



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

Processo n° 15563.000308/2006-51
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3401-004.297 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2018
Matéria IPI
Embargante CONSELHEIRO DO CARF
Interessado FICET INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARROS E IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2003 a 28/02/2006

EMBARGOS INOMINADOS. CABIMENTO. APRECIÇÃO DE UM MESMO RECURSO DUAS VEZES E POR ÓRGÃOS JULGADORES DISTINTOS. LAPSO MANIFESTO.

A existência de duas decisões, de órgãos julgadores distintos de uma mesma instância administrativa, para a apreciação dos Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos, é passível de correção pela oposição de embargos inominados, por configurar hipótese de

inexatidão material ou erro devido a lapso manifesto.

CRITÉRIO PARA DETERMINAÇÃO DA PRIMEIRA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO. DATA DE JULGAMENTO. DATA DE FORMALIZAÇÃO. ARTIGO 37 DO DECRETO Nº 70.235/1972.

Seguindo o disposto no artigo 37 do Decreto nº 70.235/1972, o Regimento Interno do CARF, Anexo II, Título II, disciplina, em seu Capítulo II, o procedimento a ser observado no julgamento de recursos e, em seu Capítulo III, os procedimentos a serem observados após a realização do julgamento de recursos, procedimentos estes de natureza meramente administrativa, para fins de formalização e registro da decisão tomada pela Turma na sessão pública de julgamento.

Com isso, para fins de determinação da primeira decisão proferida no processo, deve-se considerar a data de julgamento e não a data de formalização do julgado, pois o julgamento se efetiva na sessão pública, sendo os atos posteriores atos de natureza administrativa, para fins de formalização do julgado, desprovidos de natureza judicante.

NULIDADE DA SEGUNDA DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO, POR TER SIDO PROFERIDA POR AUTORIDADE INCOMPETENTE.

ARTIGO 59, INCISO II, DO DECRETO Nº 70.235/1972. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, ALÍNEA A, DA LEI Nº 4.717/1965. ARTIGO 25, INCISO II, PARÁGRAFOS 1º A 5º, DO DECRETO Nº 70.235/1972. ARTIGOS 49, PARÁGRAFO 5º E 6º, 65 E 66 DO RICARF. ARTIGO 494, DO NCPC.

Após o julgamento de Recursos de Ofício e Voluntário, esgota-se a competência da Turma para fazer qualquer alteração do julgado, salvo a oposição de embargos de declaração e/ou inominados, não havendo que se falar em competência de outra Turma para realizar novo julgamento desses mesmos recursos, o que só ocorreu em razão de lapso manifesto, devendo ser reconhecida a nulidade da segunda decisão proferida por ter sido proferida por autoridade incompetente, com base no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento aos Embargos Inominados opostos, para saneamento deste processo administrativo, pelo reconhecimento da nulidade da segunda decisão proferida, a Resolução nº 3302-000.444, com fundamento no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, e pelo reconhecimento da higidez e validade da primeira decisão proferida, Acórdão nº 3401-000.522, esclarecendo-se, para fins do artigo 59, parágrafo 2º, do Decreto nº 70.235/1972, que deve o presente processo retomar sua marcha, com a realização da ciência das partes acerca do Acórdão nº 3401-000.522 e desta decisão, que integra a primeira, para, querendo, apresentarem recursos.

ROSALDO TREVISAN - Presidente.

AUGUSTO FIEL JORGE D' OLIVEIRA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosaldo Trevisan (Presidente), Robson José Bayerl, Augusto Fiel Jorge d' Oliveira, Mara Cristina Sifuentes, Tiago Guerra Machado, Fenelon Moscoso de Almeida, Renato Vieira de Ávila e Leonardo Ogassawara de Araújo Branco.

Relatório

Trata-se de embargos inominados opostos por Conselheiro em 20/02/2017, com fundamento no artigo 66 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, em razão da verificação, pelo Conselheiro, de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto.

