



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10580.021660/99-17
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° **9101-002.423 – 1ª Turma**
Sessão de 16 de agosto de 2016
Matéria Normas Gerais de Direito Tributário
Recorrente SERTEL SERVIÇOS DE INSTALAÇÕES TÉRMICAS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1995, 1996

NULIDADE. PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA.

No Direito pátrio vigora o princípio do *pas de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade processual sem prejuízo.

Incabível, portanto, a decretação de nulidade do processo administrativo quando inexistem evidências de que o extravio de parte dos autos tenha prejudicado, ainda que minimamente, a defesa do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Nathalia Correia Pompeu (relatora), Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo. Julgamento iniciado dia 12/06/2016 e concluído dia 18/08/2016.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Nathalia Correia Pompeu - Relatora

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araújo - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, André Mendes de Moura, Adriana Gomes Rego, Rafael Vidal de Araújo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Luis Flávio Neto, Cristiane Silva Costa e Nathália Correia Pompeu. Ausente, Justificadamente, o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

Trata-se de processo administrativo advindo de Auto de Infração, decorrente do arbitramento do lucro que se fez considerando-se que o contribuinte – sujeito à tributação com base no lucro real – não possuiu escrituração nas formas das leis comerciais e fiscais, anos-calendários 01/1995 a 12/1996.

Ausência de impugnação do contribuinte colacionada aos autos.

Suposta petição do contribuinte informando desistência da discussão do caso na via administrativa (processo administrativo) à fl. 328.

Informação de ajuizamento de execução fiscal na 18ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia: processo nº 2004.022840-2, fl. 493. Certidões de dívida ativa às fls. 362 ss. A execução prosseguiu nos seguintes termos:

- a) Oposição de exceção de pré-executividade pelo então executado (não juntada aos autos do PAF);
- b) Manifestação da Fazenda Nacional sobre a exceção de pré-executividade, manifestando-se pela sua rejeição (fls. 495/500);
- c) Manifestação da agora exequente no sentido de que, quanto à alegação de falsidade da petição de desistência do contribuinte à interposição de recurso no PAF, cabe a ele o ônus da prova, devendo-se prosseguir a execução fiscal. Aponta, ainda, a sua discordância com os bens nomeados à penhora pelo executado (fls. 501/504);
- d) Manifestação do executado arguindo que, embora tenha apresentado impugnação no âmbito do PAF, passados alguns meses e sem qualquer intimação de seu julgamento, foi surpreendido com a referida execução fiscal. Informa, ainda, que a mencionada desistência recursal colacionada no procedimento administrativo é falsa, apontando que não fora assinada pelos sócios da empresa autuada e atenta-se ao fato de que a petição ali apresentada também não contém o timbre da empresa, como de praxe, assim como contém erro grosso quanto ao nome do sócio. Para tanto, solicita perícia do documento (fls. 512/513);
- e) Despacho da Procuradoria da Fazenda Nacional, reconhecendo a inexistência no PAF de prova de intimação do contribuinte da decisão que julgou procedente o auto de infração, **devendo ser desconsiderada a petição de desistência recursal em discussão, face à inexistência de interposição do respectivo recurso. Determina o cancelamento das CDAs e o encaminhamento à Secretaria da Receita Federal para prosseguimento do processo administrativo (fls. 520/521).**

Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento procedente aos lançamentos inseridos no auto de infração em baila, nos seguintes termos (fls. 334/340):

- a) Ausência de nulidade do auto de infração;
- b) Legalidade da apuração do lucro pelo arbitramento quando ausente regular escrituração;
- c) Legalidade da tributação decorrente do PIS/PASEP e CSLL pelo lançamento de IRPJ.

Segue ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1995, 1996 □

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

A nulidade do auto de infração só ocorre quando sua lavratura for efetuada por servidor incompetente.

LUCRO ARBITRADO.

Cabível a apuração do lucro pelo arbitramento, quando a contribuinte, sujeita à tributação com base no lucro real, não mantém escrituração na forma das leis comerciais e fiscais.

TRIBUTAÇÃO DECORRENTE Contribuição para o PIS/Pasep

Contribuição para a Seguridade Social Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Aplicam-se as exigências decorrentes o que foi decidido no lançamento do IRPJ, devido à íntima relação de causa e efeito existentes entre eles.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Recurso Voluntário do contribuinte, discorrendo sobre as seguintes matérias (fls. 577/588):

- a) Da nulidade de todo o processo administrativo;
- b) Da incompletude do processo administrativo fiscal;**
- c) Do caráter excepcional do arbitramento.

Decisão da 2ª Câmara/2ª Turma Ordinária da Primeira Seção de Julgamento, negando provimento ao recurso voluntário nos seguintes termos (fls. 590/602):

- a) Ausência de nulidade do processo administrativo;
- b) Legalidade da tributação com base no lucro arbitrado;
- c) Legalidade das exigências reflexas: PIS, COFINS, CSLL.

Colaciona-se a ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

No processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/1993, as nulidades são aquelas expressamente previstas no seu art. 59, incisos I e II, quais sejam os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição de defesa. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões diferentes das previstas no art. 59 não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 1995, 1996*

**AUSÊNCIA DE ESCRITURAÇÃO COMERCIAL E FISCAL.
ARBITRAMENTO DOS LUCROS.**

As empresas sujeitas à tributação com base no regime do lucro real se obrigam a manter escrituração completa, com observância das disposições das leis comerciais e fiscais, caso contrário submetem-se à tributação com base no lucro arbitrado.

EXIGÊNCIAS REFLEXAS: PIS, COFINS, CSLL e IRRF. As exigências das contribuições sociais ao PIS, COFINS, CSLL e IRRF, ditas exigências reflexas ou decorrentes, aplicam-se a mesma decisão adotada em relação lançamento principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IRPJ, dada a íntima relação de causa e efeito e suporte fático comum que as instruem.

