



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10166.728841/2015-31
Recurso Embargos
Acórdão nº 1302-006.415 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2023
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado TELLUS INFORMÁTICA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2010, 2011

EMBARGOS INOMINADOS. LAPSO MANIFESTO NA CONDUÇÃO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. FALHA DE COMUNICAÇÃO. SILÊNCIO DA PARTE. DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não merecem ser acolhidos embargos inominados nos quais se argui vício na condução de julgamento no qual a parte, por falha de comunicação entre os setores administrativos, deixou de realizar sustentação oral, quando a parte, ciente do atendimento aos requisitos formais para a solicitação da sustentação, silencia e consente no prosseguimento do julgamento.

A não realização da sustentação oral nas mencionadas condições não implica em prejuízo ao direito de defesa da parte e não macula de nulidade a decisão embargada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos inominados opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, e, no mérito, em rejeitá-los por ausência do vício alegado, mantendo incólume a decisão embargada, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Sérgio Magalhães Lima, Flávio Machado Vilhena Dias, Marcelo Oliveira, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Ailton Neves da Silva (suplente convocado), Helder Jorge dos Santos Pereira Júnior e Paulo Henrique Silva Figueiredo.

Fl. 2 do Acórdão n.º 1302-006.415 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10166.728841/2015-31

Relatório

Trata-se de **embargos inominados** (fls. 8.334/8.336) opostos pela FAZENDA NACIONAL contra o Acórdão nº 1302-005.733 (fls. 8.318/8.332), proferido em sessão de julgamento realizada em 15 de setembro de 2021, por meio do qual a 2ª Turma Ordinária da Terceira Câmara da Primeira Seção do CARF prolatou a seguinte decisão:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário da pessoa jurídica autuada, e, quanto à parte conhecida, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, por maioria de votos, em dar provimento aos Recursos Voluntários, para cancelar integralmente o lançamento tributário, vencidos os conselheiros Andréia Lucia Machado Mourão, Marcelo Cuba Netto e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por negar provimento aos recursos. Ante o resultado do julgamento dos recursos voluntários, ficou prejudicado o julgamento do Recurso de Ofício.

No julgado, foi adotada a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Ano-calendário: 2010, 2011

SIMULAÇÃO. EMPREGO DE SCP PARA PRETENSA SEGREGAÇÃO DE RECEITAS. EMPRESAS PARTICIPANTES CONSIDERADAS EXISTENTES PELO PRÓPRIO FISCO.

É impossível sustentar e convalidar a base de toda a acusação fiscal, atinente à constituição fraudulenta de SCP para segregação de receitas, quando a própria Autoridade Fiscal (ainda que por meio de outro agente) se pronuncia pela existência formal das empresas participantes (sócias ocultas) tidas e havidas como fictícias ou de papel.

Com a ciência da decisão a PGFN opôs os embargos (fls. 8.334/8.338), com fundamento no art. 66, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, arguindo **erro na condução do julgamento que teria resultado em prejuízo ao seu direito de defesa**. Estes são os termos da petição, com destaques do original:

A **UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)**, com fundamento no artigo 66, Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, vem, tempestivamente, opor **EMBARGOS** em face do acórdão nº 1302-005.733, **em função de erro na condução do julgamento que resultou em cerceamento ao direito de defesa da fazenda nacional** e ocasionou grave prejuízo do fisco, conforme se demonstrará a seguir:

O processo nº 10166.728841/2015-31 foi apregoadado no início da sessão da tarde de 15 de setembro de 2021, ingressaram na sala de reunião o Procurador da Fazenda Nacional com assento na 2ª Turma da 3ª Câmara da Primeira Seção do CARF naquele dia, o Dr. Rodrigo Moreira Lopes e o patrono do contribuinte. Após a leitura do relatório e a realização de sustentação oral pelo patrono do contribuinte o Dr. Rodrigo Moreira Lopes manifestou a intenção de realizar sustentação oral, **conforme havia sido previamente comunicado ao CARF pelo e envio do formulário próprio**. Neste momento o Presidente da Turma informou ao representante da Procuradoria da Fazenda que a turma não teria recebido o formulário de sustentação da Fazenda Nacional e que

por esta razão não seria dada a palavra à Procuradoria. O Dr. Rodrigo Moreira Lopes informou que acreditava que a solicitação havia sido enviada e que iria verificar a situação (na gravação da sessão disponibilizada vê-se que tal fato ocorreu no momento 5:00:54 da gravação do dia 15/09/2021).