De início, aproveito a síntese do ocorrido no processo administrativo em questão, elaborada pelo Conselheiro, em seus embargos, da seguinte forma:

"O presente processo originou-se da lavratura de auto de infração (fls. 1.121 a 1.185) em que se exigiram parcelas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e demais acréscimos legais, inclusive multas qualificadas, em razão da apuração pela Fiscalização das seguintes infrações: (i) emissão de notas fiscais com o imposto lançado a menor, (ii) compensações de débitos do IPI com apólices da dívida pública apenas contabilizadas, mas não declaradas, (iii) declaração indevida de débitos com exigibilidade suspensa, (iv) ausência de declaração de parcelas do imposto devido; e (v) omissão de receitas.

Referido auto de infração veio a ser objeto de impugnação (fls. 1.218 a 1.249), tendo a DRJ Juiz de Fora/MG decidido por dar-lhe provimento parcial, excluindo-se do lançamento original as parcelas do imposto que se encontravam devidamente declaradas em DCTF, decorrendo daí a interposição de Recurso de Ofício por parte da autoridade julgadora (fls. 1.267 a 1.281).

Cientificado da decisão de 1ª instância, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1.284 a 1.303), tendo a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, por meio do Acórdão nº 3401-000.522, de 3 de dezembro de 2009, negado provimento ao Recurso de Ofício e dado provimento parcial ao Recurso Voluntário, para "afastar o agravamento referente à compensação com títulos da dívida pública", conforme constou da ata de julgamento.

Contudo, por razões que se desconhecem, referido acórdão não foi formalizado, tendo sido o processo, em 20 de janeiro de 2011, enviado à repartição de origem a pedido da autoridade administrativa (fls. 1.425 a 1.426) e devolvido ao CARF em 4 de fevereiro de 2011 (fl. 1.428).

Em 20 de maio de 2011, a repartição de origem requisitou mais uma vez o envio do processo (fls. 1.429 a 1.430) para fins de análise de alegações do contribuinte acerca de cobrança de débitos em duplicidade, sendo então operacionalizada a exclusão dos débitos de IPI que já havia sido determinada no acórdão da DRJ Juiz de Fora/MG (fls. 1.432 a 1.434).

Em 16 de junho de 2011, o processo retornou ao CARF (fl. 1.457), sendo então digitalizado e, conforme se verifica do despacho de fl. 1.458, enviado, equivocadamente, para inclusão em pauta.

Em 16 de outubro de 2014, por meio da Resolução nº 3302-000.444 (fls. 1.463 a 1.468), a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF resolveu declinar da competência em favor da 1ª Seção de Julgamento, em razão do fato de se tratar de lançamento reflexo de infrações à legislação do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), com base no art. 2º do Anexo II do então vigente Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, que assim dispunha:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...) IV - demais tributos, quando procedimentos conexos, decorrentes ou reflexos, assim compreendidos os referentes às exigências que estejam lastreadas em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação pertinente à tributação do IRPJ; (g. n.)

Em 15 de maio de 2016, a Procuradoria da República no Município de São João de Meriti/RJ solicitou o envio de informações acerca deste processo assim que julgado o recurso interposto pelo contribuinte (fl. 1.473).

Sobrevindo a informação de que, em verdade, o Recurso Voluntário e o Recurso de Ofício já haviam sido julgados em 3 de dezembro de 2009, anteriormente, portanto, à prolação da referida Resolução, o Presidente da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento do CARF, tendo-se em conta que o relator originário não mais integrava o Colegiado, designou, com fundamento no art. 17, inciso III, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, o Conselheiro Hércio Lafetá Reis para formalizar o referido acórdão, até então estranho aos autos (fl. 1.475).

O Acórdão nº 3401-000.522 encontra-se formalizado às fls. 1.476 a 1.485".