Preliminar de Nulidade Rejeitada — Recurso Voluntário Negado

Embargos de declaração do contribuinte: alega existência de contradição e omissão do acórdão, ao se contradizer e ao deixar de examinar todas as alegações que demonstram o direito arguido, em face dos documentos apresentados, da doutrina e jurisprudência colacionadas em razões do recurso, em especial à do STJ (fls. 614/619).

Decisão dos embargos de declaração: rechaçada a alegada contradição e esclarecida a apontada omissão sem, contudo, haver qualquer modificação com efeitos infringentes (fls. 635/640).

Colaciona-se a ementa:

*Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
Ano-calendário: 1995, 1996 LUCRO ARBITRADO.*

Cabível a apuração do lucro pelo arbitramento, quando a contribuinte, sujeita a tributação com base no lucro real, não mantém escrituração na forma das leis comerciais e fiscais.

CONTRADIÇÃO REJEITADA - Uma vez bem justificada a decisão do acórdão embargado, posto que existente conjunto de elementos comprobatórios do ilícito fiscal configurado nestes autos, ainda que extraviado um volume dos autos, e demonstrada a inocorrência de prejuízo defesa da Recorrente, não há ~~contradição na decisão recorrida.~~

OMISSÃO ESCLARECIDA - O julgador administrativo não está obrigado a se pronunciar sobre jurisprudência juntada pelo sujeito passivo, desde que decida, fundamentadamente, o mérito do processo sem qualquer prejuízo a manifestação do interessado, que se fez presente regularmente em todos os atos e termos processuais, o que não obsta o esclarecimento ao interessado.

Recurso especial interposto pelo contribuinte, assim apontando a alegada divergência jurisprudencial: o acórdão recorrido decidiu que o extravio de parte do processo administrativo fiscal não o macula de nulidade, pois não causou prejuízo à defesa do recorrente; em contrapartida, os acórdãos-paradigmas entenderam que, em havendo extravio de partes do processo – aí incluída a impugnação do contribuinte, peça essencial ao seu deslinde – há de ser reconhecida a nulidade do processo, havendo necessidade de sua reintimação para apresentação de nova impugnação (fls. 651/660).

Realizado Exame de Admissibilidade de Recurso Especial, dando-lhe seguimento (fls. 668/671).

Contrarrazões da Fazenda Nacional, alegando que “o Recorrente não demonstrou especificamente o prejuízo que resultou do extravio de um dos volumes do autos” (fls. 675/676).

Resolução do colegiado convertendo o julgamento em diligência para fins de restauração do volume dos autos, especialmente da impugnação (fls. 678/683).

Informação da chefe de secretaria quanto à ausência de tais peças (fls. 686/688). Em igual teor a informação da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador-BA (fl. 702).

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Nathalia Correia Pompeu - Relatora

Pressupostos Preliminares

Não obstante a análise da admissibilidade do presente recurso às fls.668/671, cabe aqui uma reavaliação, consolidando-a.

1. Tempestividade

Reconhece-se a tempestividade do presente recurso, conforme inclusive explicitado no despacho de fl. 667. De fato, o contribuinte foi intimado do Acórdão do CARF em 20/09/2010 (fl. 666), apresentando seu recurso em 05/10/2010 (fl. 651), de acordo com o art. 65, § 5º c/c o art. 68 do Anexo II do RICARF:

Art. 65. Cabem 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.

§ 5º Somente os embargos de declaração opostos tempestivamente interrompem o prazo para a interposição de recurso especial.

Art. 68. O recurso especial, da Fazenda Nacional ou do contribuinte, deverá ser formalizado em petição dirigida ao presidente da câmara à qual esteja vinculada a turma que houver prolatado a decisão recorrida, no prazo de 15 (quinze) dias contado da data da ciência da decisão.

2. Prequestionamento

O RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, assim estabelecia no art. 67, §3º do Anexo II:

§ 3º O recurso especial interposto pelo contribuinte somente terá seguimento quanto à matéria prequestionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação, nas peças processuais.

A matéria foi prequestionada pelo acórdão que negou o recurso voluntário. Note-se (fls. 590/602):

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

No processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/1993, as nulidades são aquelas expressamente previstas no seu art. 59, incisos I e II, quais sejam os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos proferidos por

autoridade incompetente ou com preterição de defesa. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões diferentes das previstas no art. 59 não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

(...)

3. Demonstração da legislação tributária com diversidade de interpretação

O RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, assim estabelecia no art. 67, do Anexo II:

Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

No caso em análise, houve a devida demonstração da legislação tributária que supostamente está sendo interpretada de forma diversa pelo acórdão atacado e os paradigmas apontados. Primeiramente, a apontada pelo Acórdão atacado pelo presente recurso:

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. □ No processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/1993, as nulidades são aquelas expressamente previstas no seu art. 59, incisos I e II, quais sejam os atos e □ termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição de defesa. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões diferentes das previstas no art. 59 não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (grifos nossos)

Ressalta o recorrente, ainda:

07. Por entender que a decisão ofende os mais comezinhos direitos constitucionais, a Recorrente apresenta o presente Recurso Especial, apontando como paradigmas os acórdãos proferidos no Recurso Voluntário n.º 147040 (Acórdão n.º 103-23.113) e no Recurso Voluntário n.º 128479 (Acórdão 103-20.806) [...]

22. (...) Cabia a esse Colegiado determinar, antes de qualquer julgamento, a restauração de autos, assim como ocorre no processo judicial, cujo procedimento de reconstituição é regulado pelo Código de Processo Civil, no Livro IV, Título I, Capítulo XII, a partir do art. 1.063. (...)