O presidente da Câmara prosseguiu com o julgamento, e o relator iniciou a leitura do voto (momento 5:01:25 da gravação). Nos minutos que se seguiram o Dr. Rodrigo Moreira Lopes recuperou o e-mail de confirmação de recebimento do pedido de sustentação e tão logo o fez, solicitou a palavra, fazendo uso das ferramentas eletrônicas disponibilizadas pela plataforma na qual são realizadas as reuniões virtuais (conforme se verifica no momento 5:02:55 da gravação), sendo ignorado pelo presidente da Turma (no momento 5:03:11 da gravação é possível ver o pedido da palavra da procuradoria sendo apagado). O presidente da Turma não mais oportunizou à PGFN o uso da palavra durante o julgamento do processo nº10166.728841/2015-31, em inaceitável restrição ao direito de defesa do fisco.

Como se constata dos fatos narrados acima uma série de equívocos e falhas acabou por impedir o regular direito de defesa da Fazenda Nacional. O pedido de sustentação protocolado pela PGFN não foi corretamente enviado à presidência da Turma, durante o julgamento o presidente da Turma não possibilitou à Procuradoria o esclarecimento da situação, cassando a palavra da Fazenda Nacional e limitando ilegalmente a defesa da união.

Registra-se, por fim, que a despeito de a procuradoria cumprir as orientações do CARF para organização das sessões, enviando os pedidos de sustentação oral conforme acordado com este tribunal, ressaltamos que entende a PGFN que, tendo os Procuradores da Fazenda Nacional assento no Tribunal, qualquer Procurador da Fazenda que esteja presente nas sessões virtuais de julgamento pode solicitar verbalmente a realização de sustentação, como ocorria nas sessões presenciais, independente do envio prévio de requerimento.

A sucessão de erros administrativos acima narrados, resultou em situação de preterição do direito de defesa da Fazenda Nacional, entendendo a PGFN que deve ser declarado nulo o julgamento em questão, em observância ao disposto no inciso II do art. 59 de Decreto-lei nº 70.235/1972.

III – PEDIDO

Diante do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer que os presentes embargos sejam recebidos e provimos, declarando-se nulo o julgamento em questão em razão do flagrante cerceamento ao direito de defesa da Fazenda Nacional.

A referida peça foi objeto do Despacho de Admissibilidade de fls. 8350/8356, por meio do qual os embargos inominados foram admitidos, para que o Colegiado se manifeste acerca da existência do lapso manifesto e, conseqüentemente, de eventual nulidade da decisão embargada.

O processo foi devolvido ao relator original, Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca. Contudo, ante a transferência daquele Conselheiro para a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, houve nova redistribuição, por sorteio, a este relator.

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 1302-006.415 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 10166.728841/2015-31

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS

No Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, estão previstos, em relação às decisões proferidas pelos colegiados do CARF, os seguintes recursos:

(i) Embargos de Declaração - “quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma”;

(ii) Recurso Especial - “contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial” ou a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF);

(iii) Agravo – “do despacho que negar seguimento, total ou parcial, ao recurso especial”.

Além disso, prevê-se no art. 66 do RI/CARF que as “alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão”.

A partir do exposto, observa-se que o vício apontado nos Embargos sob análise, “**erro na condução do julgamento**” não se enquadraria na literalidade das hipóteses previstas para os recursos acima discriminados.

Não obstante, como registrado no Despacho de Admissibilidade de fls. 8.350/8.356, a alegação de que o erro procedimental na condução do julgamento implicou “**cerceamento ao direito de defesa da fazenda nacional**” impõe a necessidade de análise detalhada, por parte do Colegiado, da ocorrência de tal vício, que é causa de nulidade, conforme art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 1972, e atrai o dever de autotutela dos atos administrativos, consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e previsto no art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999.

Além disso, a falta de previsão de recurso específico, no Decreto nº 70.235, de 1972, e no RI/CARF, para situações semelhantes às alegadas pela Embargante, não pode, de plano, erigir-se em óbice intransponível ao reconhecimento da nulidade do ato praticado, caso existente, em atenção, inclusive a outros princípios informadores do processo administrativo fiscal, como o formalismo moderado, e do processo civil, como a instrumentalidade das formas.