Em seu recurso, o Embargante tece considerações a respeito das infrações constatadas no curso de uma única fiscalização que deu origem tanto ao lançamento de IPI discutido no presente processo administrativo (de nº 15563.000308/2006-51) quanto ao lançamento de IRPJ discutido no processo administrativo nº 15563.000306/2006-61 para, em seguida, afirmar que *"por se tratar de exigência do IPI lastreada em fatos cuja apuração serviu para configurar a prática de infração à legislação do IRPJ, nos termos do art. 2º, inciso IV, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, vigente à época da lavratura do Acórdão nº 3401-000.522, de 3 de dezembro de 2009, a decisão que se mostra mais acertada, a priori, é aquela tomada na referida Resolução"*. (grifos nossos)

Porém, pondera o Embargante que *"considerando a forma como os fatos processuais se deram, constata-se a ocorrência de infração a regras processuais e regimentais a reclamar por saneamento, dada a prolação de duas decisões distintas decorrentes de um mesmo recurso voluntário e de um mesmo recurso de ofício"*.

Diante disso, o Embargante apresenta os Embargos Inominados *"para que o Colegiado decida, preliminarmente, acerca da anulação do Acórdão nº 3401-000.522, com a prolação de nova decisão em conformidade com as regras processuais e regimentais, tendo-se em conta a realidade fática dos autos"*. (grifos nossos)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Augusto Fiel Jorge d' Oliveira

Como se verifica, os recursos de ofício e voluntário foram apreciados duas vezes e, ainda, por órgãos julgadores distintos, a primeira em 03/12/2009, por esta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara (Acórdão nº 3401-000.522), e a segunda em 16/10/2014, pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção (Resolução nº 3302-000.444).

Além dessa questão, os Embargos Inominados opostos suscitam uma potencial incompetência desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, para a prolação do Acórdão nº 3401-000.522, em 03/12/2009.

Essas, portanto, as duas questões a serem examinadas a seguir.

A doutrina elenca cinco elementos, também chamados de requisitos ou pressupostos, para formação e validade do ato administrativo, dentre eles, a existência de um agente capaz para a prática do ato, sob pena de restar caracterizado o defeito ou vício de incompetência do ato administrativo.

A Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea a, define o vício de incompetência, nos seguintes termos: "*a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou*".

Sobre esse elemento, a doutrina de Alexandre dos Santos Aragão ensina que a competência não deve estar necessariamente na Lei, mas deve estar contemplada no ordenamento jurídico, a partir de uma visão mais atual do princípio da legalidade, que se traduziria no princípio da juridicidade. Nesse sentido, a respeito do elemento agente capaz, "*o ato deve ser praticado por pessoa física à qual a lei, explícita ou implicitamente, atribua poder para a sua prática*"¹. (grifos nossos)

E, na hipótese de algum defeito ou vício nesse elemento, a consequência é a nulidade do ato administrativo praticado, pois, como explica Themístocles Brandão Cavalcanti "*será assim capaz, a autoridade que tiver competência para a prática do assunto, sendo nulo o ato praticado por aquele que não tem competência e, portanto, capacidade legal para a prática do ato*"².

No âmbito do processo administrativo federal, o artigo 25, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, prevê a competência do CARF, nos seguintes termos: "*Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: (...) II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial*".

¹ Aragão, Alexandre dos Santos. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Forense. 2012. p. 148.

² Cavalcanti, Themístocles Brandão. "Teoria dos atos administrativos. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 66-67.

Como adverte Athos Gusmão Carneiro³, *"nos órgãos colegiados, surge o problema da competência interna. Os Tribunais de Justiça são fracionados em "Câmaras"; os Tribunais Regionais Federais, em "Turmas"; uma apelação, um agravo serão distribuídos a uma dessas Câmaras ou Turmas, que se tornará competente para apreciar o recurso"*. Há ainda a competência do relator para determinados atos, pois, como observa o ilustre doutrinador, *"na câmara ou turma, um de seus desembargadores será sorteado como relator, e exercerá as atribuições que, em razão da função, cabem ao relator"*.

Assim, nos termos do artigo 25, inciso II, parágrafos 1º a 5º, do Decreto nº 70.235/1972, o CARF é dividido em Seções, especializadas por matéria, e constituídos por Câmaras que, por sua vez, são divididas em Turmas de Julgamento, seguindo o disposto no artigo 37 do Decreto nº 70.235/1972, *"Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno"*.