28. Todos os direitos constitucionais da Recorrente estão sendo nefastamente violados no presente processo: Devido Processo Legal (CF/88, art. 5º, Inciso LIV), Duplo Grau de Jurisdição (idem), Ampla Defesa e Contraditório (CF/88, art. 5º, Inciso

LV). O texto constitucional foi simplesmente ignorado no presente caso. (grifos nossos)

Ademais, quando aponta uma jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também se vê contemplada a menção à legislação:

(...) 2. O extravio do processo administrativo subtrai do Poder Judiciário a oportunidade de conferir a CDA, retirando do contribuinte a amplitude de defesa.

3. Equivale o extravio à inexistência do processo, perdendo o título a exequibilidade (inteligência do art. 2º, § 5º, inciso VI, da LEF). (...) [grifos do contribuinte]

Portanto, a discussão paira na análise do art, 59, I e II do Decreto nº 70.235/72, em consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal) e das disposições contidas na Lei nº 6.830/80 referente ao condicionamento da exequibilidade ao respectivo processo administrativo.

Matéria: extravio de parte do processo administrativo. Ausência da peça de impugnação. Nulidade

4. Indicação de paradigmas

O RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, assim estabelecia no art. 67, do Anexo II:

*§ 6º A divergência prevista no **caput** deverá ser demonstrada analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.*

§ 7º O recurso deverá ser instruído com a cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas ou com cópia da publicação em que tenha sido divulgado ou, ainda, com a apresentação de cópia de publicação de até 2 (duas) ementas.

§ 8º Quando a cópia do inteiro teor do acórdão ou da ementa for extraída da Internet deve ser impressa diretamente do sítio do CARF ou da Imprensa Oficial.

§ 9º As ementas referidas no § 7º poderão, alternativamente, ser reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

§ 10. O acórdão cuja tese, na data de interposição do recurso, já tiver sido superada pela CSRF, não servirá de paradigma, independentemente da reforma específica do paradigma indicado.

Os acórdãos-paradigmas foram devidamente apontados pelo recorrente, com a inclusão da íntegra de suas ementas. São eles os Recursos Voluntários n.º 147040 (Acórdão n.º 103-23.113) e n.º 128479 (Acórdão 103-20.806):

. Primeiro paradigma

1º Conselho de Contribuintes / 3a. Camara ACÓRDÃO 103-23.113 em 05.07.2007

IRPJ E OUTRO - Ex(s): 1996 a 1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EXTRAVIO DE PARTES PROCESSUAIS - RECONSTITUIÇÃO - FALTA DE PEÇA ESSENCIAL - NULIDADE FORMAL - Se a peça impugnatória instala o litígio, a sua falta, por não restauração dos seus termos, não só subtrai do órgão julgador de segunda instância a sua destinação revisora, como provoca lacuna não escusável e só suprível mediante intimação do contribuinte para apresentação de nova impugnação.

Recurso voluntário a que se dá provimento. □ Por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade dos atos processuais após a ciência de autuação suscitadas pela recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à repartição de origem para reabertura de prazo para impugnação.

Cândido Rodrigues Neuber - Presidente. Publicado no DOU em: 30.11.2007 □ Relator: Antonio Carlos Guidom Filho Recorrente: RAMIRO CAMPELO & CIA. LTDA. Recorrida: DRJ-SALVADOR/BA

. Segundo paradigma

1º Conselho de Contribuintes / 3a. Câmara / ACÓRDÃO 103-20.806 em 07.12.2001 □ PIS-DEDUÇÃO - Ex(s): 1983 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PIS-DEDUÇÃO. EXTRAVIO DE PARTES PROCESSUAIS. RECONSTITUIÇÃO. NÃO - OCORRÊNCIA PLENA. FALTA DE PEÇA VESTIBULAR DO IRPJ. CSSL. DEPENDÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE FORMAL. Se a peça impugnatória instala o litígio, a sua falta, por não restauração dos seus termos, não só subtrai do órgão julgador de segunda instância a sua destinação revisora, como corta cerca na lide, provocando uma lacuna não escusável e só suprível quando tomada a peça recursal como se impugnação fosse.

Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso para ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão a quo e determinar a remessa dos autos A repartição de origem, para que a petição de fls. 18, 19 e 22 seja apreciada como impugnação.

Cândido Rodrigues Neuber - Presidente □ Publicado no DOU em: 01.02.2002 □ Relator: Neicyr de Almeida □ Recorrente: CEMEX - COMERCIAL MADEIRAS EXPORTA-ÇÃO S/A.

Confrontando-se as disposições expressas nas ementas e nos votos condutores dos acórdãos acima, evidencia-se o alegado dissenso jurisprudencial, eis que houve aplicação de entendimentos diferentes para casos semelhantes, razão pela qual o presente recurso deve ser admitido. Neste sentido foi a análise da admissibilidade do recurso:

Da leitura do relatório do acórdão recorrido, constata-se houve extravio do volume 2, em que, dentre os documentos encontrava-se a impugnação, não sendo considerado referido extravio suficiente para nulidade processual.

Em sentido inverso é o entendimento dos acórdãos paradigmas, qual seja, se a peça impugnatória instala o litígio, a sua falta,

por não restauração dos seus termos, não só subtrai do órgão julgador de segunda instância a sua destinação revisora, como provoca lacuna não escusável e só supriável mediante intimação do contribuinte para apresentação de nova impugnação, motivo que determinou a remessa dos autos à repartição de origem para reabertura de prazo para impugnação.