Neste sentido, o fato alegado, na análise sumária própria do juízo de admissibilidade, pode ser enquadrado como “lapso manifesto”, não no conteúdo da decisão embargada, mas no procedimento que a produziu, de modo a justificar a oposição dos embargos inominados e permitir a correção do eventual vício.

Em acréscimo, tratando-se de Embargos Inominados, estes podem ser opostos a qualquer tempo, desde que a decisão embargada não tenha sido substituída por decisão de órgão superior, e enquanto não ocorrida a decadência ou a prescrição. Assim, o único pressuposto preliminar que gera o não conhecimento dos Embargos Inominados é a ilegitimidade do Embargante. Nesse particular, os legitimados para oposição de Embargos Inominados são os mesmos autorizados à oposição dos Embargos de Declaração, conforme art. 66, caput, do Anexo II, do RI/CARF, dentre os quais se incluem os Procuradores da Fazenda Nacional (art. 65, §1º, inciso III, do RI/CARF).

Assim, os embargos preenchem os requisitos de admissibilidade e merecem ser conhecidos.

2 DO VÍCIO ALEGADO

Quanto ao vício alegado, pede-se vênia para repetir aqui o relato feito por este Conselheiro (na condição de presidente da Turma Julgadora), no Despacho de Admissibilidade já mencionado.

A Embargante especifica que, previamente à sessão de julgamento por esta Turma Julgadora do recurso voluntário interposto nos presentes autos, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) comunicou ao CARF, pelo envio de formulário próprio, como é exigido no caso de sessões virtuais, sua intenção de realizar sustentação oral. Assim, no momento do início da sessão de julgamento do processo, na parte da tarde do dia 15 de setembro de 2021, o então Procurador com assento na sessão manifestou à presidência da turma a intenção de realizar a sustentação oral, mas foi informado que o Colegiado não teria recebido o formulário de sustentação oral, sem o qual não seria possível realizá-la. Aduz, ainda, que no curso do julgamento, ainda quando o relator lia o voto, o então representante da PGFN resgatou os e-mails de comunicação que confirmariam o envio e o recebimento do formulário pelo CARF, mas já não lhe fora mais concedida a oportunidade de realizar a sustentação oral, proferindo-se o julgamento do processo. Conclui a Embargante que o presidente da turma ignorou solicitação de uso da palavra pelo Sr. Procurador da Fazenda Nacional feita no início da leitura do voto deixando de oportunizar o direito à manifestação da PGFN no decorrer do julgamento, incorrendo em erro na condução do julgamento. Afirmo que

A Embargante instrui a petição colacionando a tela do email enviado ao setor competente do CARF – sustentacaooral.cosup@carf.economia.gov.br – da qual consta, dentre outras, as seguintes informações:

De: Rogeria Quintal-rogeria.quintal@pgfn.gov.br

Date: qui., 9 de set. de 2021 às 11:33

Subject: Re: formulário de submissão

To: sustentacaooral.cosup@carf.economia.gov.br

Prezado(as) confirmo recebimento

Muito obrigada

Em 9 de set. de 2021 às 10:39 sustentacaooral.cosup@carf.economia.gov.br escreveu:

Prezado Patrono

Confirmado o recebimento de solicitação de sustentação oral ou acompanhamento. Favor seguir rigorosamente as orientações do documento anexado a essa mensagem para ter acesso à sala de espera da sessão de Julgamento

A convocação se dará verbalmente e o link da sala de julgamento será enviado por meio do chat da ferramenta Teams, **sendo autorizada a participação apenas do patrono designado no formulário recebido**

Antes de entrar na sala é necessário configurar a identificação do participante com o **nº do item da pauta e nome do patrono**, conforme orientação anexada.

Para melhor desempenho realizar o download do aplicativo Teams ou abrir o endereço da sala de espera no navegador Microsoft Edge. Antes entrar na sala de espera, confirme se está na turma correta.

O endereço da **sala** de espera é

[https://tearasmicrosoft.com/Vmeetoklain/19%3ameeliMWrikriI\)IniOnNmIlljOTkw9640thread.v2/0?context=967b967271d%22963a%22b197s70b-69de-4253-a77f-c3dic4c42f1396.22962c96220d31,22%3a%\)28b4Orbfia-1b64-49e2-5d75-5260dec39131a3%22%7d](https://tearasmicrosoft.com/Vmeetoklain/19%3ameeliMWrikriI)IniOnNmIlljOTkw9640thread.v2/0?context=967b967271d%22963a%22b197s70b-69de-4253-a77f-c3dic4c42f1396.22962c96220d31,22%3a%)28b4Orbfia-1b64-49e2-5d75-5260dec39131a3%22%7d)

Com a pretensão de confirmar que efetivamente a PGFN preencheu e encaminhou corretamente ao CARF o formulário de pedido de sustentação oral, como afirma-se na petição de embargos e consta da transcrição das correspondências eletrônicas acima, encaminhou-se email ao setor competente do CARF, a Divisão de Apoio ao Julgamento (DIAJU), que confirmou que houve a solicitação prévia, feita, correta e tempestivamente, pela PGFN. Mas também confirmou-se que a solicitação para sustentação oral pela PGFN, na mencionada sessão de julgamento, não constou da relação que a DIAJU encaminhou ao presidente da Turma.

Assim, é de se admitir que houve equívoco, efetivamente, no presente caso, decorrente de falha de comunicação interna no âmbito do CARF. Mas, de forma alguma, houve equívoco na condução do julgamento, como alegado nos Embargos.

A análise do vídeo da sessão de julgamento do presente processo, bem como a transcrição do áudio da sessão, comprovam que os fatos não ocorreram da forma como a Embargante expõe.

O vídeo com a gravação da sessão de julgamento do presente processo ocorrida na data de 15/09/2021, na parte da tarde, pode ser visualizado no link: https://www.youtube.com/watch?v=o9up_AdAXIA

No referido vídeo, verifica-se que a situação ocorreu da seguinte forma:

- às 4h:29m:14s do vídeo, a sessão de julgamento da tarde do dia 15/09/2021 é iniciada. O presidente abre a sessão informando que serão julgados primeiramente os processos para os quais havia pedidos de sustentação oral. Assim, informa que

será julgado, naquele momento, o item 60 da pauta, no qual havia pedido de sustentação oral por parte do patrono da Recorrente Tellus Informática. Autoriza, ainda, o ingresso na sala, assim que disponíveis, do Procurador da Fazenda Nacional e do patrono do contribuinte recorrente no processo constante do item 61 da pauta, em relação ao qual teria havido a solicitação para a realização de sustentação oral, por ambas as partes.

- às 4:30:52 o presidente autoriza que o relator, Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, inicie a leitura do relatório. Até este momento, não havia ingressado na sala de julgamento o representante da PGFN. Assim, o relator inicia a leitura do relatório.

- somente no momento 4:32:55, no curso da leitura do relatório, ocorre o ingresso na sala virtual do Sr. Procurador da Fazenda Nacional, Rodrigo Moreira Lopes, mas com a câmera fechada, que assim permanece até o momento 4:36:37, quando o procurador liga a câmera;

-às 4:43:35 do vídeo, o relator conclui a leitura do relatório.

- às 4:43:42 o presidente dá a palavra ao patrono da Contribuinte por até 15 minutos e no momento 5:00:48 do vídeo o patrono da Contribuinte conclui sua sustentação oral.

O presidente, então, pergunta ao Colegiado se há algum questionamento a ser feito ao patrono. Nesse momento – 5:00:53 - o procurador abre o microfone e fala. Segue-se o seguinte diálogo:

5:00:53 Procurador: “Presidente... (inaudível)”
5:00:54 Presidente: “Pois não!”
5:00:55 Procurador: “Posso?”
5:00:57 Presidente: “Oi?”
5:00:58 Procurador: “Não tinha indicação de sustentação oral para a Procuradoria?”
5:01:00 Presidente: “Só se assim... só se tivesse... é, é... preenchido os formulários, né?”
5:01:06 Procurador: “Não. Achei que teria enviado, presidente. Não, tudo bem.”
5:01:10 Presidente: “Se o senhor tiver certeza que enviou... (inaudível)”
5:01:12 Procurador: “Não, não. Se não foi enviado, é erro nosso.”
5:01:14 Presidente: “Não tem indicação, não, de sustentação.”
5:01:16 Procurador: “Tá, eu vou... vou verificar. Brigado! Desculpe, presidente!”
5:01:20 Presidente: “Tranquilo!”

O vídeo prossegue e demonstra que os fatos se seguiram da seguinte forma:

- às 5:01:21 o presidente passa a palavra ao relator para proferir o seu voto.

- quando o relator inicia a leitura do voto é o momento 5:01:36. O procurador está com o microfone fechado.

- às 5:02:55, quando já decorria a leitura do voto pelo relator, o procurador aciona o botão “levantar a mão”, mas, em seguida, no momento 5:03:10 do vídeo, o próprio procurador deliga o botão, apagando o sinal “levantar a mão”. **O sinal de “levantar a mão” ficou visível na tela por 15 segundos.**

O julgamento transcorre com a leitura do voto pelo relator, até os 5:43:35, sem qualquer tentativa de manifestação por parte do Procurador.

Apenas ao final do julgamento do processo subsequente da pauta, aos 6:44:55 do vídeo, o Procurador confirma que, de fato, teria havido o envio do formulário de solicitação de sustentação oral. Neste instante, o Procurador afirma que estaria efetuando o registro apenas para futuras sessões e esclarecimento, uma vez que, quanto ao processo anterior, “teria deixado para lá”, “para não atrapalhar a Turma”, já que “daria um trabalho muito grande”.

Estes são os fatos como ocorreram no curso da sessão de julgamento do presente processo, na tarde do dia 15 de setembro de 2021 e podem ser comprovados pelo vídeo. E deles decorre que não há qualquer fundamento em acusar a presidência da Turma de mal conduzir a sessão de julgamento.

A Embargante, sem qualquer razão, acusa a presidência da Turma de ter “ignorado” o sinal do Procurador da PGFN de “levantar a mão” – ferramenta disponibilizada pelo sistema de realização de sessão virtual que permite aos participantes solicitar a palavra. Como é possível checar no vídeo, o Procurador da PGFN aciona o sinal “levantar a mão” no momento 5:02:55 e, logo em seguida, no momento 5:03:10, o Procurador apaga o sinal. Entre um momento e outro, transcorreram-se **15 segundos!** É perfeitamente possível que, no decorrer desses ínfimo lapso de tempo, o presidente sequer estivesse olhando para a tela do computador. Poderia, como ocorre ordinariamente, estar acompanhando a leitura do voto do relator ou compulsando informações nos autos do processo que estava sendo julgado. O fato de o sinal de “levantar a mão” ter ficado na tela por irrisórios 15 segundos jamais poderia levar à conclusão de que o Procurador da Fazenda fora ignorado pelo presidente da turma. Tampouco que não fora mais “oportunizada” a palavra à PGFN. Ora, a PGFN não solicitou mais a palavra até o final do julgamento do processo seguinte da pauta. Sequer se pode considerar que houve solicitação da palavra nos 15 segundos em que o sinal de “levantar a mão” constou da tela e depois foi desligado **pelo próprio Procurador da Fazenda Nacional.**

E aqui cabe um parênteses. O presidente da Turma não possui controle sobre as ferramentas (levantar a mão, digitar uma mensagem, ligar e desligar a câmera, ligar e desligar o microfone, ...) disponibilizadas pelo sistema aos participantes da sala de julgamento virtual. Todas são de utilização particular e individual de cada um dos participantes que ingressam nessas reuniões virtuais, a partir de seus computadores pessoais. Assim, na ocasião da sessão de julgamento virtual do presente processo, não havia como o presidente da Turma “apagar”, remotamente, o sinal de “levantar a mão” na tela do computador pessoal do sr. Procurador. O sistema não disponibiliza essa opção. A única forma de o presidente cassar a palavra ao Procurador, conforme alegação, seria verbalmente, dizendo em alta voz que o Procurador não poderia mais se manifestar na sessão. E isto definitivamente não ocorreu, como pode ser facilmente comprovado pelo vídeo disponibilizado no link. A verdade é que o Sr. Procurador ligou o botão “levantar a mão” e, posteriormente, ele mesmo o apagou. Os motivos que o levaram a assim proceder? Só ele poderia responder. Mas isto também não vem ao caso.

Deve-se ressaltar a importância de se preservar o clima de cordialidade e respeito que tem pautado as relações dos participantes nas sessões virtuais e presenciais de julgamento.

No presente caso, não havia necessidade de imputar acusações indevidas à presidência da Turma, pois resta comprovado que esta foi exercida de forma correta, justa e

cordial. Efetivamente, houve uma falha no presente caso? Sim. Mas falha do órgão encarregado de receber dos patronos e da PGFN os pedidos de sustentação oral e encaminhá-los à presidência da Turma. Esta apenas cumpriu as regras internas do CARF, editadas com o escopo precípuo de manter a ordem nas sessões de julgamento, especialmente aquelas que se dão na forma virtual.

Por outro lado, nenhuma falha ou equívoco, mesmo de cunho administrativo interno, pode prejudicar o legítimo direito de defesa de qualquer das partes, seja da PGFN, seja dos contribuintes.

A questão que se põe, portanto, é: houve “preterição do direito de defesa” da PGFN, de modo a ensejar a nulidade da decisão, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235?

A partir do detalhado relato acima realizado, conclui-se que não.

Inegavelmente, em decorrência da falha de comunicação, houve, a princípio, a oposição a que o representante da PGFN realizasse sustentação oral no julgamento em questão. Não obstante, não houve uma negativa peremptória e definitiva por parte do Presidente do Colegiado, que, inclusive, tentou oferecer a oportunidade para que a situação fosse esclarecida (“Se o senhor tiver certeza que enviou...”), no que foi interrompido pelo Procurador.

A atitude do representante da PGFN equivaleu a uma renúncia à realização da sustentação oral. Conforme, inclusive, ouve-se no áudio da sessão de julgamento, o Procurador, após o julgamento do processo seguinte, afirma que “teria deixado para lá”, “para não atrapalhar a Turma”, já que “daria um trabalho muito grande”.

Ora, dentro da, já mencionada cordialidade que pauta o relacionamento entre os conselheiros e os patronos da Fazenda e dos contribuintes, e da sempre firme garantia do direito de defesa das partes, seria absolutamente normal que o julgamento fosse interrompido por alguns instantes para o esclarecimento da questão. Ao abrir mão de tal possibilidade, e ao não interromper o julgamento, mesmo quando obteve a prova de que, efetivamente, o pedido para a realização de sustentação oral havia sido, tempestivamente, apresentado, o representante da PGFN concordou com a realização do julgamento sem a sua palavra.

É praxe nos julgamentos do CARF se oferecer a oportunidade para que os patronos esclareçam questões de fato. Nenhum óbice haveria a que o Procurador se valesse de tal procedimento para apontar a falha e tivesse assegurada a realização da sustentação oral.

De outra parte, tendo havido o silêncio no momento do julgamento, não é aceitável que, a esta altura, venha-se arguir nulidade que deveria, caso o Procurador, efetivamente, entendesse pela sua existência, ser apontada de pronto.

Sem qualquer imputação ao Procurador que atuou na sessão em questão, até por que os embargos não foram por ele opostos, acatar a alegação de cerceamento do direito de defesa neste momento, quando o representante da Fazenda Nacional, tácita e expressamente,

relevou a importância da realização da sustentação oral, equivaleria a se acatar aquilo que o Superior Tribunal de Justiça tem denominado de “nulidade de algibeira”¹.

A par disso, embora a realização de sustentações orais possa, em alguma medida, contribuir para a formação da convicção dos julgadores, não se constitui em elemento imprescindível ao direito de defesa das partes. Não é raro que os patronos, inclusive os Procuradores da Fazenda Nacional, apesar de solicitarem, previamente, a realização de sustentação oral, optem por não realizá-la e, apenas, acompanhar o julgamento dos respectivos processos.

Neste sentido, acaso o Procurador que atuou no julgamento em questão julgasse a realização de sustentação oral essencial ao direito de defesa da Fazenda Nacional deveria, até por dever funcional, haver interrompido o julgamento, tão logo teve certeza de que os requisitos formais para a solicitação tinham sido observados. Se assim não o fez, é porque estava convencido de que a não realização da sustentação oral não traria prejuízo ao citado direito de defesa.

Inexiste razão, portanto, para se reconhecer a nulidade suscitada por meio dos Embargos, ante a ausência de comprovação de prejuízos (*pas de nullité sans grief*).

Diante do exposto, e com fundamento no art. 66 do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, voto por conhecer dos embargos inominados opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, e, no mérito, por rejeitá-los por ausência do vício alegado, mantendo incólume a decisão embargada.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo

¹ Dentre os diversos precedentes que aludem à questão, Recurso Especial nº 1372.802 - RJ, 3ª Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data do julgamento 11/03/2014, DJU 17/03/2014.