Por sua vez, o Regimento Interno do CARF prevê, em seu artigo 49, parágrafo 5º e 6º, que a distribuição e julgamento de determinado processo por um Conselheiro, torna ele e a própria Turma preventos para julgamento de eventuais demandas adicionais no âmbito daquela instância de julgamento. Assim, processos que retornem de diligência ou que tenham embargos de declaração opostos serão distribuídos ao mesmo relator, independentemente de sorteio.

Além disso, o artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, determina que são nulos *"os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente"*.

Sobre o tema, destaque-se ainda que, uma vez praticado o ato jurisdicional e prolatada uma decisão, ou seja, uma vez exercida a competência, diz-se que há um esgotamento da competência pelo órgão julgante, não sendo lícito alterar o decisão, salvo nas hipóteses previstas no artigo 494, do CPC, *in verbis: "Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração"*.

Do mesmo modo, no processo administrativo fiscal, o Regimento Interno do CARF prevê em seus artigos 65 e 66 a oposição de embargos de declaração e embargos inominados, respectivamente, para que o mesmo órgão julgador corrija a decisão por ele proferida, na hipótese de *"omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma"* ou *"inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão"*.

No presente caso, a primeira questão a ser enfrentada diz respeito a existência de duas decisões, de órgãos julgadores distintos de uma mesma instância administrativa para a apreciação dos Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos. A primeira decisão foi proferida em 03/12/2009, por esta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara e deu origem ao Acórdão nº 3401-000.522. A segunda decisão foi proferida em 16/10/2014 pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção e deu origem à Resolução nº 3302-000.444.

Acrescente-se ainda as datas de formalização de cada decisão. A segunda decisão teve a formalização contemporânea à data de julgamento, sendo a primeira a ser acostada aos autos, às fls. 1463 e seguintes. Já a primeira decisão que foi proferida, por motivos que se desconhece, só foi formalizada agora, em 2017, como se verifica pelo despacho de designação de Conselheiro "ad hoc" de fls. 1476 e pela própria decisão, acostada às fls. 1476 e seguintes.

³ Carneiro, Athos Gusmão. "Jurisdição e Competência". Ed. Saraiva. São Paulo. 2005. 14ª Edição. p. 94-95.

O Regimento Interno do CARF, Anexo II, em seu Título II, que trata "Do Procedimento", é dividido nos seguintes capítulos: **(i)** Capítulo I, da distribuição e sorteio; **(ii)** Capítulo II, do julgamento; **(iii)** Capítulo III, das decisões colegiadas; **(iv)** Capítulo IV, dos recursos; **(v)** Capítulo V, das súmulas; **(vi)** Capítulo VI, das resoluções do Pleno da CSRF; e **(vii)** Capítulo VII, das disposições gerais.

Dessa forma, o Capítulo II trata do procedimento a ser observado no julgamento, como número de reuniões e sessões a serem realizadas por ano, quorum para deliberação das turmas, informações a serem indicadas na pauta de julgamento, ordem de julgamento dos recursos, rito a ser observado no julgamento de cada recurso, registro do julgamento em ata de sessão etc. Já o Capítulo III trata de procedimentos a serem observados após a realização do julgamento, procedimentos estes de natureza meramente administrativa, para fins de formalização e registro da decisão tomada pela Turma na sessão pública de julgamento, tais como as informações que devem constar em acórdãos e resoluções, prazo para formalização de decisão, procedimentos de ciência das partes acerca das decisões, prazo para formalização de declarações de voto, ficando o detalhamento de tais procedimentos administrativos a cargo do Presidente do CARF que, nos termos do artigo 63, parágrafo 9º, Anexo II, do RICARF, "*disciplinará a formalização das decisões, as peças integrantes e as assinaturas, bem como o programa gerador de decisões*".

De forma ordinária, as Turmas de Julgamento realizam a reunião mensal seguindo os procedimentos previstos no Capítulo II e, logo em seguida, nas semanas seguintes ao julgamento dos recursos, os integrantes da Turma praticam as providências administrativas previstas no Capítulo III, para fins de formalização do que anteriormente restou decidido.