Ante aos exposto, os acórdãos apresentados pela contribuinte, SERTEL SERVIÇOS DE INSTALAÇÕES TÉRMICAS LTDA, ao meu ver, cumprem a exigência de demonstrar, fundamentadamente, a divergência de interpretação de lei tributária entre Câmaras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Portanto, também resta superado este ponto admissional do presente recurso, razão pela qual adentro o mérito.

Mérito

A questão em disputa consiste em saber se o extravio de parte de documentos do processo administrativo – *in casu*, da peça impugnatória – macula-o de nulidade.

Alega o recorrente a necessidade de sua reintimação para apresentação de nova impugnação, por ser esta peça processual essencial à análise e deslinde do caso.

Hão de ser analisados, primeiramente, as concepções e efeitos jurídicos da matéria para, então, verificar sua aplicação ao caso em tela.

. Extravio de parte do processo administrativo. Ausência da peça de impugnação

De início, há de se delinear os casos de nulidade incidentes no processo administrativo. Dentre vários dispositivos legais, ressalte-se o já apontado pelas decisões *a quo*, Decreto nº 70.235/72:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Pois bem. Algumas considerações merecem ser tecidas sobre referida legislação:

a) O inciso II do mencionado artigo abarca as hipóteses de preterição do direito de defesa;

Nota-se que há um caso peculiar de preterição do direito da defesa quando há notícia nos autos de existência de impugnação do contribuinte, tendo sido, contudo, extraviada, proferindo-se decisões subsequentes que não se sabe ao certo até que ponto se pautaram na completa análise da defesa e de demais documentos que ali constavam.

b) Reza o §1º que os atos posteriores dependentes do ato nulo ou que dele sejam consequência serão considerados eivados de igual vício;

Considerando-se aqui a “preterição do direito de defesa” como o ato nulo em voga – tendo como marco o extravio de volume do PAF –, as decisões e demais fase processuais dela decorrentes também hão de ser eivadas de nulidade.

c) O §3º apenas afasta a necessidade de repetir/suprir o ato quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade;

No caso, a decisão do mérito foi contra ao sujeito passivo, não devendo ser afastada a necessidade de suprir a falha, o que, de fato, determinou-se na prévia análise do presente recurso. Contudo, não foi possível a retificação da lacuna.

d) O art. 60 dispõe que as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 59 não importarão em nulidade, mas devem ser sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo;

Aqui há de se ter a devida atenção ao quanto disposto: se as irregularidades, incorreções e omissões não especificamente dispostas no art. 59 não importam em nulidade, mas sim devem ser sanadas, caso não sejam remediadas, importarão em nulidade, por impossibilidade de prosseguimento no estado em que se encontram. A sua não observação poderá levar a um julgamento *oppositum factum* e/ou *contra legem*. A correta exegese aqui se faz primordial.

Considere-se que cabe ao julgador fazer um exame de integração de normas dentro do ordenamento jurídico, compilando princípios norteadores de suas interpretação e, acima de tudo, considerando-se a segurança jurídica, o devido processo legal e a ampla defesa, abstraindo o objetivo e o alcance real da norma aos seus afetados. Destacam-se as lições de Luis Roberto Barroso nesse sentido:

Toda norma jurídica e, ipso facto, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação. (...) embora haja recuperado algum prestígio após décadas de rejeição, a máxima in claris cessat interpretatio há de ter, tão-somente, o sentido de reconhecimento de que a zona de clareza existente na lei

enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal¹.

Ademais, a impugnação é o ato que instaura a lide no âmbito administrativo fiscal, peça portanto **essencial para o deslinde do processo**. A sua ausência – aqui o extravio, juntamente com outros documentos que constituem o PAF – macula o direito constitucional de defesa e impossibilita uma análise objetiva e clara do regular prosseguimento de análise administrativa. Dali em diante, o que se tem são sucessivos atos de inferências e conjeturas, sem a necessária segurança jurídica que há de respaldar atos de tal monta, o que gera uma sensação de arbitrariedade no deslinde de apuração de fatos fiscais em nítido prejuízo ao sujeito passivo.

Vê-se que a própria legislação infraconstitucional delineou a importância dessa peça de defesa, tal qual outras fases processuais. Ela e seus correspondentes documentos são o marco para várias questões legais, tais como análise probatória, de teses jurídicas, preclusão, etc. Possui a impugnação determinação e descrição legais no Decreto nº 70.235/72 nos seguintes moldes:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição.

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (...)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Art. 21 (...)

§ 1º No caso de impugnação parcial, não cumprida a exigência relativa à parte não litigiosa do crédito, o órgão preparador, antes da remessa dos autos a julgamento, providenciará a formação de autos apartados para a imediata cobrança da parte não contestada, consignando essa circunstância no processo original.

(...)

Art. 22. O processo será organizado em ordem cronológica e terá suas folhas numeradas e rubricadas. (grifou-se)

Ora, a Administração Pública há de ser cautelosa em sua atuação fiscal, não deixando margem à incertezas, apurando os fatos de acordo com o devidamente investigado e registrado. O extravio de um volume inteiro do processo administrativo fiscal e a sua regular tramitação em desfavor do sujeito passivo configura, de *per si*, situação jurídica esdrúxula, que deve ser de todo evitada; a constatação de que, dentre esses documentos, a impugnação do contribuinte ali se inseria agrava ainda mais a situação. Se não sanada, há de se reconhecer a nulidade do procedimento, sob pena de favorecimento da própria desídia.

Aplicável a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, aqui no sentido de que os procedimentos decorrentes de uma prova originária irregular – *in casu*, não mais existente – restam contaminados. Transmite-se, pois, o vício de forma intrínseca e inevitável, porque maculado desde a origem. A aceitação de mencionada teoria possui escopo nas premissas constitucionais da legalidade e proporcionalidade, corolários da garantia do direito de defesa em nosso ordenamento jurídico e instrumentos de salvaguarda do equilíbrio necessário em situações de conflitos. Havendo nexo de causalidade entre a ausência de uma peça essencial no processo administrativo (impugnação) e sucessivas decisões rechançando-a e mantendo a autuação fiscal contra o contribuinte, há de se reconhecer a aplicação da referida teoria.

