

Carf precisa se



tirá-lo do caminho do brejo

“Um país não vai para o brejo de um momento para o

outro (...). Um país vai para o brejo aos poucos, construindo a sua desgraça ponto por ponto, um tanto de corrupção aqui, um tanto de demagogia ali, safadeza e impunidade de mãos dadas. Há sinais constantes de perigo, há abundantes evidências de crime por toda parte, mas a sociedade dá de ombros, vencida pela inércia e pela audácia dos canalhas.”^[1]

Cora Rónai

Esse é o preciso retrato do Brasil de hoje, um país que podia ter dado certo, mas está a caminho do brejo.

Lamentavelmente, no nosso microcosmo tributário, temos a nítida impressão de que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), órgão julgador de fundamental importância para Fisco e contribuintes, tal como o Brasil, vem já há algum tempo trilhando o caminho do brejo.

O primeiro passo em direção ao brejo deu-se no plano simbólico: a mudança, ocorrida em 2008, da denominação do órgão de julgamento de Conselho de Contribuintes, designação tradicional, que vigorava desde sua criação em 1924, absolutamente consentânea com sua natureza de órgão paritário, para Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Os contribuintes perderam sua casa, que passou a ser morada asséptica dos recursos fiscais.

O segundo passo deu-se a partir do momento em que o Fisco desgarrou-se das leis e passou a autuar os contribuintes com base em sua opinião, como argutamente anotou o ex-conselheiro Gileno Barreto:

*“Empresas sabem que podem ser multadas em valores estratosféricos, por interpretações absolutamente surreais do Fisco. Sim, no Brasil se autua “em tese”, o **Fisco tem opinião**, não está apenas vinculado à lei (não que isso tenha sido escrito pelo legislador em algum momento), com seria usual em países mais avançados”*^[2].

As autuações dos ditos planejamentos tributários, que tolhem e sancionam o direito de auto-organização dos particulares proliferaram nos últimos anos de uma forma assombrosa. Nada, nenhuma economia



fiscal, passa incólume às mais severas acusações de simulação e fraude e à aplicação implacável de multas estratosféricas, invariavelmente acompanhadas de representações penais. São autuações de opinião do Fisco, autuações que dizem como deveriam ser as operações praticadas na sua vontade, e não como permite a lei. O recente “caso Guga”, fartamente noticiado na mídia, é um exemplo frisante de como o Fisco tem insistido em negar o direito de liberdade de organização dos particulares com nítidos propósitos arrecadatários. Como bem disse o advogado João Manuel Calonge Mendez em matéria publicada no *Valor Econômico* do dia 20/12:

“A impressão que se tem é que se não existisse lucro presumido e a empresa de Guga tivesse apurado os tributos pela sistemática de lucro real, com uma carga tributária provavelmente maior do que aquela que seria suportado pela pessoa física, jamais teria havido o questionamento por parte do Fisco”.

A falta de regulamentação da — a nosso ver inconstitucional — norma geral antielisiva conduziu à generalização da tributação dos motivos, e não dos fatos geradores. Toda e qualquer consequência tributária potencialmente positiva para o particular é revertida e sancionada por autuações apoiadas em termos de verificação fiscal recheados de ideologia e carentes de juridicidade suficiente para subsumir os fatos às normas de tributação.

Esse foi um grande passo em direção ao brejo, porque, como também dizia o ex-conselheiro Gileno Barreto em seu oportuno artigo, os contribuintes confiavam no Carf como instância técnica que iria proteger-lhes do arbítrio dessas autuações que se transformaram em verdadeiros autos de fé contra o direito de planejar dos particulares. Mas essa instância técnica passou a incomodar, porque não compactuava com arbítrios e, para piorar, o Carf acabou sendo vitimado por um câncer letal, o câncer que assola o Brasil: a corrupção.

Com efeito, o terceiro e decisivo passo largo a caminho do brejo pode-se identificar nos esquemas de favorecimento desmascarados pela operação zelotes. Um órgão contaminado por esquemas de corrupção dificilmente sobrevive ao trauma. Uma lástima, porque os contribuintes corretos pagaram o preço dos malfeitos de poucos e começaram a perder o que haviam conquistado.

Passada a tormenta da operação zelotes, veio a reabertura do Carf, mas, infelizmente, não se conseguiu desviar do caminho para o brejo.