No caso ora examinado a prática de tais procedimentos relativos ao Acórdão nº 3401-000.522 foi separada por longo período de tempo - mais de 7 (sete) anos, o que levou a uma indevida inclusão em pauta para julgamento de recursos já julgados, com a prolação da Resolução nº 3302-000.444.

De qualquer maneira, a formalização do Acórdão nº 3401-000.522 somente em 2017, portanto, após o julgamento e formalização da Resolução nº 3302-000.444 não altera a realidade, no sentido de que o processo foi efetivamente julgado em 2009, tendo em vista que o julgamento se efetiva na sessão pública, sendo os atos posteriores atos de natureza administrativa, para fins de formalização do julgado, desprovido de natureza judicante.

Dessa maneira, uma vez decididos os Recursos de Ofício e Voluntário no ano de 2009 por esta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Terceira Seção do CARF, esgotou-se a competência da Turma para fazer qualquer alteração do julgado, salvo a oposição de embargos de declaração e/ou inominados, não havendo que se falar, com muito mais razão, em competência da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção para realizar novo julgamento em 2014, por ocasião da lavratura da Resolução nº 3302-000.444, o que só ocorreu em razão de lapso manifesto - o não conhecimento de que já existia decisão sobre os recursos interpostos, devidamente registrada em Ata de Julgamento -, justamente hipótese para cabimento dos Embargos Inominados interpostos.

Assim, tendo em conta a incompetência da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta Seção para decidir a respeito dos recursos de ofício e voluntário interpostos, pela lavratura, da Resolução nº 3302-000.444, deve ser reconhecida a nulidade dessa segunda decisão proferida, com base no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Contudo, os Embargos Inominados opostos vão além e suscitam uma potencial incompetência desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, para a prolação da primeira decisão existente nos autos, o Acórdão nº 3401-000.522, de 03/12/2009.

De plano, verifica-se que não se trata de matéria a ser revisitada pela oposição de Embargos Inominados, pois o julgamento lá ocorrido não se deu, a partir de lapso manifesto, tal como ocorreu em 2014, com a prolação da Resolução nº 3302-000.444. Isso porque, se a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara não tinha competência para a prolação do Acórdão nº 3401-000.522, tal fato não decorre de lapso manifesto, mas de erro de julgamento, que deve ser desafiado, *a priori*, por oposição de Embargos de Declaração ou Recurso Especial, esteja o entendimento em sentido oposto firmado de forma expressa ou não.

Apesar disso, em razão da matéria alegada - nulidade da decisão por incompetência - até seria possível o seu conhecimento, por ter sido levantada em Embargos Inominados, tendo em vista que poderia ser conhecida até mesmo de ofício. Contudo, não é possível ingressar em tal exame, pois não há nos autos cópia do processo administrativo nº 15563.000306/2006-61, mencionado nos Embargos Inominados, e que trata de lançamento de IRPJ.

Dessa forma, deixo de apreciar a matéria nesta ocasião, sem prejuízo de a Turma vir a apreciá-la no futuro, caso levantada em Embargos de Declaração, seja pelo contribuinte, seja pela Fazenda Nacional, seja por Conselheiro, não havendo que se falar em nulidade do Acórdão nº 3401-000.522.

Por todo o exposto, proponho ao Colegiado conhecer e dar provimento aos Embargos Inominados opostos, para saneamento deste processo administrativo, pelo reconhecimento da nulidade da segunda decisão proferida, a Resolução nº 3302-000.444, com fundamento no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, e pelo reconhecimento da higidez e validade da primeira decisão proferida, Acórdão nº 3401-000.522, esclarecendo-se, para fins do artigo 59, parágrafo 2º, do Decreto nº 70.235/1972, que deve o presente processo retomar sua marcha, com a realização da ciência das partes acerca do Acórdão nº 3401-000.522 e desta decisão, que integra a primeira, para, querendo, apresentarem recursos.

É como voto.

Augusto Fiel Jorge d' Oliveira - Relator