Reconhece, assim, a aplicação do brocardo *quod nullum, est nullus effectu producit*, no sentido de que o que é nulo nenhum efeito produz.

Tecidas tais considerações, passemos à análise do presente caso.

O Acórdão ora atacado decidiu a questão em análise preliminar nos seguintes termos:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

PRELIMINAR. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

No processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União, disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748/1993, as nulidades são aquelas expressamente previstas no seu art. 59, incisos I e II, quais sejam os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos proferidos por autoridade incompetente ou com preterição de defesa. Quaisquer outras irregularidades, incorreções e omissões diferentes das previstas no art. 59 não importam em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Argumentou, para tanto:

*Quanto ao pleito de nulidade de todo o processo em razão do extravio do então segundo volume do processo vale aqui lembrar a doutrina de José Joaquim Calmon de Passos, de cuja transcrição às fls. 559 destaco o seguinte excerto, no sentido de que o julgador deve cuidar se "... A imperfeição do ato é sempre resultado de sua atipicidade, isto é, falta ou defeito de algum ou alguns de seus pressupostos ou requisitos. Concluindo pela perfeição, de logo rechaça a invalidade do ato ou do tipo. Convencendo-se de sua imperfeição, **deve analisar a relevância ou irrelevância dessa imperfeição**. Será irrelevante se a atipicidade, embora existente, não obstou fosse alcançado o fim a que se destinava o ato ou tipo argüido de inválido. Caso entenda ter havido prejuízo para os fins de justiça do processo em virtude da imperfeição, decretará a invalidade do ato ou tipo. ..." (destaque da recorrente).*

Embora tenha se extraviado o segundo volume do processo à época, compulsando os autos constata-se que deste fato não adveio nenhum prejuízo à contribuinte, a qual se limitou a pugnar pela nulidade de todo o processo, apenas porque extraviado o referido volume, mas sem declinar qualquer prejuízo à sua defesa ou quanto à compreensão dos fatos. (...)

A alegada ausência da impugnação que se encontrava no volume extraviado também não me parece motivo suficiente para declarar a nulidade do processo.

A decisão recorrida sem dúvida foi prolatada à vista da referida impugnação, onde foram resumidos os argumentos de defesa, de cujo teor a contribuinte tem conhecimento e, no recurso voluntário não acusou nenhuma omissão no acórdão recorrido, por exemplo, algum fato reclamado que não tivesse sido analisado na decisão recorrida, ou seja, a contribuinte não alegou nenhum prejuízo à sua defesa em razão da inexistência da impugnação, ao contrário, no recurso voluntário evoca disposição da decisão recorrida para reforçar suas razões recursais.

Destarte, verifica-se que embora se constitua em fato grave e inusitado, o desaparecimento do então segundo volume do processo, no caso presente, mostra-se irrelevante à compreensão dos fatos, nada impedindo que este Colegiado decida com conhecimento de causa, segurança e serenidade.

Tal posicionamento seguiu anterior apreciação da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, no ponto a seguir reproduzido:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1995, 1996

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE.

A nulidade do auto de infração só ocorre quando sua lavratura for efetuada por servidor incompetente.

(...)

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sustentou o entendimento acima nos seguintes moldes:

Inicialmente, faz-se necessário salientar que a argüição de nulidade levantada pela impugnante não procede uma vez que: a) a hipótese de nulidade dos atos processuais, entre os quais se incluem os autos de infração, está perfeitamente definida no inciso I do artigo 59 do Decreto n.º 70.235/1972 Processo Administrativo Fiscal - PAF, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8.748/1993, e refere-se ao caso em que a lavratura tenha sido feita por pessoa incompetente, o que não veio a ocorrer na situação presente. (...)

Note-se que a anomalia fática do caso em análise foi reconhecida no Acórdão atacado no presente recurso:

A decisão recorrida sem dúvida foi prolatada à vista da referida impugnação, onde foram resumidos os argumentos de defesa, de cujo teor a contribuinte tem conhecimento e, no recurso voluntário não acusou nenhuma omissão no acórdão recorrido, por exemplo, algum fato reclamado que não tivesse sido analisado na decisão recorrida, ou seja, a contribuinte não alegou nenhum prejuízo à sua defesa em razão da inexistência da impugnação, ao contrário, no recurso voluntário evoca disposição da decisão recorrida para reforçar suas razões recursais.

Destarte, verifica-se que embora se constitua em fato grave e inusitado, o desaparecimento do então segundo volume do processo, no caso presente, mostra-se irrelevante à compreensão dos fatos, nada impedindo que este Colegiado decida com conhecimento de causa, segurança e serenidade. (grifou-se)

Taxar de irrelevante tal desídia e acrescentar que as decisões administrativas mesmo assim serão tomadas “com conhecimento de causa, segurança e serenidade” não se parece plausível à continuidade de uma cobrança fiscal.

A análise de impugnação, com prolação de decisão de seu exame, não basta para sanar sua ausência superveniente e de outros documentos em um processo administrativo, porque referida análise não conclui o processo, vez que passível de outros recursos. Considerar o contrário é tomar por indubitável a 1ª apreciação decisória no âmbito do PAF, sem a necessidade de sempre retornar aos autos para maiores aferições documentais e de defesa. A relevância da manutenção do processo administrativo se estende também à possibilidade de sua perquirição no âmbito judicial (art. 42 da Lei nº 6.830/80), para tanto sendo salutar manter-se a integralidade do processo.

