



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

Processo n° 11516.721951/2012-74
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9101-003.979 – 1ª Turma
Sessão de 17 de janeiro de 2019
Matéria IRPJ
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado GDC ALIMENTOS S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

CABIMENTO DE EMBARGOS. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. VERDADE MATERIAL.

Permanecendo dúvida quanto aos fundamentos do acórdão embargado, a denominação do vício alegado pela embargante não pode prejudicar o direito de esclarecimento da decisão. Havendo "omissão", "obscuridade" ou "contradição", por força dos princípios da busca pela Verdade Material e do Formalismo Moderado, deve-se conhecer dos Embargos, o que também revela medida de transparência do CARF e contribuição para o desafogamento do Poder Judiciário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE.

Reconhecida a obscuridade, acolhem-se os Embargos de Declaração, para que os pontos perqueridos pela parte embargante sejam esclarecidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do acórdão embargado suscitada pelo conselheiro Rafael Vidal de Araújo, o qual restou vencido. Acordam, ainda, por voto de qualidade, em conhecer dos embargos, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), André Mendes de Moura, Luis Fabiano Alves Penteado e Livia De Carli Germano, que não conheceram dos embargos. Por maioria de votos, acordam em acolher os embargos para sanar a obscuridade apontada, sem efeitos infringentes, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que acolheu os embargos, com efeitos infringentes. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Demetrius Nichele Macei. Manifestaram intenção de apresentar declaração de voto os conselheiros Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner e Adriana Gomes Rêgo. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira Viviane Vidal Wagner não apresentou a

declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do §7º, do artigo 63 do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rego - Presidente

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteadó, Livia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo julgado por esta Turma, conforme acórdão **9101-003.211**, do qual se reproduz ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE FATOS, FUNDAMENTOS E CAUSA DE PEDIR.

Não se conhece de Recurso Especial quando a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos autos. No caso, tratava-se de lançamento consubstanciado na glosa de despesas de ágio, em razão da ausência de substância econômica da empresa veículo, utilizada para efetiva aquisição de participação societária por terceiros. A Fazenda Nacional pede em seu recurso a reforma da decisão recorrida, alegando que o ágio gerado em operações realizadas no âmbito de um grupo econômico, desprovida de pagamento não deve ser admitido para fins fiscais.

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 17/01/2018 (fls. 5.024), que apresentou embargos de declaração alegando omissão no citado acórdão, em síntese, quanto à “*interpretação e aplicação do art. 59, II, do Decreto-Lei n. 70.235/72; dos arts. 41, III e IV, 45, I, e 67 do Anexo II do RICARF; dos arts. 15 e 1029, inciso III e parágrafo 3º, do NCPC; e do disposto no item 2.2 do Manual de Admissibilidade de Recurso Especial (Portaria MF n. 329/2017).*” (trecho reproduzido dos embargos de declaração, fls. 5.026)

A Presidente da CSRF admitiu os citados embargos de declaração (fls. 5.038):

Nos termos do antes citado art. 65 do Anexo II do RICARF, os embargos de declaração são cabíveis não só quando "o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos", mas também quando "for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma". Verifico, porém, que a reclamação do embargante não aponta uma questão sobre a qual a turma julgadora deveria obrigatoriamente se pronunciar.

Eventualmente poder-se-ia cogitar que o acórdão embargado incorreu em omissão por não exteriorizar pronunciamento acerca dos argumentos declinados no item II do recurso especial na análise de sua admissibilidade, o que representaria, em última análise, omissão em relação às disposições do art. 67 do Anexo II do RICARF. Todavia, o voto condutor do acórdão principia afirmando expressamente a importância, no caso, da análise da admissibilidade, e lembra que "uma das alegações de

não conhecimento funda-se no fato de o Recurso Especial da Fazenda tratar de matéria estranha àquela discutida nos autos". Ao final, conclui que "Nesse contexto, entendo que não merece ser conhecido o Recurso da Fazenda". Assim, tudo que se encontra entre o intróito e o fecho é, por certo, a fundamentação para que se chegasse à conclusão.

De outro lado, porém, como bem orienta o Manual de Admissibilidade de Embargos, "é possível a aplicação da fungibilidade para acolhimento dos Embargos, caso o vício suscitado pelo Embargante e confirmado pelo Presidente da Turma não corresponda à denominação utilizada nos Embargos". E a análise dos argumentos da embargante evidenciam a existência de obscuridade, vez que não é possível compreender os fundamentos da decisão sem a necessidade de esclarecimentos adicionais.

