos termos dos arts. 14 a 17 do Decreto n.º 70.235/72, a fase contenciosa do procedimento administrativo fiscal somente se instaura se apresentada a impugnação que traga as matérias expressamente contestadas, com os fundamentos de fato e de direito, de maneira que os argumentos submetidos à primeira instância é que determinarão os limites da lide.

Assim, por consequência lógica, não que há que se falar em reforma daquilo que, por ausência de efetiva impugnação, sequer chegou a ser apreciado pelo colegiado a quo. É que o efeito devolutivo, elemento nuclear do recurso, em regra, só diz respeito ao que foi decidido em primeira instância. Logo, se a matéria não foi objeto de impugnação, não houve deliberação pelo colegiado a quo e, por conseguinte, não há o que transferir à apreciação do colegiado ad quem. A matéria não impugnada, assim, escapa à competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que, *ex vi* do art. 25 do Decreto n.º 70.235/72, circunscreve-se ao julgamento de "*recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial*".

Portanto, a considerar apenas as razões recursais, seria o caso de não conhecimento da peça recursal por ausência de pressuposto fundamental de admissibilidade. No entanto, em se tratando da exigência da multa prevista no art. 74, § 17, da Lei 9.430/1996, impende a este colegiado conhecer do recurso e analisá-lo levando em consideração as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 796.939 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.905.

3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4905 e do Recurso Extraordinário n.º 796.939

Desde os idos de 2013 tramitavam no Supremo Tribunal Federal duas ações em que se discutia a constitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei n.º 9.430. São elas: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4905 e o Recurso Extraordinário n.º 796.939, o qual fora admitido em regime de repercussão geral.

Até então, tais ações careciam de decisão de mérito pelo Pretório Excelso, de modo que, diante dos contumazes argumentos dos sujeitos passivos, citando-as para subsidiar a tese de que a multa deveria ser afastada (como no caso do recurso ora em análise), invariavelmente, vinha destacando em meus votos a necessidade de que nesses processos houvesse decisão pela inconstitucionalidade da multa, para que então fosse possível afastar a aplicação da lei; não por pronunciamento acerca da constitucionalidade da lei (prerrogativa que não compete a este Conselho, cumpre salientar), mas sim devido à força vinculante inerente às decisões em ADI ou RE com repercussão geral reconhecida pelo STF.

Eis que em 17/03/2023, o pleno do Supremo proferiu decisão de mérito nessas duas ações, declarando a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, incluído pela Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, alterado pela Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015. Vejamos o que restou decidido em cada uma delas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 4905²

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu parcialmente da presente ação direta, tendo em vista a revogação parcial de disposição impugnada, e, na parte conhecida, **julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, incluído pela Lei 12.249, de 11 de junho de 2010, alterado pela Lei 13.097, de 19 de janeiro de 2015, e, por arrastamento, a inconstitucionalidade do inciso I do § 1º do art. 74 da Instrução Normativa RFB 2.055/2021.** Tudo nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes. Falaram: pela requerente, o Dr. Fabiano Lima Pereira; pelo amicus curiae Associação Brasileira de Advocacia Tributária – ABAT, o Dr. Breno Ferreira Martins Vasconcelos; pelo amicus curiae ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados, a Dra. Ariane Costa Guimaraes; pelo amicus curiae Associação Brasileira da Indústria Química – ABIQUIM, o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso; pelo amicus curiae Associação Comercial do Rio de Janeiro, o Dr. André Pacheco Teixeira Mendes; pelo amicus curie Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Dr. Luiz Gustavo Antonio Silva Bichara; e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Luciana Miranda Moreira, Procuradora da Fazenda Nacional. Plenário, Sessão Virtual de 10.3.2023 a 17.3.2023.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) Nº 796939³

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, **apreciando o tema 736 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, na medida em que inconstitucionais, tanto o já revogado § 15, quanto o atual § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996, mantida, assim, a decisão proferida pelo Tribunal a quo.** Foi fixada a seguinte tese: **"É inconstitucional a multa isolada prevista em lei para incidir diante da mera negativa de homologação de compensação tributária por não consistir em ato ilícito com aptidão para propiciar automática penalidade pecuniária"**. Tudo nos termos do voto reajustado do Relator. O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o Relator com ressalvas. Não votou o Ministro Nunes Marques, sucessor do Ministro Celso de Mello (que votara na sessão virtual em que houve o pedido de destaque, acompanhando o Relator). Plenário, Sessão Virtual de 10.3.2023 a 17.3.2023.

Observa-se claramente nos dispositivos acima que nas decisões proferidas pelo e. STF restou consignado que o § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996 é inconstitucional e, por conseguinte, a multa nele prevista também o é.

² <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4357242>

³ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4531713>

Por derradeiro, cumpre dizer que, em 26/05/2023, a ADI n.º 4905 transitou em julgado e os autos foram baixados em definitivo para o arquivo do STF. Em 20/06/2023, foi a vez do Recurso Extraordinário n.º 796.939, com baixa definitiva para o Tribunal Regional Federal da 4ª região na mesma data.

Nesse cenário, considerando que a controvérsia posta nestes autos gira em torno justamente da aplicação da referida multa, julgo que, com fulcro no disposto nos arts. 98, parágrafo único, inciso I, e 99 do novo RICARF (incisos I e II, alínea b, do § 1º e no § 2º, ambos do art. 62 do antigo RICARF) deve a exigência fiscal de que trata este processo ser afastada por este colegiado.

Resta prejudicada, portanto, a análise dos demais argumentos de defesa trazidos em recurso.

Conclusão

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, para afastar a exigência da multa de que trata estes autos, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do § 17 do art. 74 da Lei 9.430/1996 pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4905 e do Recurso Extraordinário n.º 796.939.

(documento assinado digitalmente)

João José Schini Norbiato