Na eventualidade de alguma alegação de defesa por parte do contribuinte, haver-se-ia de considerá-la verdadeira, invertendo-se o ônus da prova, visto que impossível rechaçá-la de pronto pela Administração Pública, que detém apenas parte do processo administrativo que instaurou a cobrança de crédito fiscal. Portanto, **ambas as partes são prejudicadas caso o PAF siga na fase em que se encontra**. Assim reconhece o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. COMPROVAÇÃO PARCIAL DE PAGAMENTO. PERÍCIA CONTÁBIL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS REQUERIDOS À EXEQUENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE.

EXTRAVIO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSIDERA-SE VERDADEIRA A ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO. INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. 1 - Os artigos 41 c/c 3º da Lei 6830 /80 determinam que é obrigação da União resguardar os processos administrativos fiscais, que originam as dívidas a serem inscritas, devendo a certidão de dívida ativa, meramente indicativa, ser corroborada por documentos, quando requerido. 2 - A presunção de liquidez e certeza do título é apenas relativa, devendo ser invertido o ônus probatório quando o embargante apresenta documentos que traduzem fortes indícios de pagamento, principalmente quando o único documento faltante para comprovar totalmente a inexigibilidade do título está em poder da Fazenda. 3 - A Fazenda Nacional admite que a documentação juntada pela embargante demonstra o pagamento parcial da dívida, mas, por outro lado, não comprova documentalmente que ainda há saldo remanescente a ser pago. 4 - Se a exeqüente não sabe nem ao menos onde se encontra o fundamento da cobrança, é inaceitável que se prossiga com a execução fiscal, sob pena de ilegalidade e grave prejuízo ao executado. 5 - Apelação a que se nega provimento. (TRF-2 - APELAÇÃO CIVEL AC 198951010185331 RJ 1989.51.01.018533-1 (TRF-2). Data de publicação: 16/09/2010) [grifou-se]

O mesmo posicionamento foi externado perante análise de igual matéria no âmbito do 1º Conselho de Contribuintes, como bem trouxe à baila o recorrente:

1º Conselho de Contribuintes/3ª. Câmara ACÓRDÃO 103-23.113 em 05.07.2007

IRPJ E OUTRO - Ex(s): 1996 a 1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - EXTRAVIO DE PARTES PROCESSUAIS - RECONSTITUIÇÃO - FALTA DE PEÇA ESSENCIAL - NULIDADE FORMAL - Se a peça impugnatória instala o litígio, a sua falta, por não restauração dos seus termos, não só subtrai do órgão julgador de segunda instância a sua destinação revisora, como provoca lacuna não escusável e só suprível mediante intimação do contribuinte para apresentação de nova impugnação.

Recurso voluntário a que se dá provimento. □ Por unanimidade de votos, ACOLHER a preliminar de nulidade dos atos processuais após a ciência de autuação suscitadas pela recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à repartição de origem para reabertura de prazo para impugnação.

Cândido Rodrigues Neuber - Presidente. Publicado no DOU em: 30.11.2007 Relator: Antonio Carlos Guidom Filho Recorrente: RAMIRO CAMPELO & CIA. LTDA. Recorrida: DRJ-SALVADOR/BA

1º Conselho de Contribuintes/3ª. Câmara / ACÓRDÃO 103-20.806 em 07.12.2001 □ PIS-DEDUÇÃO - Ex(s): 1983 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PIS-DEDUÇÃO. EXTRAVIO DE PARTES PROCESSUAIS. RECONSTITUIÇÃO. NÃO - OCORRÊNCIA PLENA. FALTA DE PEÇA VESTIBULAR DO IRPJ. CSSL DEPENDÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE FORMAL. Se a

peça impugnatória instala o litígio, a sua falta, por não restauração dos seus termos, não só subtrai do órgão julgador de segunda instância a sua destinação revisora, como corta cerca na lide, provocando uma lacuna não escusável e só suprível quando tomada a peça recursal como se impugnação fosse.

Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso para ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão a quo e determinar a remessa dos autos A repartição de origem, para que a petição de fls. 18, 19 e 22 seja apreciada como impugnação.

Cândido Rodrigues Neuber - Presidente Publicado no DOU em: 01.02.2002 □ Relator: Neicyr de Almeida Recorrente: CEMEX - COMERCIAL MADEIRAS EXPORTA- ÇÃO S/A. (grifou-se)

Por fim, note-se que a Fazenda Nacional nada acrescentou de relevante quando de sua manifestação em contrarrazões ao presente recurso, resumindo-se a alegar genericamente a ausência de comprovação específica de prejuízo pelo contribuinte que pudesse ensejar a nulidade do processo fiscal. Resume suas alegações em simplórias 4 linhas, somente considerando “*nullité sans grief*”, o que ratifica a deficiência do quanto defendido, porque facilmente refutável.

Não tendo o sujeito passivo dado causa ao extravio da impugnação, não cabe a ele a responsabilidade de provar e sobrepesar o prejuízo prático que tal fato gerou nas investigações procedimentais. Aceitar tamanha premissa é ir de encontro aos ditames constitucionais fundamentais, como aqui discorrido. E mais: aceitar o prosseguimento deste processo no estado em que se encontra é definir que esta Corte aceitará tantos outros com igual vício – quiçá mais graves – favorecendo indiscrimináveis erros procedimentais e se distanciando cada vez mais da legalidade e do devido processo legal que hão de guiar o rito dos processos administrativos fiscais.

Em se tratando de exigibilidade de crédito tributário, o procedimento administrativo é imprescindível. O vício em seu procedimento – se essencial e insanável – macula-o de nulidade, não podendo ser convalidado em realização de atos diversos daqueles pretendidos pela lei. O extravio de parte do procedimento administrativo e a impossibilidade de sua restauração, nele inserida a impugnação e seus documentos, insere-se na nulidade apontada.

