



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

Processo n° 11020.001897/2002-47
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9101-002.167 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2016
Matéria Juros sobre Capital Próprio
Embargante MARCOPOLO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO.

Em obediência ao art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, que consagra os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, diante da ausência de intimação do contribuinte quanto ao resultado do julgamento do recurso especial que lhe foi desfavorável, o que pretere o seu direito de defesa, deve ser reconhecida a nulidade do atos administrativos praticados desde então.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, embargos conhecidos e acolhidos nos termos do voto do Relator, vencidos os Conselheiros Marcos Aurélio Pereira Valadão, Cristiane Silva Costa, Adriana Gomes Rêgo, Livia De Carli Germano (Suplente Convocada) e Rafael Vidal de Araújo.

Conselheiro CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente.

(assinado digitalmente)

Conselheiro LUÍS FLÁVIO NETO - Relator.

(assinado digitalmente)

EDITADO EM: 17/02/2016

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/02/2016 por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 17/02/2016 por

LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 18/02/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 22/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, CRISTIANE SILVA COSTA, ADRIANA GOMES REGO, LUÍS FLÁVIO NETO, ANDRÉ MENDES DE MOURA, LIVIA DE CARLI GERMANO (Suplente Convocada), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ (Vice-Presidente), CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO (Presidente).

Relatório

Tratam-se de **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos MARCOPOLO S.A. (doravante "**contribuinte**" ou "**embargante**"), em face do acórdão n. 9101-001.109 (doravante "**acórdão embargado**"), proferido na sessão de 01.08.2011, pela Primeira Turma desta Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante "**CSRF**"), em que foi julgado recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante "**PFN**").

Por oportuno, o relatório do despacho proferido para fins de admissibilidade dos referidos embargos de declaração bem sintetizou as questões ora submetidas à análise deste Tribunal (fls. 534-539 do e-processo):

"Trata-se de embargos de declaração interpostos em face do Acórdão nº 9101-001.109, de 01/08/2011, proferido pela 1ª Turma desta Câmara Superior de Recursos Fiscais -CSRF que, por voto de qualidade, deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Câmara *a quo* para a análise das demais razões de mérito, entendimento este que restou consubstanciado na seguinte ementa:

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, INCISO I, DO CTN. TERMO INICIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME RECURSO ESPECIAL Nº 973.733/SC. IMPOSSIBILIDADE.

A contagem do prazo decadencial, na forma do art. 173, I, do CTN, deve se iniciar a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em poderia ter sido efetuado o lançamento de ofício. O disposto no art. 62-A do RICARF não implica o dever do julgador administrativo em reproduzir a decisão proferida em sede de recurso repetitivo, sem antes analisar a situação fática que ensejou a decisão do precedente judicial. A finalidade da disposição regimental é impedir que decisões administrativas sejam contrárias a entendimentos considerados definitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, na sistemática prevista pelo art. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Em 12/08/2012, a 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF examinou o mérito do recurso voluntário e proferiu o Acórdão nº 1202-00.817, no qual, por unanimidade de votos,

negou provimento ao recurso voluntário interposto, conforme ementa abaixo reproduzida:

IRPJ. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. DEDUTIBILIDADE. O cômputo do saldo de reservas de lucros para fins de apuração do limite de dedutibilidade dos juros sobre o capital próprio somente é permitido a partir do ano calendário de 1997, em razão do disposto no art. 78 da Lei nº 9.430/96.

Em 24/08/2012, a embargante foi cientificada do resultado do julgamento tanto

do Acórdão nº 9101-001.109, proferido pela CSRF, quanto do Acórdão nº 1202-00.817, da 2ªTO/2ª Câmara/1ª SJ.

Em 31/08/2012, interpôs, tempestivamente, embargos de declaração suscitando,

preliminarmente, violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório tendo em vista que somente foi cientificado do acórdão proferido pela CSRF, que acolheu o recurso especial da Fazenda Nacional e determinou o retorno dos autos à Câmara *a quo*, depois que foi proferido o novo acórdão pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara, que negou provimento ao recurso voluntário.

Com relação ao mérito da decisão proferida pela CSRF, a embargante alega que

os julgadores incorreram em dois equívocos, "*os quais demonstram a existência de omissão no julgado*", *verbis*:

Em primeiro plano, o fundamento que enseja a aplicação do art. 173, I, do CTN, somente encontra respaldo quando não ocorre o pagamento antecipado do tributo sujeito à sistemática do lançamento por homologação. Todavia, isso não ocorre no presente caso.

Em um segundo momento, o disposto no art. 62-A do Regimento Interno deste Nobre Conselho Administrativo de Recursos Fiscais determina a aplicação do entendimento consagrado no âmbito dos recursos repetitivos, seja pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, como se verifica:

[...]

A ora Embargante irá, nesse momento, tratar do prazo decadencial que entende aplicável ao seu caso, sendo que, ao final de sua exposição, restará pacificado que o mesmo deve seguir a regra disposta no art. 150, § 49, do CTN, inclusive sob a benção do art. 62-A, do RICARF.

O CTN traz um único prazo decadencial, de cinco anos, que, todavia, pode ser contado de duas formas distintas: pela regra geral disposta pelo art. 173, e pela norma especial relatada no art. 150 § 4o.

Ao contrário do disposto no combalido acórdão, a Embargante reafirma que o prazo aplicável ao presente caso é o disposto no art. 150, § 4º do Diploma Tributário, *in fine*, tendo em vista que o tributo ora combalido se submete ao

tipo de lançamento homologatório, e em relação ao exercício em questão, houve inequívoco pagamento de IRPJ, ainda que, aos olhos do Fisco, de maneira insuficiente:

[...]

Assim, afirma a Embargante que tanto pela interpretação disposta no âmbito judicial quanto pela corrente adotada por esse E. Conselho de Contribuintes, o lançamento não teria condições de sobrevida, uma vez que foi definitiva e inquestionavelmente alcançado pela decadência, firmada na forma do art. 150, § 4º, do CTN, haja vista a existência de recolhimento, ainda que parcial.

Nessa esteira, não há que se falar na aplicação do prazo decadencial disposto no

art. 173, inc. I, do CTN, ainda que o lançamento que exigiu as exações supostamente não recolhidas tenha sido realizado de ofício, com fundamento no art. 149, da citada norma tributária.

Desta forma, houve inequívoca atuação da decadência sobre os valores exigidos,

o que torna nulo o lançamento efetuado, tendo em vista a incontestável extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inc. V, do CTN.

Ao final, a embargante requer que os embargos sejam acolhidos para:

i) acoimar de nulidade o acórdão 9101-001.109, proferido pela C. 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, pois há nítida agressão aos arts. 5, LV, da CF/88 e 59, II, do Decreto nº 70.235/72, face ao inafastável preterimento de defesa ocorrido por ocasião da imediata aplicação do citado acórdão, provocado em face de Recurso Especial interposto pela Fazenda.

Caso assim não se entenda, o que se admite apenas por amor ao debate, que (ii) seja reconhecida a omissão incorrida, para o fim de anular a autuação em questão, pois restou claramente demonstrado que sobre o direito de constituição do crédito tributário sobreveio a decadência, na forma disposta pelo art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que a ora Embargante em momento algum deixou de pagar o IRPJ relativo ao ano-calendário de 1996, mas, adotando-se o ponto de vista da D. Autoridade Fiscal, o fez a menor, o que afasta a regra decadencial determinada no art. 173, I, do CTN.

Concomitantemente, a recorrente interpôs embargos de declaração em face do Acórdão nº 1202-00.817, proferido pela 2ª TO da 2ª Câmara, alegando em preliminar a mesma nulidade suscitada nos embargos declaratórios dirigidos contra o acórdão proferido pela CSRF, ora sob exame, além de outras alegações quanto ao mérito."

Em decorrência da aludida análise de admissibilidade, os embargos de declaração foram admitidos apenas em parte. Ao reexaminar a questão, o Presidente da 1ª Turma da CSRF enunciou o seguinte despacho:

Com fundamento nas razões expendidas na informação retro, **ADMITO** parcialmente os embargos de declaração interpostos, quanto à preliminar de nulidade suscitada em face do Acórdão nº 1202-00.817, proferido pela 2ª TO da 2ª Câmara e rejeito, em caráter definitivo, a alegação de omissão no Acórdão nº 9101-001.109.

Tendo em vista que o relator original não pertence mais ao colegiado, encaminhe-se o presente processo ao Sesej para sua inclusão em lote de sorteio à membro da 1ª Turma da CSRF, nos termos do art. 49, § 5º do Anexo II do Ricarf, aprovado pela Portaria MF 343/2015.

Conclui-se, com isso, o relatório.

Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto

Os embargos de declaração opostos pelo contribuinte cumprem com o requisito da tempestividade e preenchem os demais requisitos de admissibilidade exigidos. Por isso, os conheço na parte em que admitidos pelo despacho irrecorrível proferido pelo i. Presidente da 1ª Turma da CSRF.

Nessa parte, atinente à nulidade dos atos processuais praticados à revelia da intimação do contribuinte quanto ao julgamento do recurso especial que reverteu a anterior decisão que lhe era favorável, entendo que **os embargos de declaração opostos pelo contribuinte devem ser providos.**

O Decreto n. 70.235/72 prescreve, em seu art. 59, norma essencial para o deslinde da questão:

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 conseqüência.

§ 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.

A ausência de intimação ao contribuinte quanto ao resultado do julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, que culminou em retorno dos autos para a análise do mérito pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção (doravante "**Turma Ordinária**"), configura *preterição do direito de defesa*.

A preterição do direito de defesa do ora embargante é causa de nulidade da remessa dos autos à Turma Ordinária, bem como dos demais atos administrativos praticados daí em diante, inclusive o acórdão nº 1202-00.817. Trata-se de nulidade fundada no princípio da publicidade dos atos processuais, sem o que deixasse de cumprir os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Ocorre que, como bem suscitou a i. Conselheira Adriana Gomes Rêgo, em seu despacho de admissibilidade dos presentes embargos de declaração, o vício em

questão fulmina os princípios do contraditório e da ampla defesa, tão caros ao processo administrativo tributário:

"Constato que, conforme arguido pela embargante, não lhe foi dada ciência do acórdão da CSRF, antes de ser proferida nova decisão pela 2ª TO da 2ª Câmara, violando de forma flagrante o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ora, uma vez proferido o acórdão da CSRF impunha-se a ciência à interessada, para que pudesse, querendo, apresentar o recurso cabível em face da mesma. No caso em apreço, embargos de declaração, o que somente se viabilizou quando já tinha sido proferido o novo acórdão pela câmara *a quo*."

Consigna-se que, na sessão de julgamento dos presentes embargos de declaração, houve debate entre os i. Conselheiros desta Turma da CSRF quanto à extensão da nulidade nos presentes autos. Foi suscitado, por exemplo, que não seria nula a decisão da Turma Ordinária (acórdão nº 1202-00.817), proferida após o retorno dos autos da CSRF sem a devida intimação do contribuinte quanto ao julgamento do recurso especial que reverteu a anterior decisão que lhe era favorável. Nesse debate, também foi suscitado, por exemplo, que a oposição dos embargos de declaração ora em julgamento, que teve como ensejo a intimação do contribuinte quanto à decisão proferida pela Turma Ordinária, esgotaria o direito à oposição de quaisquer outros recursos perante a CSRF.

Não me parece, contudo, que a acolhida de tais propostas seja possível. A *nulidade seletiva*, que não alcançaria todos os atos administrativos praticados desde a causa da nulidade em questão, redundaria em insanável ofensa aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

A questão é solucionada pela conhecida metáfora jurídica dos *frutos da árvore envenenada*: ao envenenar-se a raiz da planta, tudo em diante se contamina, até o fim de sua extensão, os seus frutos. É o que se confirma com a análise do caso concreto:

- No que se refere à decisão da Turma Ordinária (acórdão nº 1202-00.817), proferida após o retorno dos autos da CSRF sem a devida intimação do contribuinte quanto ao julgamento do recurso especial que reverteu a anterior decisão que lhe era favorável: tendo em vista a não observância do princípio da publicidade, o contribuinte não foi cientificado do retorno dos autos à Turma Ordinária e não pôde, então, comparecer ao julgamento que resultou no acórdão nº 1202-00.817. Compreendo que o contribuinte tem o direito assegurado pelo RICARF tanto à apresentação de *memoriais* (art. 53, III, do RICARF anterior e art. 53, par. 4, do RICARF atual) quanto à realização de *sustentação oral* (entre outros, art. 53, III, art. 58 do RICARF anterior e art. 58, II, do RICARF atual) e não pôde exercê-lo naquele julgamento realizado pela Turma Ordinária. Não se pode colocar em dúvida tais prerrogativas asseguradas ao contribuinte e aos seus

procurados, os quais buscam justamente garantir a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

- No que se refere ao suposto esgotamento das possibilidades recursais perante a CSRF face aos embargos de declaração ora em julgamento: Compreendo que a nulidade em tela - ausência de intimação de acórdão - somente será plenamente suprida com o restabelecimento da relação jurídica presente no último ato válido do processo administrativo, que é a formalização do acórdão da CSRF. Após esse fato válido, para que seja sanada a nulidade, deve ser o contribuinte intimado quanto ao referido acórdão, dando início ao seu prazo para que adote (ou não) alguma providência recursal. O primeiro ato administrativo prejudicado pela nulidade, no presente processo administrativo, consiste justamente na intimação do acórdão n. n. 9101-001.109, desta CSRF, pois o art. 59, § 1º, do Decreto n. 70.235/72, prescreve que estão prejudicados todos os atos posteriores ao ato nulo e que dele dependam diretamente ou sejam consequência. Ao dar causa à nulidade em tela, este Tribunal não pode adentrar no âmbito das escolhas processuais da parte prejudicada, com ingerência sobre qual recurso e quais questões poderiam ser alegadas caso houvesse sido regularmente intimado. De outro modo, a presente decisão, em vez de realmente corrigir os prejuízos da nulidade, teria o potencial de, apoiada em suposições e conjecturas, perpetrar restrição ao direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Nesse seguir, voto no sentido de dar provimento aos embargos de declaração opostos pelo contribuinte na parte conhecida pelo despacho de admissibilidade (fls. 534-539 do e-processo), a fim de que seja sanado o vício processual verificado, declarando-se a nulidade dos atos administrativos praticados desde a remessa dos autos à 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção sem a devida intimação prévia do contribuinte quanto ao julgamento do acórdão 9101-001.109, bem como de todos os demais atos administrativos praticados daí em diante, inclusive o acórdão nº 1202-00.817, proferido pela referida Turma Ordinária.

Voto, ainda, para que haja nova e regular intimação do contribuinte quanto ao acórdão de recurso especial n. 9101-001.109, proferido por esta CSRF, devolvendo-lhe o prazo para a apresentação de recurso que entender cabível (inclusive embargos de declaração), de modo que possa exercer plenamente o seu direito à ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

É como voto.

Conselheiro Luís Flávio Neto - Relator

(assinado digitalmente)

CÓPIA