Ao contrário, o quarto passo em direção ao brejo foi dado com a decisão do Conselho Federal da OAB de decretar a incompatibilidade do exercício da advocacia simultaneamente à função de conselheiro representante dos contribuintes no Carf, especialmente em virtude de ter sido instituída uma remuneração de presença. Ao impor a incompatibilidade, proibição absoluta, em vez do impedimento, proibição relativa, a referida decisão criou enormes dificuldades para o preenchimento das vagas destinadas aos contribuintes (ao menos 22 ainda permanecem abertas nesta data), além de ter afastado do órgão advogados experientes, mais habilitados para julgar autuações mais complexas. Ou seja, a paridade foi irremediavelmente fragilizada pela restrição imposta pela OAB.

O quinto passo para o brejo é dado pelo desenfreado uso de um impróprio “voto de qualidade”, que se revela ser, na verdade, um duplo voto em favor do Fisco. Trata-se de expediente que permite que, nos casos de empate, isto é, nos casos de dúvida relevante, a Fazenda Nacional saia-se vencedora. Essa

medida fere de morte a confiança do particular na possibilidade de alguma vitória em suas pretensões e contraria o princípio do *in dubio contra fiscum*, consagrado no artigo 112 do CTN[3].

Tal prática, aliada a outras medidas de inegável proteção aos interesses do Fisco — como a aceitação pela CSRF de acórdão paradigma que nem sequer estava formalizado, quanto menos publicado —, tem conduzido a uma forte judicialização das discussões processuais do Carf, o que é inegavelmente prejudicial ao órgão e jamais havia ocorrido no passado. A questão da aceitação de paradigma inexistente, por exemplo, foi recentemente objeto de mandado de segurança (Processo 1009897-93.2016.4.01.3400) no qual o Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal reconheceu a irregularidade do recurso interposto pela Fazenda e suspendeu a exigibilidade dos créditos em discussão.

O sexto passo a caminho do brejo está sendo consumado pela reiterada paralisação dos julgamentos das câmaras como instrumento de pressão dos auditores fiscais para obtenção de reajuste salarial e protesto contra medidas legislativas que interferem na carreira. Não se discute aqui a justeza das pretensões dos auditores, mas não é razoável que desde outubro não haja julgamentos nas turmas do Carf. A suspensão dos julgamentos é prejudicial aos contribuintes, à Fazenda Nacional, aos profissionais da advocacia que militam no Carf e aos julgadores representantes dos contribuintes, impedidos de advogar e de receber suas remunerações de conselheiros[4].

Esse ambiente conturbado, juridicamente inseguro, que se tornou o dia a dia do contribuinte no contencioso tributário federal no Brasil foi precisamente retratado por Tadeu Puretz aqui na **ConJur**:

“A incerteza da jurisprudência, somada à aplicação de multas claramente confiscatórias, e a correção dos débitos através de uma das maiores taxas de juros do mundo, leva o contribuinte brasileiro a um verdadeiro paradoxo, inclusive nos casos em que há bom direito envolvido na discussão: ou enfrenta todos os desafios narrados nas linhas anteriores, suportando o risco do ônus financeiro das multas majoradas, da jurisprudência instável e do voto de qualidade a favor da Fazenda Nacional ou, simplesmente, adere a um dos regulares programas de parcelamento oferecidos pelo Governo Federal, aceitando suas imposições e evitando a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário”[5].

Talvez por isso que a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara tenha tido a ousadia de aprovar Projeto de Decreto Legislativo 55/2015, que susta os efeitos de disposições do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, e da Lei 8.748, de 9 de dezembro de 1983, que regulam o julgamento em segunda instância dos processos administrativos fiscais pelo Carf.

Por outras palavras, por decreto legislativo a Câmara federal quer extinguir o Carf, mandá-lo para o brejo, por julgá-lo pernicioso e despido de utilidade.

Tal medida é assombrosamente inconstitucional. Em primeiro lugar porque um decreto legislativo não pode sustar os efeitos do Decreto 70.235/1972, que, como se sabe, foi editado com base em competência delegada pelo Decreto-lei 822/1969, o que lhe conferiu *status* de lei ordinária. Tanto assim é que todas as providências que lhe alteraram revestem natureza de lei[6].

Em segundo lugar — e sem dúvida mais relevante — está a garantia constitucional do duplo grau, um

dos traços essenciais do processo administrativo no Direito brasileiro.

Com efeito, como ensina Alberto Xavier, “a jurisdicionalização do processo administrativo em geral, e em matéria tributária em especial, revela-se através de três traços essenciais: a *garantia do duplo grau*, o *princípio do contraditório*, como meio do exercício do direito de ampla defesa, e o *princípio do efeito vinculante para a Administração* das decisões finais nele proferidas”[\[7\]](#).

A garantia do duplo grau tem assento constitucional e, como também ensina o autor citado, “(...) resulta da referência do inciso LV do artigo 5º da Constituição aos ‘recursos’ inerentes à ampla defesa, recursos esses que se referem necessariamente à primeira decisão tomada em processo administrativo já instaurado, pois o processo administrativo não é, em si mesmo, um recurso. Por outras palavras: a garantia de recurso concedida no inciso LV do artigo 5º (e, portanto, do duplo grau) é uma garantia oferecida aos ‘litigantes’ e aos ‘acusados’, que respeita a um processo já instaurado com fundamento noutra garantia constitucional autônoma: o direito de petição consagrado no inciso XXXIV do mesmo artigo 5º”. E, prossegue Alberto Xavier, “em matéria tributária, a garantia do duplo grau pressupõe que o ato tributário primário, em que o lançamento se traduz, seja suscetível de revisão por dois atos tributários secundários proferidos: um, em primeira, e outro em segunda instância”[\[8\]](#).

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a existência de um direito irrestringível — no caso pretendia-se condicionar o acesso ao segundo grau a um depósito de 30% do valor das exigências tributárias e previdenciárias — de acesso à segunda instância administrativa, em acórdão doutrinário (RE 389.383), que conta com votos extremamente felizes dos então ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ayres de Britto, que confirmam o direito inarredável ao duplo grau no processo administrativo tributário.

Ou seja, a Constituição não permite de forma alguma que se mande o Carf para o brejo. Muito pelo contrário, a Constituição garante a existência de uma segunda instância, exige uma instância que julgue, em grau de recurso, o litígio administrativo, confirmando ou anulando o lançamento.

Por isso, há que se aprimorar o Carf. Novos passos podem ser dados para sair da rota do brejo. A OAB parece ter acordado para a relevância do órgão, como noticiou a **ConJur**[\[9\]](#). Se a extinção do Carf é constitucionalmente impossível e indesejada pelos operadores do Direito, já sua reforma é imperativa para restabelecer a paridade de armas entre Estado e contribuintes e recobrar a confiança desses no Carf como a melhor instância técnica em matéria tributária no Brasil.

Esta foi nossa última coluna de 2016. Gostaria de despedir-me com alegria, mas o ano de 2016, no apagar das luzes, deixou mais uma profunda cicatriz em nossa família. Lá se foi Maria Amélia, minha sogra, que sempre esteve ao nosso lado; matriarca de uma família espalhada pelo Brasil, manteve-nos unidos como uma linha de costura de amor, solidariedade e fé.

Nas suas derradeiras horas, só me lembrava da última frase pronunciada pelo poeta Ferreira Gullar: “Luciana, tudo isso é inútil. Me leva para Ipanema. Quero entrar no mar e ir embora”.



Chega um momento em que é inútil lutar contra o destino, todos têm a hora de partir.

Você partiu, mas nunca irá embora. Fica indelevelmente marcada em nossos corações, em nossa memória, em nossos filhos, seus netos, em nossas vidas.

Um bom Natal e um Ano-Novo pleno de realizações para os leitores da coluna.

[1] <http://oglobo.globo.com/cultura/a-caminho-do-brejo-20606929>

[2] <http://www.valor.com.br/legislacao/4803305/quem-interessa-extincao-do-carf>

[3] <http://www.conjur.com.br/2016-nov-23/consultor-tributario-consultas-publicas-receita-relatorio-decisoes-carf>

[4] Cfr. matéria publicada no *Valor Econômico* de 6/12/2016, intitulada *Greve e falta de julgadores afetam Carf*.

[5] <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/puretz-refis-velhas-inconsistencias-sistema-tributario>

[6] Para maiores desenvolvimentos cfr. o voto do ministro Ilmar Galvão na AMS 106.747-DF no extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

[7] Cfr. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*, 1ª ed., 2005, Ed. Forense, Rio de Janeiro, p. 127.

[8] Cfr. *op. cit.*, p. 127-128.

[9] <http://www.conjur.com.br/2016-dez-14/acabar-carf-inconstitucional-conselho-federal-oab>