Destaque-se que a Turma desta Câmara Superior, em sua antiga composição, já havia reconhecido a necessidade de restauração das peças extraviadas (fls. 678/683), não sendo possível, contudo, o seu devido cumprimento, como certificado às fls. 686/688 e 702, o que, por conseguinte, só ratifica a importância desta defesa e a nulidade do processo no caso da impossibilidade de sua restauração.

Conclusão e dispositivo do voto

Voto, portanto, no sentido de **CONHECER** e **DAR PROVIMENTO** ao recurso especial interposto de contribuinte.

DECLARO a nulidade dos atos administrativos **retroativos à impugnação, devendo o contribuinte ser reintimado para apresentação desta defesa, com continuidade procedimental a partir de então.**

Processo nº 10580.021660/99-17
Acórdão n.º **9101-002.423**

CSRF-T1
Fl. 723

(assinado digitalmente)
Nathalia Correia Pompeu

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Rafael Vidal de Araújo - Redator Designado

Em que pesem os argumentos arrolados pela I. Relatora, peço licença para deles divergir.

Como bem explicado na decisão recorrida, não restou provado que o extravio da peça impugnatória e dos outros documentos a ela anexados tenha prejudicado o direito de defesa da recorrente.

De fato, a impugnação ao lançamento não é documento probatório do direito do sujeito passivo e, ademais, a recorrente não aponta quais documentos probatórios de seu direito teriam sido extraviados junto com a peça impugnatória.

No caso, trata-se de uma questão bem simples, qual seja, o arbitramento do lucro em razão da falta de apresentação dos livros e documentos necessários à apuração do lucro real relativamente ao anos-calendários de 1995 e 1996, conforme termo de intimação fiscal (e-fl. 54), termo de reintimação fiscal (e-fl. 56) e respectiva resposta onde a fiscalizada pede prazo para apresentação dos livros (e-fl. 58). Tal prazo foi concedido, mas a fiscalizada jamais apresentou os livros Diário e Razão solicitados, conforme termos de intimação e respectivas respostas (e-fl. 59 e ss.).

Registre-se ainda que embora o sujeito passivo tenha, em 20/12/1999, afirmado ao autor da ação fiscal que estaria em colapso financeiro e praticamente sem prestar serviços desde 1994 (e-fl. 58 e e-fl. 62), o fato é que a auditoria circularizou junto à Petrobrás e verificou que a fiscalizada prestou vultosos serviços a essa empresa nos anos de 1995 e 1996, conforme notas fiscais apresentadas pela Petrobrás (e-fl. 160 e ss.), e sintetizadas no demonstrativo de e-fl. 50.

Não custa lembrar que também constam dos autos a DIRPJ/1996 (e-fl. 75 e ss.) e a DIRPJ/1997 (e-fl. 80 e ss.), ambas com opção pelo lucro real, mas "zeradas".

Então, não vejo exatamente como, no presente caso, o extravio da peça impugnatória e de outros documentos a ela anexados (que, como dito acima, a recorrente não disse quais seriam) possam ter causado prejuízo à defesa.

Aliás, a própria recorrente não esclarece, nem no recurso voluntário nem no recurso especial, qual o prejuízo teria sido causado à sua defesa o extravio da peça impugnatória e de outros documentos a ela anexados. Limita-se a afirmar que o extravio (por si só) implica a nulidade do processo administrativo. Ou seja, o que a recorrente deseja é a nulidade pela nulidade.

Ocorre que tal pretensão não encontra amparo no Direito nacional, pois em nosso Direito Processual Civil e Administrativo vigora o princípio do *pas de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade processual sem prejuízo. Tal princípio foi, inclusive, acolhido no art. 60

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. (g.n.)

(...)

Em extensa obra, intitulada O Prejuízo e as Nulidades Processuais Penais, Jorge Coutinho Paschoal, assevera: *"Na verdade, o vício da forma pode indicar a violação ou a colocação em risco de algum valor, o qual, em realidade, dá ensejo à nulidade, já que, muito mais que formas, a nulidade visa resguardar valores"*.

Isso nos remete a seguinte digressão: qual o valor que o contribuinte quer ver protegido? Será que é o direito de defesa? Quanto a isso, vejamos o que diz o recorrido:

Embora tenha se extraviado o segundo volume do processo A. época, compulsando os autos constata-se que deste fato não adveio nenhum prejuízo A contribuinte, a qual se limitou a pugnar pela nulidade de todo o processo, apenas porque extraviado o referido volume, mas sem declinar qualquer prejuízo A sua defesa ou quanto A compreensão dos fatos. Essa constatação deflui da análise dos elementos de prova presentes nos autos, como passo a analisar:

- a empresa não mantinha escrituração contábil regular, com observância das disposições das leis comerciais e fiscais, segundo sua resposta a intimações fiscais, fls. 46;
- como se vê no "Termo de Verificação Fiscal" a empresa informou que não escriturou nenhum livro contábil-fiscal sob a alegação de que nos anos-calendário de 1995 e 1996 esteve sem movimento;
- apresentou as declarações de rendimentos do IRPJ, relativas aos exercícios de 1996 e 1997, anos-calendário de 1995 e 1996, com movimento igual a zero;
- as cópias de folhas do livro "Registro do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza", fls. 97 a 122, levam o carimbo "SEM MOVIMENTO";
- o fisco quantificou a base de cálculo do arbitramento com base nas DCTF's entregue pela PETROBRAS à Secretaria da Receita Federal;
- os valores dos serviços prestados pela atuada à PETROBRAS nos anos-calendário de 1995 e 1996, que serviram de base ao arbitramento estão demonstrados na planilha de fls. 39 que instrui a lavratura dos autos de infração;
- o fisco solicitou e a PETROBRAS forneceu as cópias das notas fiscais dos serviços a ela prestados pela atuada nos anos-calendário atuados;
- extratos das DIRF's entregues à SRF pela PETROBRÁS, relativas aos serviços que lhe foram prestados pela atuada encontram-se às fls. 124 a 129;
- às fls. 132 a 139, encontram cópias de "Relatório de Faturamento para Receita Federal", fornecidos pela PETROBRAS, relativos aos serviços prestados pela atuada, de modo que a atuada tem nos autos todos os elementos necessários a impugnar, centavo a centavo, os valores atuados;

- além de não manter escrituração comercial e fiscal regular, no único livro fiscal que apresentou ao fisco nada foi escriturado constando apenas a indicação "sem movimento";
- embora a empresa nos anos-calendário autuados tivesse prestado continuados e vultosos serviços à PETROBRÁS, as fichas das declarações que apresentou à SRF, fls. 60 a 96, foram preenchidas sem valores, tendo preenchido as suas linhas com zero;
- a empresa sabe quais os serviços que prestou à PETROBRAS e teria condições de questionar os levantamentos fiscais com ou sem o segundo volume extraviado;
- como a Auditora-Fiscal atuante, no despacho de fls. 288, informa que numerou e rubricou das fls. 01 a 287 do volume 1, bem como as fls. 288 a 479 do volume 2, constata-se que o processo, quando protocolizado na repartição fiscal pela atuante, tinha até as fls. 479; a impugnação recebeu os números de folhas seguintes 480/482, como se vê da decisão recorrida, fls. 315, portanto é certo que as folhas que constituíam o desaparecido segundo volume, então fls. 288 a 479, se referiam a cópias de parte das notas fiscais fornecidas pela PETROBRAS em atendimento à intimações fiscais, considerando a ordem com que a atuante aportou aos autos a documentação que instrui os autos de infração, como se vê na decisão recorrida, no 6º parágrafo da fls. 316, onde foi consignado "... em que pese ter prestado serviços à Petrobrás, **comprovados pelos documentos anexados pelo fisco às fl.s 130/478**" (destaquei), cujos valores de serviços já haviam sido informados nas DCTF's e nas DIRF's que a PETROBRAS apresentou à SRF, bem como os respectivos valores integram os relatórios de faturamento entregues pela PETROBRAS ao fisco, relativos aos serviços que lhe foram prestados pela atuada.

A alegada ausência da impugnação que se encontrava no volume extraviado também não me parece motivo suficiente para declarar a nulidade do processo.

A decisão recorrida sem dúvida foi prolatada à vista da referida impugnação, onde foram resumidos os argumentos de defesa, de cujo teor a contribuinte tem conhecimento e, no recurso voluntário não acusou nenhuma omissão no acórdão recorrido, por exemplo, algum fato reclamado que não tivesse sido analisado na decisão recorrida, ou seja, a contribuinte não alegou nenhum prejuízo à sua defesa em razão da inexistência da impugnação, ao contrário, no recurso voluntário evoca disposição da decisão recorrida para reforçar suas razões recursais.

Destarte, verifica-se que embora se constitua em fato grave e inusitado, o desaparecimento do então segundo volume do processo, no caso presente, mostra-se irrelevante à compreensão dos fatos, nada impedindo que este Colegiado decida com conhecimento de causa, segurança e serenidade.

(...)

No recurso voluntário, a contribuinte não alegou nenhum prejuízo à sua defesa em razão da ausência da impugnação! Assim, se o valor a ser protegido não é o direito de defesa; então, o que seria? O zelo da administração com o processo?

A leitura que faço da situação é que na verdade, o que se busca é penalizar a Administração por haver perdido o volume e não porque ele seja importante para a defesa da recorrente.

Por tudo o que vi no processo, a recorrente, que é a única pessoa que poderia juntar a impugnação e os respectivos documentos, não está interessada em fazê-lo.

Tudo leva a crer que a contribuinte, sabendo que sua impugnação de três folhas não lhe é tão proveitosa, quer manter essa preliminar de nulidade durante o restante do contencioso, seja o administrativo, seja eventualmente o judicial, com esperança de em algum momento receber uma decisão que a socorra.

Parece-me aqui a situação de se querer manter uma situação inusitada de forma a obter algum proveito no futuro, mas *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou, numa versão mais moderada, a ninguém será concedido um benefício por não querer cooperar, quando pode fazê-lo (desatendimento aos princípios processuais da cooperação ou da colaboração).

Ademais, relativamente às notas fiscais integrantes do segundo volume, sequer houve alguma argumentação de que entre elas havia vendas/serviços cancelados, simples remessa para eventos, ou outras hipóteses de fatos não tributáveis.

Encerro, combinando a observação de um ilustre conselheiro desta turma, na sessão passada, de que o Acórdão da DRJ resumiu as alegações da impugnação (o que goza de fé pública) com o que anotou o recorrido de que a contribuinte, no recurso voluntário, não acusou nenhuma omissão na decisão de primeira instância, concluindo que não deve haver nada retumbante e novo na impugnação, que, por si só, poderia dirigir a decisão para o sentido contrário. O bom senso nos diz que, se houvesse um argumento de grande envergadura, certamente a DRJ o teria apreciado, ainda que fosse apenas para refutá-lo.

Por esses motivos, e também adotando como razões de decidir os argumentos do acórdão recorrido, transcritos anteriormente, com a mais devida vênua à eminente Relatora, e em que se pese o seu brilhante texto, voto por rejeitar o acolhimento da nulidade.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo