



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

Processo nº 10980.728065/2013-11
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-002.216 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de fevereiro de 2017
Matéria Embargos - Omissão - IRPJ - Preços de Transferência - Nulidade Vício Material
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado GEMALTO DO BRASIL CARTÕES E TERMINAIS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2009

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ANULAÇÃO DO LANÇAMENTO. NATUREZA DO VÍCIO.

Do acórdão que invalida lançamento tributário, em razão da existência de vício, se exige a identificação desse vício, mas é desnecessária a sua qualificação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em **NEGAR** provimento aos embargos, vencidos os Conselheiros Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Flávio Franco Corrêa e Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, que votaram por seu acolhimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Roberto Silva Junior.

(assinado digitalmente)
Waldir Veiga Rocha - Presidente

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Waldir Veiga Rocha, Flavio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Junior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo e Amélia Wakako Morishita Yamamoto.

Relatório

Trata o presente de embargos de declaração (fls. 1707) opostos pela Fazenda Nacional, em face do acórdão nº 1301-002.051, prolatado por esta 1ª Turma na sessão de julgamento de 8 de junho de 2016 (fls. 1675/1705).

No referido julgado, o Colegiado pronunciou-se no sentido de, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso voluntário, termos em que, segue ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Exercício: 2009

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. NULIDADES. OCORRÊNCIA.

A autoridade fiscal está obrigada, por força do artigo 20-A da Lei 9.430/96, a intimar o contribuinte para que, no prazo de trinta dias, apresente novo cálculo de acordo com o método que lhe seja mais favorável.

Tratando-se de norma de caráter eminentemente procedimental, o preceito do art. 20 A da Lei nº 9.430/96 é imediatamente aplicável.

A ausência de intimação do contribuinte para apresentar novo método que pudesse lhe ser mais favorável, em razão da desqualificação dos critérios de cálculo adotados, importa a nulidade do lançamento de ofício, em razão da inobservância de norma que disciplina o seu procedimento.

Alega a embargante que o Acórdão combatido estaria eivado de omissão relacionado a ponto de importância fundamental para o deslinde da controvérsia jurídica quanto ao tipo de nulidade que ensejou a anulação do lançamento de ofício, se se trata de nulidade formal ou material.

Entende ainda a postulante que "é indispensável o esclarecimento dessa questão para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173 do CTN:

Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (...)

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Partindo da premissa de que houve nulidade, a Fazenda Nacional entende que se trata de nulidade formal, pois seu fulcro estaria centrado em fato procedimental. No entanto, faz-se necessária, para que se espanquem tergiversações, a manifestação expressa dessa Colenda Câmara.

Às fls 1.717/1.718 encontram-se os despachos de admissibilidade dos embargos.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora

Os embargos encontram-se tempestivos, conforme o estabelecido pelo § 1º do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e demais alterações.

Ademais, a embargante apontou objetivamente a omissão que pretende ver sanada, atendendo, desta forma, o requisito regimental.

Atendidos os demais requisitos processuais, conheço dos embargos e passo a analisá-los.

Diante da decisão do Colegiado que anulou o lançamento, a embargante entende que nulidade é termo equívoco e que se torna necessária a especificação do seu sentido, sendo indispensável tal questão para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173, do CTN:

Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (...)

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Devemos aqui ressaltar que a nulidade do lançamento se deu pelo não atendimento, por parte da fiscalização, do determinado no art. 20-A da Lei 9.430/96:

Art. 20A. A partir do ano calendário de 2012, a opção por um dos métodos previstos nos arts. 18 e 19 será efetuada para o ano calendário e não poderá ser alterada pelo contribuinte uma vez iniciado o procedimento fiscal, salvo quando, em seu curso, o método ou algum de seus critérios de cálculo venha a ser desqualificado pela fiscalização, situação esta em que deverá ser intimado o sujeito passivo para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar novo cálculo de acordo com qualquer outro método previsto na legislação.

§ 1º A fiscalização deverá motivar o ato caso desqualifique o método eleito pela pessoa jurídica.

§ 2º A autoridade fiscal responsável pela verificação poderá determinar o preço parâmetro, com base nos documentos de que dispuser, e aplicar um dos métodos previstos nos arts. 18 e 19, quando o sujeito passivo, após decorrido o prazo de que trata o caput: I não apresentar os documentos que deem suporte à determinação do preço praticado nem às respectivas memórias de cálculo para apuração do preço parâmetro, segundo o método escolhido;

II apresentar documentos imprestáveis ou insuficientes para demonstrar a correção do cálculo do preço parâmetro pelo método escolhido; ou

III deixar de oferecer quaisquer elementos úteis à verificação dos cálculos para apuração do preço parâmetro, pelo método escolhido, quando solicitados pela autoridade fiscal.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda definirá o prazo e a forma de opção de que trata o caput.

O Acórdão embargado, no tocante a este ponto trouxe as seguintes palavras:

"O artigo 20-A da Lei nº 9.430/96 determina que, caso o método eleito pelo contribuinte ou um de seus critérios de cálculo venha a ser desqualificado pela fiscalização, o sujeito passivo deverá ser intimado para apresentar, no prazo de 30 (trinta) dias, novo cálculo de acordo com outro método previsto na legislação.

[...]Considerando que a norma contida no artigo 20-A é eminentemente procedimental, disciplinando o processo de fiscalização em matéria de preços de transferência, não há dúvida que a mesma encontra-se abarcada pelo comando do art. 144 do CTN.

No caso presente, a ausência de intimação do contribuinte para apresentar novo método que pudesse lhe ser mais favorável, em razão da desqualificação dos critérios de cálculo adotados, **importa a nulidade do lançamento de ofício**, em razão da inobservância de norma que disciplina o seu procedimento.

De fato, o acórdão deixou de trazer às claras se a nulidade foi formal ou material.

Nesse ponto, necessário verificar as razões que levaram a nulidade do lançamento, qual seja, a do não atendimento, por parte da fiscalização de norma determinada no art. 20-A da Lei 9.430/96, por se tratar de norma procedimental, a qual o autoridade lançadora estaria sujeita, e com dever de observância a norma relativas ao preço de transferência.

O embargado em suas razões de recurso (fls. 1622/1671), assim justifica, tratando-se, pois, de norma de caráter eminentemente procedimental, é imediatamente aplicável, e dessa forma, se aplica a todas as fiscalizações concluídas após a sua vigência, impondo à Autoridade Fiscal, que desqualificando os critérios de cálculo do método eleito pela

Recorrente, a intimasse para apresentar novos cálculos de acordo com o método que lhe fosse mais favorável.

Já que no caso em análise, quando do encerramento da Fiscalização, em 11 de dezembro de 2013, já se encontrava em vigor a Lei 12.715/2012, promulgada em 17 de setembro de 2012, e dessa forma, na data da lavratura do Auto de Infração, a Autoridade Fiscal já se encontrava adstrita à norma contida no artigo 20-A da Lei 9.430/96.

Tal desobediência ao procedimento determinado em lei e previamente estabelecido demonstra-se em vício formal, dizendo respeito às exigências legais pré-estabelecidas para o ato administrativo, qual seja o lançamento tributário, ao qual o fiscalizador está plenamente vinculado, nos termos do art. 142, do CTN.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Diante do exposto, voto por conhecer dos presentes embargos para, no mérito, dar-lhes provimento no sentido de esclarecer a omissão apontada, no sentido de se reconhecer para o presente caso, a existência de vício formal no lançamento exarado.

Conclusão

Em conclusão, por todo o exposto, voto por conhecer e prover os presentes embargos declaratórios.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Roberto Silva Junior, Redator Designado

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, para suprir omissão no Acórdão nº 1301-002.051, prolatado por esta 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara.

A ilustre Conselheira Relatora julgou cabíveis os embargos, votando por dar-lhes provimento. Desse entendimento, entretanto, com todo respeito, peço licença para divergir.

A embargante busca esclarecer o tipo de nulidade que ensejou a invalidação do lançamento de ofício, ou seja, pretende que se diga se a nulidade é ou não de natureza *formal*. A importância de esclarecer esse ponto vem do fato de que dele depende a aplicação do art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN.

Posicionando-se acerca da matéria, a embargante sustenta que a nulidade fora baseada em fato procedimental, portanto o vício seria de natureza formal.

Nos termos do art. 65 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, cabem embargos de declaração nas hipóteses em que o acórdão contenha obscuridade; contradição entre a decisão e seus fundamentos; ou omissão acerca de ponto sobre o qual o órgão julgador deveria pronunciar-se.

Como se vê, em se tratando de omissão, os embargos se mostram cabíveis apenas nas hipóteses em que o órgão julgador, estando obrigado a se manifestar sobre determinada questão, deixar fazê-lo. Portanto, só haverá omissão que dê ensejo a embargos, quando e se existir o dever de tratar ou de abordar, na decisão, determinado ponto.

No caso dos autos, a embargante quer que o órgão julgador, que já reconheceu a existência de vício a invalidar o lançamento, volte a se manifestar nos autos para, dessa vez, qualificar o vício e, por conseguinte, a própria nulidade, de modo a abrir caminho para a aplicação do disposto no art. 173, inciso II, do CTN, e assim, devolvendo-se prazo ao Fisco, viabilizar a realização de novo lançamento, agora observando a forma correta.

A questão que foi trazida ao órgão julgador, e diante da qual ele tinha de se posicionar, dizia respeito à existência ou não de vício; e, se existente, qual seria o efeito que ele poderia projetar sobre o lançamento.

Essa resposta foi dada, e o lançamento veio a ser anulado. Mais do que isso, o órgão julgador não estava obrigado a falar. Classificar a nulidade como decorrente de vício formal ou de vício de outra natureza não cabia ao CARF, nem era necessário fazê-lo nesse momento.

O que se questionava no recurso era a validade do lançamento. Essa questão foi efetivamente examinada e decidida, sem qualquer omissão que pudesse render ensejo a embargos.

No mais, é ocioso definir, no caso concreto, se o vício é formal ou não, porque essa avaliação, por não estar no centro da controvérsia, não vincula nem a autoridade lançadora, nem o próprio CARF.

Se o Delegado da Receita Federal entender que o vício que deu causa à nulidade do lançamento é de natureza formal, ele poderá, com fulcro no art. 173, inciso II, do CTN, determinar a realização de um outro lançamento. Aí, sim, examinar a natureza do vício que motivou a anulação do primeiro passa a ser indispensável para decidir a validade do segundo. A natureza do vício do primeiro lançamento emerge como questão prejudicial no julgamento da validade do segundo.

Ao julgar o segundo lançamento, e decidir a questão prejudicial, o órgão julgador (DRJ ou CARF) não estará vinculado às conclusões exaradas no primeiro processo quanto à natureza do vício.

Eis aqui o ponto: se qualificar o vício não modifica o resultado do julgamento (que continuará sendo pela nulidade do auto de infração), não vincula a autoridade lançadora (que pode ou não determinar a realização de novo lançamento), nem a DRJ ou o CARF (que podem, quanto à natureza vício, decidir de forma contrária à decisão exarada no processo anterior), então é forçoso concluir que o acórdão embargado não tinha mesmo de se manifestar sobre esse ponto.

Por essas razões, é lícito concluir que não existe omissão que possa render ensejo a embargos declaratórios.

Conclusão

Pelo exposto, considerando que não foi demonstrada a omissão, voto por negar provimento aos embargos de declaração interpostos pela PFN.

(assinado digitalmente)
Roberto Silva Junior - Redator Designado