De fato, o voto condutor do acórdão embargado, apesar de direcionar a análise ao "questionamento da admissibilidade do Recurso Especial da Fazenda", apresentado pelo sujeito passivo em contrarrazões, apenas aborda o fato de "o Recurso Especial da Fazenda tratar de matéria estranha àquela discutida nos autos", sem se reportar aos requisitos de admissibilidade do recurso especial e, ao final, conclui "que atender ao pedido da Fazenda para manutenção do lançamento" resultaria em decisão extra petita.

Consequência desta argumentação é a extensa exposição apresentada pela embargante no sentido de que atendeu aos requisitos de admissibilidade do recurso especial, bem como os apontamentos no sentido de que o próprio Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial dissocia as "razões de recurso" das verificações acerca da admissibilidade do recurso.

Cumpre esclarecer, portanto, o entendimento da maioria do Colegiado sobre de que forma a causa de pedir destoante dos fatos e fundamentos dos autos seria motivo para não conhecimento, por inobservância de requisito de admissibilidade, do recurso especial.

Por tais razões, aplicando o princípio da fungibilidade, admito os embargos de declaração em tela em face da existência de obscuridade no acórdão embargado.

O processo, assim, foi a mim sorteado para julgamento dos embargos de declaração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Os embargos da Procuradoria são tempestivos, razão pela qual passo à sua apreciação.

Dispõe o RICARF (Portaria MF nº 343/2015) que são cabíveis embargos de declaração nas seguintes hipóteses:

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.

Com efeito, este Colegiado, por maioria de votos, entendeu por não conhecer o recurso da Procuradoria, acompanhando o voto do então Relator, Conselheiro Gerson Macedo Guerra, do qual se extrai:

De fato, nas razões do Recurso da Fazenda a linha traçada pelo defensor vai no sentido de tratar como ilegítimo o ágio gerado em operações com empresas do mesmo grupo econômico. Em determinadas passagens de seu recurso a Fazenda foca na ausência de pagamento pela aquisição, para demonstrar a invalidade do ágio.

Frise-se, que a Fazenda pauta-se, inclusive em orientações da CVM sobre a invalidade do ágio gerado em operações intragrupo, sem o correspondente pagamento, para sustentar a impossibilidade de aproveitamento fiscal do ágio (...)

Ve-se, pois, que todo o arrazoado trazido pela Fazenda defende a ilegitimidade de ágio gerado em operação intragrupo, onde empresas de um mesmo grupo econômico criam artificialmente o ágio, sem que haja o dispêndio de efetiva despesa. Nesse contexto, entendo que atender ao pedido da Fazenda para manutenção do lançamento, sendo que a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos presentes autos de fato consubstanciaria numa decisão extra petita.

O voto condutor do acórdão embargado identifica a incoerência entre causa de pedir e pedido do recurso especial, concluindo que a falta de conhecimento do recurso especial. Assim, não há qualquer omissão ou obscuridade neste acórdão, razão pela qual concluo por **não conhecer os embargos de declaração**, opostos apenas para rediscutir o conhecimento do recurso especial.

Caso vencida no conhecimento, passo a apreciar a obscuridade identificada pela Presidente de Turma.

O Decreto nº 70.235/1972 delega ao Regimento Interno do CARF a definição da forma de julgamento de recursos:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Nesse contexto, o RICARF (Portaria MF 343/2015) enuncia, em seu artigo 67, as condições de conhecimento do recurso especial:

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

*§8º 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.***

A exigência do artigo 67, §8º, do RICARF, coaduna-se com o disposto no artigo 37, II, do Decreto nº 70.235/1972, que restringe o cabimento do recurso especial à hipótese de “*decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara, turma de Câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.*”

Cabe à parte recorrente, portanto, a demonstração analítica da divergência, com a “*indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido*”.

Observa-se no Recurso Especial da Procuradoria que, enquanto no tópico reservado aos paradigmas (II – DA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL) encontra-se discussão relativa à utilização de empresa-veículo, no corpo do recurso encontra, inicialmente, arcabouço teórico sobre ágio conhecido como “*interno*”, na maior parte do texto (fls. 18 a 26 da peça), e na sequência (III – DAS RAZÕES PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO), discorre-se sobre o caso concreto, no qual se evidencia uma contestação em face da “*empresa-veículo*” (fls. 26 a 28).

De qualquer forma, notam-se duas incongruências. Primeiro, em relação ao que foi exposto no tópico III – DAS RAZÕES PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. Na parte em que a recorrente busca trazer o fundamento teórico de sua irresignação, apresenta direito relativo a ágio “*interno*”, situação estranha aos autos. Por sua vez, na sequência, ao falar do caso concreto, apresenta os fatos no qual fala sobre a participação de empresa-veículo.

Na realidade, apesar da menção da participação da empresa-veículo, não resta claro se, efetivamente, o recurso trata da questão. Vale transcrever excerto da peça:

Mostra-se, assim, a necessidade de o ágio ou deságio suportado por uma empresa com a aquisição de uma participação societária ter como origem um propósito econômico real, assim como um efetivo substrato econômico. A presença concomitante

desse dois requisitos é imprescindível ao reconhecimento da existência dessa figura econômica e contábil.

A aquisição de um investimento por meio de mera escrituração artificial, sem a sua real materialização no mundo econômico, não é hábil a gerar ágio ou deságio.

Definidas essas premissas, parte-se à lide em si.

Eis os fatos importantes (...)

v) De uma situação inicial, qual seja, a GDC Alimentos S/A controlada pela GDC Holdings LCC, com participação residual de outras empresas, foram realizados os seguintes atos; 1) Compra, com ágio de R\$ 95.380.833,17, em 25/10/2004, da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A, esta como compradora de fato, com a intermediação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, esta como “empresa veículo”; 2) transmissão do ágio pela incorporação da Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda pela GDC Alimentos S/A. (...)

O que teria ocorrido é a aquisição da GDC Alimentos S/A pela Luiz Calvo Sanz S/A, embora tenham sido realizadas várias operações intermediárias sem propósito comercial autônomo, que não o de criar o ágio que viria ser amortizado.

As evidências que denotam ser este o ânimo inicial dos atos negociais foram as seguintes:

i) Luiz Calvo Sanz S/A, compradora de fato;

ii) Luiz Calvo Sanz do Brasil Participações Ltda, constituída em 14/09/2004, e com duração efêmera – menos de três meses – registrando sua contabilidade apenas sua constituição, as operações em tela e sua dissolução; (...)

Conforme bem salientado no acórdão da DRJ, não há dúvidas de que toda a operação empreendida pelos participantes do negócio foi artificialmente construída para impedir parcialmente a ocorrência dos fatos geradores do IRPJ e da CSLL, mediante uma série de atos formalmente lícitos, contra os quais não havia terceiros interessados que pudessem contesta-los, mas cujo objetivo foi a criação do ágio que é o centro da controvérsia fiscal que aqui se discute. Não houve qualquer outro motivo para a forma praticada, até porque a aquisição da empresa produtiva poderia ocorrer de maneira independente sem qualquer relação com a reorganização praticada.

Além disso, há uma incongruência entre o que foi apresentado no tópico sobre os paradigmas (II – DA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL) e no que trata das razões para a reforma do recurso (III – DAS RAZÕES PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO). Os paradigmas tratam de situação relativa à utilização de empresa-veículo, enquanto que, como visto, o tópico III apresenta como arcabouço teórico discussão sobre o ágio "interno".

Diante da situação posta, constata-se que o recurso especial não se mostra adequado para devolver a matéria relativa ao aproveitamento da despesa do ágio.

Padece o Recurso Especial de uma necessária conexão entre o discutido nos paradigmas e o tratado nas razões de mérito. Grande dessas razões discute o litígio como se os autos tratassem do ágio "*interno*", que não é o caso tratado no decorrer da fase contenciosa. Ao final do recurso, há uma evidência sobre a discussão da utilização de empresa-veículo. Contudo, não se mostra suficiente para amparar a pretendida devolução da matéria.

Nesse sentido, para sanar a obscuridade arguida, deve o acórdão embargado integrar ao seu texto as presentes razões.

Por fim, cabe a exclusão do parágrafo de conclusão da decisão objeto de embargo, por não refletir as razões para o não conhecimento do recurso, pois não adentramos na apreciação do mérito:

Nesse contexto, entendo que atender ao pedido da Fazenda para manutenção do lançamento, sendo que a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos presentes autos de fato consubstanciaria numa decisão extra petita.

Conclusão

Assim, entendo por **não conhecer os embargos de declaração** da Procuradoria. Tendo sido vencida no conhecimento, voto por acolher os embargos de declaração, para **sanar a obscuridade**, sem efeitos infringentes.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheiro Demetrius Nichele Macei, Redator designado

Conhecimento

Inicialmente, destaco os motivos da ilustre Relatora restringiram-se a identificar a incoerência entre causa de pedir e pedido do recurso especial, concluindo assim que a falta de conhecimento do recurso especial.

Com respeito, discordo do posicionamento exarado pela i.Colega relatora quanto à admissibilidade dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria, pois entendo que, no presente caso, os embargos merecem ser conhecidos.

Esclareço.

Em primeiro plano, tem-se que os embargos são tempestivos, como apontou o despacho de admissibilidade à e-folha 5.036 (intimação emitida em 17/01/2018 e oposição de embargos em 05/02/2018).

A embargante defende que teve seu direito de defesa tolhido, pois com o não conhecimento de seu recurso, a possibilidade de se superar o erro material da petição e julgar o pedido conforme as provas dos autos, restou afastada.

Ademais, alega a embargante que, a turma julgadora do acórdão embargado descumpriu as normas processuais ao não conhecer do seu recurso especial, uma vez que a congruência entre a causa de pedir e a matéria *sub judice* não é requisito de admissibilidade e sim objeto da análise do mérito.

Ato contínuo, ainda no tocante à admissibilidade/conhecimento dos embargos, no que pese a embargante ter indicado omissão no acórdão embargado, o despacho de admissibilidade entendeu que, na realidade, o caso era de obscuridade.

Veja-se:

"De outro lado, porém, como bem orienta o Manual de Admissibilidade de Embargos, "é possível a aplicação da fungibilidade para acolhimento dos Embargos, caso o vício suscitado pelo Embargante e confirmado pelo Presidente da Turma não corresponda à denominação utilizada nos Embargos". E a análise dos argumentos da embargante evidenciam a existência de obscuridade, vez que não é possível compreender os fundamentos da decisão sem a necessidade de esclarecimentos adicionais."

Diante de tal constatação, penso que se há dúvida da parte e o processo está em mesa, temos o dever de esclarecer a questão, independentemente do nome que ela receba, seja "omissão" ou "obscuridade", colaborando, assim, para a transparência do CARF e o

desafogamento do Poder Judiciário e ainda, atendendo aos princípios do formalismo moderado e da busca da verdade material no processo administrativo.

Pelo exposto, tomo conhecimento dos Embargos de Declaração da Procuradoria.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Declaração de Voto

Conselheira Adriana Gomes Rêgo

Acompanhei a relatora quanto ao acolhimento dos embargos de declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional por concordar quanto a necessidade de sanar a obscuridade constatada no acórdão embargado, motivo pelo qual os embargos foram admitidos.

Entendo, entretanto, que a exigência da demonstração analítica "com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido", prevista no § 8º do art. 67, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, não é suficiente para isoladamente justificar a não admissibilidade do recurso especial de divergência, em consonância com orientação do Manual de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial deste Conselho (Versão 3.1):

Nesse passo, observa-se que o ônus de comprovar a divergência suscitada é do recorrente, cabendo a ele demonstrar o alegado dissídio, inclusive analiticamente, com a indicação dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos no acórdão recorrido (§ 8º, do art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015). Destarte, caso o recorrente não efetue a demonstração da divergência, não cabe ao examinador fazê-lo em seu lugar.

Esclareça-se que a demonstração da divergência não requer necessariamente a elaboração de quadro comparativo, tampouco de cotejo analítico, desde que fiquem claros no recurso os pontos que estão sendo suscitados. Ademais, deve haver a vinculação clara do paradigma com a matéria suscitada, principalmente quando o recurso aborda diversos temas.

Por esse motivo, e por entender estarem presentes todos os pressupostos de admissibilidade do recurso, votei pelo conhecimento do recurso especial da Fazenda Nacional na sessão de 8 de novembro de 2017.

Agora, no entanto, acompanho o voto da relatora uma vez que o acórdão de embargos deve retratar o fundamento que levou a maioria do colegiado a não conhecer do recurso especial, qual seja, o não atendimento ao requisito de admissibilidade estabelecido no art. 67, § 8º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo

Declaração de Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei

A presente declaração de voto se presta a esclarecer o posicionamento deste julgador sobre a aplicação (ou não) de efeitos infringentes, no caso destes autos.

Entendo que no caso concreto os efeitos infringentes não devem incidir por uma questão de coerência, o que se traduz no respeito ao julgamento do acórdão embargado, uma vez este julgador não fazer parte da composição da turma naquele momento.

Note-se que o acórdão paradigma (caso LUPATECH) é o mesmo utilizado em outros processos da mesma natureza (utilização de empresa veículo para amortização de ágio) e, como bem destacado pela PGFN, em outros Recursos que discutem esta mesma matéria, o paradigma foi tranquilamente admitido.

Nestes autos, porém, o teor do Recurso Especial pôs dúvida sobre que matéria estava em debate (empresa veículo *versus* ágio interno).

Entendo, em atenção à busca da Verdade Material, que aliás orientou meu voto no sentido de conhecer destes embargos, também seria válido - a fim de superar a imperfeita concatenação das ideias postas pela parte - julgar o mérito do processo, orientado pela fungibilidade, verificando o contexto de sua defesa, pois mesmo confuso o texto do recurso, um rápido exame do paradigma apresentado evidencia que é claro e contundente no sentido de que há divergência a ser dirimida.

Note-se por outro lado, que a matéria discutida nos autos é bastante complexa e, no que pese o entendimento particular deste julgador sobre o caso acima mencionado, não se deve, agora - em sede de embargos de declaração -, retroceder, invocando novo julgamento, sem sequer conhecer das motivações e discussões que levaram esta i. Turma (na qual não participei) a não tomar conhecimento do recurso da procuradoria em 08 de novembro de 2017, em desprestígio da colegialidade.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Declaração de Voto

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo,

Veja o que consta no acórdão embargado:

- É importante analisar o conhecimento.
- Há uma preliminar de não-conhecimento.
- Pois bem.
- De fato, nas razões do Recurso da Fazenda a linha ... *(relatório sobre o que consta no recurso na parte de mérito)*
- Em determinadas passagens de seu recurso a Fazenda foca ... *(relatório sobre o que consta no recurso na parte de mérito)*
- Frise-se, que a Fazenda pauta-se, inclusive Vejamos a transcrição de trecho do Recurso: ... *(relatório sobre o que consta no recurso na parte de mérito)*
- Nesse contexto, após relatar os fatos dos presentes autos conclui a Fazenda: ... *(relatório sobre o que consta no recurso na parte de mérito)*
- Vê-se, pois, que todo o arrazoado trazido pela Fazenda defende a ... *(relatório sobre o que consta no recurso na parte de mérito)*
- Nesse contexto, **entendo que atender ao pedido da Fazenda para manutenção do lançamento**, sendo que a causa de pedir destoa totalmente dos fatos e fundamentos jurídicos discutidos nos presentes autos de fato **consubstanciaria numa decisão extra petita**. *(considerações de mérito totalmente estranhas ao conhecimento)*
- Nesse contexto, **entendo que não merece ser conhecido o Recurso da Fazenda**.

O voto contém **três** afirmações, cada um em um parágrafo diferente: a primeira diz que é importante analisar o conhecimento; a segunda conta o fato de que há uma preliminar de não-conhecimento e a terceira diz "pois bem"; **cinco** parágrafos relatando o conteúdo das razões de mérito do recurso de Fazenda Nacional; **um** parágrafo tratando do mérito do recurso da Fazenda Nacional. E, por fim, o **último** parágrafo do voto traz a **decisão** de que o recurso não deve ser conhecido.

Alguma razão de decidir? Nenhuma!

O acórdão está fundamentado? Certamente não.

Com clareza solar, salta aos olhos a subsunção do caso ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal *(todos os julgamentos ... serão públicos, e fundamentadas todas as*

decisões, sob pena de nulidade); sendo, portanto, o acórdão nulo, devendo sua nulidade ser declarada. Com base nisto, levantei preliminar de nulidade do acórdão embargado.

Sendo vencido em relação a preliminar de nulidade, então conheço dos Embargos, tendo em vista sua omissão (ou obscuridade, como colocado pelo Despacho de Admissibilidade dos Embargos) quanto aos motivos pelos quais o recurso não deve ser conhecido, pois não há qualquer afirmação no voto que faça um nexo causal entre o relatório constante no voto e a conclusão de que o recurso não deve ser conhecido.

Uma vez conhecido os Embargos, a relatora trouxe, como razões suficientes para suprimir a obscuridade, a aplicação do parágrafo 8º do art. 67 do Regimento Interno do CARF para justificar o não-conhecimento e o erro nas razões de mérito do recurso como prejudicial ao efeito devolutivo, resultando sem efeitos infringentes aos Embargos.

Considero que essas razões são insuficientes para obstar o conhecimento do recurso, pelos motivos que passo a expor. Costuma ocorrer que alguns recursos não são estruturados em capítulos e os acórdãos paradigmas citados são mencionados durante as razões do mérito; quando isso ocorre de longa data este colegiado vem aplicando como vetor interpretativo o princípio do formalismo moderado, especialmente para os casos em que se constata a defesa de hipossuficientes. Entretanto, na grande maioria dos recursos há divisão em capítulos: geralmente um para tratar de conhecimento e outro das razões de mérito; neste caso afasta-se, via de regra, a aplicação do formalismo moderado.

Nos presentes autos a recorrente traz quatro capítulos: I) Dos fatos; II) Da comprovação da divergência jurisprudencial; III) Das razões para reforma do acórdão recorrido; e IV) Do pedido.

Há, portanto, um capítulo inteiro, composto de 16 (dezesseis) páginas, e-fls. 4430/4445, tratando do cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os dois acórdãos paradigmas. E mais, não apenas transcrições da ementa, mas sim transcrições de trechos dos votos e da ementa, com realces, bem como diversas considerações de punho próprio demonstrando diferentes decisões em contextos quase iguais.

Impertinente, assim, a alegação de descumprimento do parágrafo 8º do art. 67 do Regimento Interno do CARF, para fins de obstar o conhecimento do recurso. Entender dessa forma corresponde a desprezar o capítulo II (*da comprovação da divergência jurisprudencial*) e buscar a defesa da existência da divergência dentro das razões relativas ao mérito, ou seja, no capítulo III (*das razões para reforma do acórdão recorrido*). Seria algo como um ultra-formalismo desmoderado: a exigência de que os paradigmas sejam trazidos também nas razões do mérito, além de já terem sido suficientemente apresentados e cotejados na caracterização da divergência.

A meu juízo e com as devidas vênias, poderiam ter sido apresentadas razões menos superficiais, a exemplo de entender que a inépcia do recurso é um elemento que deve integrar o conhecimento (e não o mérito); aplicando-se, subsidiariamente, o CPC. Apenas apresento uma razão hipotética; não que seja essa minha posição (não é o momento de me pronunciar sobre isso), mas certamente seria uma razão, com máxima vênia, mais respeitável.

Assim, considerando que o alcance dos Embargos é aquele suficiente para modificar o resultado do julgamento, como divergir das razões e sendo coerente com o

juízo do acórdão Embargado, no qual fiquei vencido, apresento brevemente minhas razões pelas quais o recurso deve ser conhecido.

O erro nas razões apresentadas no recurso não é suficiente para obstar o conhecimento, não se deve confundir conhecimento com mérito; conhecimento é pressuposto para admissibilidade do recurso e mérito é conteúdo do recurso.

Os paradigmas são de colegiados distintos, estão devidamente instruídos, não foram reformados e foi feito o devido cotejo analítico, estando atendidos os requisitos formais para conhecimento; e, quanto aos aspectos materiais: a legislação tributária interpretada foi corretamente demonstrada, não há afronta a nenhuma decisão vinculante de observância obrigatória pelo CARF e, por fim, quanto à similitude fática, o despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 4458 a 4473 (também de 16 páginas) não merece qualquer reparo e é suficiente para tornar evidente a semelhanças dos casos e a interpretação distinta da legislação tributária (adoto, assim, suas razões de decidir). Pelo exposto é forçoso, portanto, o conhecimento do recurso especial.

Assim, voto por, preliminarmente, anular o acórdão embargado; e, em sendo vencido nesta preliminar, em acolher os Embargos para suprir a omissão, com efeitos infringentes, modificando o resultado do acórdão embargado no sentido de conhecer do recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo