



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

Processo n° 19515.004352/2010-42
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.529 – 1ª Turma
Sessão de 18 de janeiro de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ELI LILLY DO BRASIL LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

Não se conhece de recurso especial no qual não restou comprovada a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de sobrestamento do processo em virtude da arguição de impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda, suscitada pelas partes, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio) e Gerson Macedo Guerra. Por unanimidade de votos, acordam em rejeitar a preliminar de impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio) e Gerson Macedo Guerra. A declaração por escrito, dos conselheiros fazendários, manifestando-se pelo não impedimento e suas razões, será anexada aos autos. Acordam, ainda, por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de prejudicialidade quanto à força probante do Lalur e da DIPJ, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo e, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. Solicitou apresentar declaração de voto quanto à preliminar de impedimento o conselheiro Demetrius Nichele Macei.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei (suplente convocado em substituição à conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio), Gerson Macedo Guerra e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício). Ausente, justificadamente, o conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente) e ausente a conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio.

Relatório

Por bem descrever os fatos, reproduzo o relatório da decisão recorrida:

Pelo que se extrai do auto de infração cuja cópia consta a partir da fl. 121, trata-se de exigência notificada ao recorrente em 14/12/2010 (fl. 122), identificando o seguinte, com o enquadramento legal que segue.

001 GLOSA DE PREJUÍZOS COMPENSADOS INDEVIDAMENTE

SALDO DE PREJUÍZOS INSUFICIENTES

Fato gerador	Valor Tributável ou imposto	Multa
31/12/2005	R\$ 2.794.257,95	75%
31/12/2006	R\$ 31.313.924,79	75%

Enquadramento Legal: art. 247, 250, inciso III, 251, parágrafo único, 509 e 510 do Regulamento do Imposto de Renda.

Pelo que se extrai do Termo de Verificação Fiscal de fls. 108 e seguintes, assim como do relatório do acórdão recorrido, parcialmente adotado por este relator.

Destaca a autoridade que, através dos Demonstrativos de Compensação de Prejuízos Fiscais (SAPLI) e respectivas DIPJs, foi constatado que a recorrente efetuou compensação de prejuízos, no ano-calendário de 2005, no valor de R\$ 31.183.697,16, apresentando um excesso de R\$ 2.794.257,95 em função do saldo inexistente de períodos anteriores, bem como, no ano-calendário de 2006, apresentou compensação indevida de R\$ 31.313.924,79.

Pelo que se extrai do Termo de Verificação Fiscal, à fl. 111, foram procedidas verificações retroativas ao ano-calendário de 2003 para a correta apuração dos valores indevidamente compensados nos anos-calendário de 2005 e 2006, sendo encontrados os seguintes dados:

II.1 – ANO CALENDÁRIO DE 2003

Neste período, o contribuinte apresentou o seguinte saldo remanescente do ano calendário de 2002 :

Prejuízo Fiscal dos Períodos-base a partir de 1991	9.419.873,58
Prejuízo Fiscal Operacional do Período-base	3.772.776,47
Saldo total	13.192.650,05

Segundo o relatório fiscal, no ano-calendário de 2003 a empresa apresentou prejuízo de R\$ 50.062.938,78, após as adições e exclusões procedidas no lucro líquido antes do IRPJ no valor de R\$ 121.181.708,31, sendo que, da análise do lucro líquido apresentado, constatou-se o seguinte:

Receita de Alienação de Bens/Direitos do Ativo Permanente (linha 42–ficha 06 A)	8.248.090,76
Valor contábil dos Bens/Direitos Alienados (linha 44 – ficha 06 A)	42.949.930,33
Resultado não operacional a compensar	34.701.839,57

Desta forma, segundo destacou a autoridade fiscal, o prejuízo não operacional de R\$ 34.701.839,57 encontra-se reduzindo o lucro líquido, conforme quadro que segue:

Prejuízo fiscal total do ano de 2003	50.062.938,78
(-) Prejuízo não operacional do ano de 2003	34.701.839,57
Saldo de prejuízo fiscal operacional do período a compensar	15.361.099,21

Desta forma, os saldos de prejuízos a compensar em períodos posteriores foi seguinte:

Prejuízo não operacional a compensar	34.701.839,57
Prejuízo fiscal Operacional	
de anos anteriores (AC 2002)	13.192.650,05
do próprio período base	15.361.099,21
saldo de prejuízo fiscal operacional a compensar	28.553.749,26

Procedimento idêntico ao acima referido foi feito em relação aos anos-calendário de 2004, 2005 e 2006, sendo que, em relação a estes dois últimos, transcrevo os seguintes quadros do termo de verificação fiscal:

Na apuração do Lucro Líquido do ano calendário de 2005, conforme DIPJ em fls. 15 – em vista da ocorrência de resultado não operacional foi compensado parte do saldo existente de prejuízos como segue:

Receita de Alienação de Bens/Direitos do Ativo Permanente (linha 42– ficha 06 A)	1.686.132,56
Valor contábil dos Bens/Direitos Alienados (linha 44 – ficha 06 A)	1.272.058,11
Resultado não operacional	414.014,45
(-) Saldo Anterior de Prejuízo Não Operacional	34.624.874,39
Saldo de Prejuízo Não Operacional a compensar	34.210.799,74

No ano calendário de 2005, a empresa apresentou Lucro Real no valor de R\$ 103.945.657,21 tendo como limite de 30% - R\$ 31.183.697,16 - para a compensação de prejuízos. No entanto, o saldo de prejuízo compensável era de R\$ 28.389.439,21 como demonstrado abaixo:

Prejuízo Fiscal a Compensar com Lucro Real	
(+) saldo de períodos anteriores	27.975.364,76
(+) prejuízo não operacional compensável	414.074,45
Prejuízo fiscal total compensável	28.389.439,21
(-) Compensação de prejuízo efetuada	31.183.697,16
Valor compensado a maior de acordo com saldo existente	2.794.257,95

Em face do exposto efetuou compensação indevida no valor de R\$ 2.794.257,95.

Com referência aos saldos de prejuízos disponíveis para posterior compensações passaram a ser os seguintes:

Prejuízo não Operacional	34.210.799,74
Prejuízo fiscal operacional	0,00

No ano de 2006, a empresa obteve resultado operacional conforme quadro que segue:

Receita de Alienação de Bens/Direitos do Ativo Permanente (linha 42– ficha 06 A)	969.134,35
Valor contábil dos Bens/Direitos Alienados (linha 44 – ficha 06 A)	867.056,04
Resultado não operacional	102.078,31
(-) Saldo Anterior de Prejuízo Não Operacional	34.210.799,94
Saldo de Prejuízo Não Operacional a compensar	34.108.721,63

Considerando que no ano calendário de 2006, a empresa apresentou R\$ 146.811.803,04 de Lucro Real e caso tivesse saldos suficientes de prejuízos fiscais a compensar estaria limitada a 30% desse lucro.

No entanto, a empresa apresentava, nesse período, o valor de R\$ 102.078,31 como saldo de prejuízo compensável com o Lucro Real :

Prejuízo Fiscal a Compensar com Lucro Real	
(+) saldo de períodos anteriores	0,00
(+) prejuízo não operacional compensável	102.078,31
Prejuízo fiscal total compensável	102.078,31
(-) Compensação de prejuízo efetuada	31.416.003,10
Valor de prejuízos fiscais compensado a maior no ano de 2006	31.313.924,79

Em síntese, nos termos do relatório fiscal, a empresa compensou a maior os seguintes valores:

Ano Calendário de 2005	2.794.257,95
Ano Calendário de 2006	31.313.924,79

Intimada da autuação, a parte interessada apresentou impugnação, alegando, em síntese:

a) A apuração do prejuízo fiscal operacional do ano-calendário de 2003, efetuada pela fiscalização no item II.1 do Termo de Verificação Fiscal, e que resultou no valor de R\$ 15.361.099,21, não está correta porque:

(i) deixou de considerar o montante de R\$ 40.126.427,73, relativo a receitas não operacionais, que foram adicionadas pela Impugnante à base de cálculo para apuração do Lucro Real daquele exercício;

(ii) não se apercebeu, assim, que, em razão da receita acima mencionada, o resultado não operacional do período não foi negativo em R\$ 34.701.839,57, mas positivo em R\$ 5.424.588,16, restando afastada, assim, a aplicação dos §§ 5º e 6º do artigo 36 da IN/SRF nº 11/96;

(iii) dessa forma, o valor do prejuízo fiscal de R\$ 50.062.938,78, indicado na DIPJ, só retrata prejuízo operacional;

(iv) em consequência, não mais subsiste o único fundamento invocado pela fiscalização para glosar as compensações realizadas em 2005 e 2006.

A DRJ julgou improcedente a impugnação, sendo que, desta decisão, a autuada, de forma tempestiva, apresentou o recurso de fls. 395 e seguintes, alegando:

I) que a autuação foi lavrada sob o fundamento de que o prejuízo fiscal operacional da recorrente, em 2003, seria de apenas R\$ 15.361.099,21, e não de R\$ 50.062.938,78, uma vez que parte deste prejuízo fiscal seria supostamente relativo a prejuízo não operacional.

II) que a autoridade fiscal só lavrou a presente autuação porque partiu de premissa equivocada, posto que não considerou a

existência, no ano de 2003, de receita não operacional no montante de R\$ 40.126.427,73, correspondente a reversão de receita diferida de venda de ativo.

III) a autuação não merece prosperar, pois a própria autoridade fiscal reconheceu que consta do LALUR, relativo ao ano-calendário de 2003, na parte de adições, que o montante de R\$ 40.126.427,73 compôs a base de cálculo do IRPJ, integrando o total das adições de R\$ 146.044.052,29, sendo esse o mesmo total de adições que compõe a linha 24 da página 6 da Ficha 9A da DIPJ.

Conseqüentemente, é fato que o resultado não operacional da Recorrente no ano de 2003 não foi negativo em R\$ 34.701.839,57, como supôs erroneamente a fiscalização, mas positivo em R\$ 5.424.588,16. O suposto resultado não operacional “negativo” de R\$ 34.701.839,57 em 2003, incorretamente obtido pela autoridade lançadora, torna-se, evidentemente, “positivo” em R\$ 5.424.588,16, quando corretamente considerada a receita não operacional de R\$ 40.126.427,73.

iv) Afastada a premissa de que o saldo do prejuízo fiscal operacional relativo ao ano de 2003 seria de R\$ 15.361.099,21, e não de R\$ 50.062.938,78, corretamente escriturado pela recorrente, resta demonstrada a improcedência da autuação;

v) Caso mantida a autuação, não podem ser exigidos juros sobre a multa, pois a lei prevê a incidência de juros somente sobre o valor dos tributos.

Ao julgar o recurso, a Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF proferiu o Acórdão nº 1402-001.377, de 7 de maio de 2013, cujas ementa e decisão transcrevo, respectivamente:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006

IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ. GLOSA DA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS FISCAIS APURADOS EM PERÍODOS ANTERIORES. REGISTROS CONTÁBEIS. DIPJ E LALUR. VALORAÇÃO DA PROVA FRENTE À REALIDADE DOS FATOS.

É certo que os registros contábeis, divorciados da realidade dos fatos, não se constituem em meios hábeis para comprovação de fato jurídico-tributário. Em se tratando de operações comerciais, glosas de despesas, ou pagamentos realizados, para efeitos tributários, é necessário verificar se estes eventos efetivamente ocorreram no mundo dos fatos. No entanto, passados quase 9 (nove) anos (sic) de situação caracterizada por registros constantes em DIPJ tempestivamente entregue, corroborada com registros regulares verificados no LALUR, não pode a autoridade fiscal desconsiderar tais informações pelo fato de que o sujeito passivo não lhe apresentou o Livro Diário, consumido em incêndio devidamente comprovado. Da análise do caso concreto, considerando os elementos existentes nos autos, chega-se à conclusão de que não subsiste o lançamento efetuado em 2010, para efetuar a glosa de prejuízos fiscais

apurados/acumulados nos anos de 2002 e 2003, pois tais valores constam nas DIPJ regular e tempestivamente apresentadas pelo contribuinte.

Nessas situações específicas, cabe ao Fisco observar o prazo decadencial para proceder ao lançamento, nos termos dos arts. 142, 149, 150 e 173 do Código Tributário Nacional, combinados com o art. 9º, § 4º, do Decreto 70.235/1972 (alterado pela Lei 11.941/2009, já em vigência à época da autuação).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso. Os Conselheiros Carlos Pelá e Alexandre Antônio Alkmim Teixeira acompanharam o Relator pelas conclusões. Ausente o Conselheiro Alexei Macorin Vivan. Participou do julgamento o Conselheiro Alexandre Antônio Alkmim Teixeira.

Inconformada, a Fazenda Nacional apresenta recurso especial por divergência, argumentando, em síntese:

a) que é possível serem revistos fatos ocorridos no passado que gerem efeitos tributários futuros; e

b) que não foi observado, pelo acórdão recorrido, o disposto no art. 264 do RIR/1999 – “Conservação de Livros e Comprovantes”.

O recurso especial, quanto àquele primeiro ponto, foi admitido pelo presidente da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF.

Devidamente cientificado, o contribuinte apresentou contrarrazões, a seguir resumidas:

a) que o acórdão recorrido deu provimento ao recurso voluntário por dois fundamentos independentes e autônomos, ambos capazes de, individualmente, justificar a exoneração do crédito lançado;

b) que a Fazenda Nacional, ciente desse fato, insurgiu-se contra os dois fundamentos;

c) que, porém, o despacho de admissibilidade de recurso especial, ao admitir o recurso especial da Fazenda Nacional, manifestou-se apenas a respeito da primeira divergência, abstendo-se totalmente de fazê-lo quanto à segunda, gerando a necessidade de sua complementação, sob pena de nulidade;

d) que, caso esse despacho de admissibilidade tivesse examinado a segunda divergência, concluindo pela inadmissibilidade do recurso especial nessa parte, teria persistido, de forma definitiva, fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido, inviabilizando o conhecimento daquele recurso especial;

e) que, preliminarmente, com relação ao primeiro fundamento do acórdão recorrido, o acórdão paradigma nº 1402-00.607 não pode ser admitido, já que foi julgado exatamente pela mesma turma que proferiu o acórdão recorrido;

- f) que também o acórdão paradigma nº 1201-00.595 não serve como paradigma, em razão da ausência de similitude fática entre a situação nele tratada e a pertinente ao acórdão recorrido;
- g) que, no tocante ao segundo fundamento do acórdão recorrido, trata-se de matéria de prova, não sendo, pois, cabível o recurso especial interposto;
- h) que, de todo modo, o acórdão apontado pela Fazenda Nacional como paradigma (Acórdão nº 2303-00.301) não guarda qualquer similitude fática com o caso concreto; e
- i) que, no mérito, deve ser desprovido o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, quanto aos dois fundamentos do acórdão recorrido.

Em despacho de saneamento que proferi em 14 de outubro de 2014, determinei que fosse retornado o processo à Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF, para complementação da análise de admissibilidade do recurso especial da Fazenda Nacional, no que se refere ao segundo fundamento da decisão recorrida.

O recurso especial, quanto a esse segundo fundamento, foi também admitido pelo presidente da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF.

Devidamente cientificado, o contribuinte reiterou as contrarrazões anteriormente apresentadas (alíneas “e” a “i”).

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão - Relator

1ª Preliminar – Sobrestamento

Suscitada a preliminar de sobrestamento para melhor discussão do tema do impedimento suscitado em face do em função do Bônus de Eficiência e Produtividade - Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015, entendo que não se trata de matéria suscetível de impor o sobrestamento do feito exatamente pelos motivos abaixo elencados, ou seja, que não há que se discutir aqui a matéria de impedimento por conta da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015.

2ª Preliminar - Impedimento

No início do julgamento foi suscitado pelo recorrido uma preliminar de impedimento dos Conselheiros representantes da Fazenda Nacional em função do Bônus de Eficiência e Produtividade - Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015. Nos termos do art. 44 do RICARF-Anexo II, consultados, nenhum dos Conselheiros representantes da Fazenda Nacional se declarou impedido, tendo a matéria submetida à votação foi decidido à unanimidade pela inexistência de impedimento, tendo sido feita manifestação por escrito dos motivos da não existência do impedimento, nos termos do art. 44 do RICARF-Anexo II, conforme documento acostado aos presentes autos.

Neste sentido, de forma mais detalhada, não me entendo impedido também pelos motivos que seguem adiante.

Em razão da arguição de impedimento aduzida pelo patrono da contribuinte por ocasião da sustentação oral ocorrida na sessão de julgamento realizada no dia 18 de janeiro de 2017, ao argumento de que nós, Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, estaríamos impedidos de atuar no presente julgamento, faz-se necessário juntar-se aos autos a presente manifestação, nos termos do art. 44 do Anexo II do Regimento Interno do CARF - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, haja vista que não reconhecemos tal impedimento.

A arguição foi motivada pela publicação da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2015, cujo art. 5º prevê um Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil, nos seguintes termos:

Art. 5º Ficam instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

§ 1º O Programa de que trata o caput será gerido pelo Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, nos termos a serem definidos em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será definido pelo Índice de Eficiência Institucional, mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidos nos objetivos ou no planejamento estratégico da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º Ato do Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil será editado até 1º de março de 2017, o qual estabelecerá a forma de gestão do programa e a metodologia para a mensuração da produtividade global da Secretaria da Receita Federal do Brasil e fixará o Índice de Eficiência Institucional.

§ 4º A base de cálculo do valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira será composta pelo valor total arrecadado pelas seguintes fontes integrantes do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975:

I - arrecadação de multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de impostos, de taxas e de contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil a que se refere o art. 4º da Lei nº 7.711, de 22 de dezembro de 1988, inclusive por descumprimento de obrigações acessórias; e

II - recursos advindos da alienação de bens apreendidos a que se refere o inciso I do § 5º do art. 29 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

§ 5º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira a ser distribuído aos beneficiários do Programa corresponde à multiplicação da base de cálculo do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira pelo Índice de Eficiência Institucional.

§ 6º O valor global do Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira não poderá ultrapassar o valor da base de cálculo de que trata o § 4º.

Em apertada síntese, foi alegado que, em decorrência do §4º do supracitado artigo prever que o bônus possui como base de cálculo, além do produto da alienação de bens objeto de pena de perdimento, o valor da arrecadação das multas tributárias e aduaneiras incidentes sobre a receita de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e aquelas exigidas em virtude do descumprimento de obrigações acessórias, considerando que o CARF é o órgão competente para o julgamento de recursos versando sobre as multas que servirão como base de cálculo para o bônus, os resultados dos seus julgamentos deveriam repercutir no valor a ser pago aos Auditores-Fiscais e Analistas-Tributários, o que caracterizaria interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, fato que, por sua vez, impediria os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional de atuarem no julgamento de recursos, nos termos do art. 42 do Anexo II do RICARF, ora colacionado:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

III - como parte, cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 3º (terceiro) grau.

§ 1º Para efeitos do disposto no inciso II do caput, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ou perceba remuneração do interessado, ou empresa do mesmo grupo econômico, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º As vedações de que trata o § 1º também são aplicáveis ao caso de conselheiro que faça ou tenha feito parte como empregado, sócio ou prestador de serviço, de escritório de advocacia que preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, bem como tenha atuado como seu advogado, nos últimos cinco anos. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

§ 3º O conselheiro estará impedido de atuar como relator em recurso de ofício, voluntário ou recurso especial em que tenha atuado, na decisão recorrida, como relator ou redator relativamente à matéria objeto do recurso.

§ 4º O impedimento previsto no inciso III do caput aplica-se também aos casos em que o conselheiro possua cônjuge, companheiro, parente consanguíneo ou afim até o 2º (segundo) grau que trabalhem ou sejam sócios do sujeito passivo ou que atuem no escritório do patrono do sujeito passivo, como sócio, empregado, colaborador ou associado. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Ocorre que tal dispositivo só tem aplicação para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, consoante o disposto no seu §1º. E, consoante a doutrina processual civil, as hipóteses de impedimento são objetivas, definidas a partir da presunção absoluta de

parcialidade do julgador, de modo que se a hipótese não está prevista no diploma regulador do processo, não é possível constituí-la a partir de uma interpretação extensiva da norma.

De toda a sorte, há uma razão para a hipótese regimental não alcançar os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Essa diferença de tratamento reside nas conseqüências advindas da não observância ao próprio dispositivo.

É que, para os Conselheiros representantes dos Contribuintes, nos termos do art. 45, inciso I, do Anexo II do RICARF, configurado o impedimento, se o Conselheiro argüido assim não se reconhecer, fica caracterizada hipótese de descumprimento ao Regimento Interno, configurando hipótese de perda de mandato.

No entanto, para os Conselheiros representantes da Fazenda Nacional, o descumprimento acarreta ato de improbidade administrativa, nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, punível com a demissão, nos termos do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Nesse sentido, o Presidente do CARF, no âmbito das atribuições de exarar atos administrativos complementares ao Regimento Internos, nos termos do art. 3º, incisos IV, XI e §2º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do RICARF, editou a Portaria CARF nº 1, de 2017, ora transcrita:

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos IV, XI e § 2º do art. 3º do Anexo I, bem como os incisos IV e XIII do art. 20 do Anexo II, todos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, em face de questionamentos suscitados por Conselheiros representantes da Fazenda Nacional diante do disposto no art. 5º da Medida Provisória nº 765, de 29 de dezembro de 2016,

DECLARA:

Art. 1º A hipótese de impedimento prevista no inciso II do art. 42 do Anexo II do RICARF aplica-se exclusivamente aos conselheiros da representação dos contribuintes dada a especificidade de que trata o § 1º do mesmo dispositivo.

§ 1º O interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, ocorre nos casos em que o conselheiro da representação dos contribuintes, em relação ao interessado ou empresa do mesmo grupo econômico:

I - preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil; ou

II - perceba remuneração, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

§ 2º Eventual enquadramento de conselheiro da representação da Fazenda Nacional nos casos de que trata este artigo tipificaria improbidade administrativa nos termos dos incisos I e VIII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

Art. 2º Há impedimento do conselheiro da representação da Fazenda Nacional:

I - na hipótese em que tenha atuado como autoridade lançadora, ou praticado ato decisório monocrático, nos termos do inciso I do art. 42 do Anexo II do RICARF;

II - quando o interesse for presumido pelo vínculo de parentesco ou de afinidade, nos termos do inciso III do mesmo artigo; e

III - na qualidade de relator, quando tiver atuado na condição de relator ou redator em decisão anterior.

Art. 3º Esta Portaria será publicada no Boletim de Serviço do CARF.

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Com efeito, o Regimento anterior ao atual, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009, vigente ao tempo em que advogados podiam atuar como Conselheiros representantes dos Contribuintes, concomitantemente com a prática da advocacia, já dispunha:

Art. 42. O conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto;

III - como parte, cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;

IV - participado do julgamento em primeira instância.

Parágrafo único. Para os efeitos do inciso II, considera-se existir interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro representante dos contribuintes:

I - preste consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ao interessado, ou dele perceba remuneração sob qualquer título, no período da instauração do processo administrativo fiscal e até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso; e

II - atue como advogado, firmando petições, em ação judicial cujo objeto, matéria, ou pedido seja idêntico ao do recurso em julgamento

Ou seja, mesmo quando o Regimento não obrigava os representantes dos Contribuintes a se licenciar da Ordem dos Advogados do Brasil, o dispositivo já era direcionado aos Conselheiros representantes dos Contribuintes.

Situação diferente ocorria em Regimentos anteriores, em que a redação do dispositivo que tratava do impedimento trazia em seu bojo, a título de parágrafo, uma complementação ao caput, usando a expressão “considera-se também”. A título exemplificativo, transcreve-se o que constava da Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007:

Art. 15. O conselheiro estará impedido de participar do julgamento de recurso, em cujo processo tenha:

I - atuado como autoridade lançadora ou praticado ato decisório monocrático;

II - interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto; e

III - cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, como parte, , ou como advogado da parte.

*§ 1º Para os efeitos deste artigo, **considera-se também existir** interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto, nos casos em que o conselheiro:*

I - percebe ou percebeu remuneração do recorrente, de advogado, de sociedade de advogados, de consultoria ou assessoria que lhe preste assistência jurídica e/ou contábil, em caráter eventual ou permanente, qualquer que seja a razão ou o título da percepção, no período que medeia o início da ação fiscal e a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso;

II - figure como representante ou mandatário, legal ou convencional, em ação judicial que tenha por fundamento ou pedido, no todo ou em parte, a mesma matéria que seja objeto do recurso em julgamento.

§ 2º O conselheiro representante da Fazenda Nacional estará impedido de atuar como relator em recurso no Conselho de Contribuintes quando tiver atuado como relator em instância inferior. (Negritamos)

É importante destacar, ainda, que ao Processo Administrativo Fiscal aplica-se o Decreto nº 70.235, de 1972 e, somente em caráter subsidiário, a Lei nº 9.784, de 1999, cujo art. 69 traz disposição expressa nesse sentido: "*Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*" E o Decreto nº 70.235, de 1972, remete ao Regimento Interno do CARF, a disciplina do seu julgamento, nos termos do art. 37, *verbis*:

Art. 37. O julgamento no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais far-se-á conforme dispuser o regimento interno.

Todavia, ainda que se entenda ser possível interpretação diversa aquela conferida por meio da Portaria CARF nº1, de 2017, é oportuno esclarecer que o bônus de eficiência, tal como regulamentado por meio da Portaria RFB nº 31, de 18 de janeiro de 2017, ainda que precariamente, posto que será submetido ao Comitê Gestor do Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil, composto por representantes do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Casa Civil da Presidência da República, somente será devido se a Secretaria da Receita Federal do Brasil atingir as metas constantes do Anexo II.

Para tanto, será necessário que os indicadores de 1 a 8, que não são atrelados à arrecadação, sejam positivos. Consoante a fórmula trazida no §2º do art. 2º, a arrecadação somente influenciará o fator de multiplicação F (Indicador 9), o qual, por sua vez, será multiplicado pela somatório de todos os demais indicadores, de onde se conclui que, se a soma não for positiva, ou, em outras palavras, se os demais indicadores de eficiência e produtividade não foram atingidos, o indicador representativo da arrecadação será multiplicado por "zero", resultando, por conseguinte, em um bônus igual a zero.

Entretanto, ainda que todos esses argumentos até então aduzidos estivessem superados, considera-se oportuno registrar que nós, na condição de julgadores representantes da Fazenda Nacional, ora signatários da presente manifestação, entendemos não estar impedidos porque sempre nos vimos julgando de acordo com o melhor direito, pautado na imparcialidade que a própria condição de julgador nos impõe.

Nesse sentido, e com a devida vênia aos que aduziram o nosso impedimento, entendemos ser necessário colocar e analisar os cenários possíveis decorrentes da presente problemática:

Pois bem, para levantamento desses cenários possíveis, devemos considerar que:

- (a) a multa lançada pode ser (i) indevida ou (ii) devida e
(b) no julgamento, essa multa pode ser (i) mantida ou (ii) cancelada.

Dessa forma, por análise combinatória, concluímos que os cenários possíveis são:

- I. multa indevida mantida;
- II. multa indevida cancelada;
- III. multa devida mantida; e
- IV. multa devida cancelada.

A seguir, analisaremos em separado cada um desses quatro possíveis cenários.

O **primeiro cenário, de multa indevida mantida**, é justamente aquele que aparentemente tem apelo. Poder-se-ia pensar que o conselheiro julgaria como devida uma multa indevida para aumentar a base de cálculo do bônus e, assim, aumentar sua parcela no bônus futuramente devido.

Entretanto, esse pensamento é equivocado porque não considera dois pontos essenciais:

- a verdadeira natureza do julgamento administrativo, uma revisão de legalidade do lançamento, que é facultativa e sujeita à palavra final do Poder Judiciário; e
- que a base de cálculo do bônus de eficiência não é a multa mantida administrativamente, mas sim a multa efetivamente devida, aceita, conformada e recolhida.

Na verdade, todo crédito tributário mantido no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, antes de ser recolhido, pode ser questionado no Poder Judiciário, em ação própria ou em sede de embargos à execução. E o Poder Judiciário é que tem a palavra final, é ele quem diz se a multa era efetivamente devida ou indevida. A palavra do Poder Judiciário é superior ao julgamento administrativo, podendo reformá-lo e, inclusive, dentro das regras legais e regimentais, vincular todos os julgamentos administrativos futuros.

Nesse caso, se o Poder Judiciário efetivamente decidir que uma multa mantida no âmbito do Processo Administrativo Fiscal era indevida, não haverá qualquer possibilidade de seu valor influenciar a base de cálculo do bônus de eficiência. Ao contrário, essa situação ensejaria ônus da sucumbência. E o mais importante, esse diálogo com o Poder Judiciário sinaliza o critério a ser utilizado administrativamente em situações equivalentes.

Portanto, como a multa administrativamente mantida e considerada indevida pelo Poder Judiciário não é a multa efetivamente recolhida, fica aqui afastada para esse primeiro cenário, a alegação de interesse indireto e, conseqüentemente, de impedimento do conselheiro fazendário.

Passamos agora à análise do **segundo cenário, de multa indevida cancelada**. Ora, uma multa indevida e cancelada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, por óbvio não aumentaria a base de cálculo do Bônus de Produtividade, o que afasta também nesse cenário qualquer possibilidade de impedimento.

O **terceiro cenário, de multa devida mantida**, é o que a sociedade espera da atuação do Estado, das autoridades tributárias e de todos os julgadores administrativos, sejam eles representantes da Fazenda Nacional, sejam eles representantes dos contribuintes: a aplicação correta da legislação.

Todavia, nessa situação, para o caso de o sujeito passivo entender que a multa seria por acaso indevida, caberia a discussão junto ao Poder Judiciário, o que torna aqui aplicáveis todas as explicações já apresentadas para o primeiro cenário. Portanto, também não se pode alegar que, nesse cenário, falar-se-ia de parcialidade e conseqüentemente de impedimento.

Por fim, **o quarto cenário, de multa devida cancelada**, é o cenário que toda a sociedade quer evitar. Uma multa que pudesse ser considerada devida pelo Poder Judiciário, em face da legislação, e que fosse, entretanto, cancelada no âmbito administrativo caracteriza crédito tributário teoricamente devido, porém definitivamente perdido, porque, nesse caso, a decisão administrativa (ainda que equivocada) é definitiva, por não ter a União legitimidade para recorrer ao Poder Judiciário contra decisão administrativa, salvo que seja provada má-fé, por corrupção.

Esse cenário, sim, é desencorajado pelo bônus de eficiência.

Mas esse cenário é ilegal, além de não interessar à sociedade e, conseqüentemente, ao Estado, aos bons contribuintes ou até mesmo aos conselheiros. Na verdade, esse cenário somente interessaria ao sonegador e àqueles que viessem a lucrar com a sonegação perpetrada. Aliás, situações relacionadas a esse cenário foram apontadas - pelo que se depreende do que foi publicado na imprensa ao longo dos anos de 2015 e 2016 - na chamada operação "Zelotes".

Ora, não se pode dizer que um mecanismo que inibe o erro e a corrupção venha a ser motivo de impedimento de atuação do conselheiro.

Portanto, afasta-se aqui, para esse cenário, também, a possibilidade de impedimento.

Enfim, para todos os cenários possíveis:

- a multa é devida ou indevida em face da legislação e não da vontade do conselheiro; e
- independentemente de sua vontade, nenhuma multa que o interessado considere indevida será recolhida sem que a ele seja assegurada a possibilidade de discussão junto ao Poder Judiciário.

Pelo que se encontra exposto acima, resta claro que não há interesse do conselheiro, seja direto ou indireto, na multa por ele julgada.

Confirmando a conclusão acima, cabe olhar mais uma vez para o passado e perquirir como aqueles que nos antecederam analisaram a situação sobre a qual agora nos debruçamos. Isso porque a presente situação é ontologicamente idêntica àquela que vigiu por mais de uma década nos Conselhos de Contribuintes, entre o início de 1989 e meados de 1999, quando a remuneração dos então Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional era composta pela RAV - Remuneração Adicional Variável.

A RAV, instituída pela Lei nº 7.711, de 1988, era calculada sobre o produto da arrecadação de multas em função da eficiência individual e plural da atividade fiscal. O valor dessa RAV foi limitado, inicialmente, ao valor do soldo do Almirante de Esquadra e, posteriormente, a 8 (oito) vezes o valor máximo do vencimento do Auditor-Fiscal e o valor da RAV devida aos conselheiros era o valor médio devido aos demais Auditores-Fiscais.

Ora, em tudo a RAV se assemelhava ao atual Bônus de Eficiência:

- a base era a mesma (produto de multas arrecadadas);

- o critério era o mesmo (eficiência da atividade fiscal);
- os limites eram equivalentes, valores máximos de soldos ou vencimentos (atualmente o limite é o vencimento de Ministro do Supremo Tribunal Federal); e
- o Regimento Interno vigente à época tinha dispositivo de impedimento equivalente.

Entretanto, durante todo o período da RAV, nunca foi sequer apontado um caso concreto de parcialidade por interesse direto ou indireto, nem discutido o impedimento dos conselheiros representantes da Fazenda Nacional, em função dessa remuneração. No entendimento deste conselheiro, a inexistência desse questionamento se deve ao fato de os que nos antecederam terem feito a análise de cenários aqui apresentados e visualizado a inoportunidade de interesse direto ou indireto dos conselheiros na multa em julgamento.

Mais do que isso, não há registro, durante esse período, de aumento de multas indevidas mantidas administrativamente.

Portanto, a história confirma a análise aqui realizada e corrobora a inexistência de qualquer interesse direto ou indireto do conselheiro fazendário na multa em julgamento.

Aliás, se fosse possível inferir tal interesse, caberia arguir impedimento em qualquer julgamento acerca de exigências de crédito tributário promovido por funcionários públicos, quer em sede de processo administrativo ou judicial, vez que os tributos arrecadados são a principal fonte de recursos a assegurar a remuneração dos servidores públicos.

Ainda, a título de reforço, cumpre fazer referência a outros tribunais administrativos que, em 22 Estados Membros da Federação, também remuneraram seus agentes com base na eficiência da fiscalização e arrecadação tributárias, sem que isso implique impedimento para o julgamento administrativo dos lançamentos de ofício.

Nesse sentido, convém trazer à tona o modelo do Estado de Pernambuco, onde se tem um Tribunal Administrativo autônomo, composto por julgadores concursados especificamente para tal fim, ou seja, sequer há paridade nos termos do CARF e, a despeito disso, não há diferença entre Auditor-Fiscal e Julgador, pois ambos os cargos recebem, entre outros valores, um bônus de 30% da arrecadação de multas (dividido por todos os auditores e julgadores, incluindo aposentadorias e pensões).

Por esses motivos não me declaro impedido.

3ª Preliminar – Prejudicialidade da 2ª Matéria

Foi suscitada também a preliminar de Prejudicialidade da 2ª Matéria (força probante do Latur e da DIPJ), de forma que não fosse necessário julgar tal tema, ainda em sede de conhecimento, em face de o primeiro tema iria exaurir a 2ª matéria.

Entendo que esta preliminar não deve prosperar pois a prejudicialidade, no caso presente é da análise do mérito e não da admissibilidade, de forma que estando os dois temas interligados, e em face da forma como foi elaborado o voto exarado no Acórdão recorrido em torno do dois temas, entendo que no caso presente, a análise de admissibilidade dos dois temas faz-se necessária, seguida, se for o caso, da análise do mérito (situação em que, se poderá, aí sim, discutir a prejudicialidade).

Neste sentido, entendo que deve o julgamento seguir seu curso.

Superada estas preliminares passo à análise do recurso em si.

O recurso é tempestivo, porém, entendo que a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados não restou comprovada e, por isso, **não conheço** do especial.

Veja-se que **não podem ser admitidos** os Acórdãos paradigmas nºs **1201-00.595**, de 2011, e **1402-00.607**, de 2011, assim ementados, respectivamente:

DCOMP. PRAZO PARA HOMOLOGAÇÃO.

O prazo estabelecido em lei para que o Fisco proceda à homologação da declaração de compensação é de cinco anos contados de sua apresentação, e não da data do surgimento do direito creditório.

SALDOS NEGATIVOS DE RECOLHIMENTO DO IRPJ E CSLL. PRAZO PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO E PARA EFETUAR VERIFICAÇÕES FISCAIS.

O prazo para pleitear a restituição do saldo negativo de IRPJ ou CSLL, acumulado, devidamente apurado, escriturado e declarado ao Fisco, é de 5 anos contados do período que a contribuinte ficar impossibilitada de aproveitar esses créditos, mormente pela mudança de modalidade de apuração dos tributos ou pelo encerramento de atividades. De igual forma, a administração tributária conta também com 5 anos para verificar a correção dos valores pleiteados, estando a contribuinte obrigada a manter a escrituração e comprovantes em boa guarda, em observância ao artigo 264 do RIR/2009 (sic).

Observa-se que ambos os acórdãos (nºs **1201-00.595**, de 2011, e **1402-00.607**, de 2011) tratam de **situações fáticas distintas** em relação à decisão recorrida, a saber: procedimentos de **homologação de Declaração de Compensação** e de **restituição de saldos negativos de IRPJ ou CSLL acumulados**, respectivamente, enquanto, no presente caso, trata-se de **procedimento de revisão de declarações (auto de infração)**, em que se glosou prejuízos fiscais compensados indevidamente, por insuficientes os respectivos saldos.

Não se trata, evidentemente, de “*não reconhecimento do crédito tributário pleiteado na DCOMP*”, pela “*retificação do prejuízo fiscal do período em litígio*”, reduzindo então “*o Saldo Negativo de Recolhimentos do IRPJ*”, como **equivocadamente** entendeu o despacho de exame de admissibilidade de recurso especial, de e-fls. 461.

Ainda, aquele segundo acórdão paradigma (Acórdão nº **1402-00.607**, de 2011), embora também trate, em sua ementa, do disposto no art. 264 do RIR/1999 - “*Conservação de Livros e Comprovantes*”, **não pode ser admitido**, por se tratar de **decisão da mesma turma recorrida** (Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Primeira Seção do CARF).

Resta, portanto, para exame, a fundamentação contida na **segunda parte** do voto condutor da decisão recorrida - relativa à **força probante do Lalur e da DIPJ**, diante da impossibilidade de apresentação do livro Diário e respectivos documentos, perdidos em incêndio, passados 7 (sete) anos da situação que se pretendeu investigar -, para a qual se indicou apenas o acórdão paradigma nº **2302-00.301**, de 2009, assim ementado:

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS, INFRAÇÃO.

É obrigação da empresa exibir à fiscalização todos os documentos relacionados a contribuições previdenciárias.

O extravio de documentos da empresa não exime a responsabilidade da mesma em providenciar a legalização de novos livros, conforme artigo 10 do Decreto-Lei 486/1969 e artigo 264 do Decreto 3.048/99 (sic).

Contudo, referido aresto, além de se referir a **contribuições previdenciárias**, teve como objeto **auto de infração decorrente de aplicação de multa pela falta de apresentação de documentos exigidos pelo Fisco**, e não — como no presente caso — **auto de infração decorrente de procedimento de revisão de declarações**, em que se glosou prejuízos fiscais compensados indevidamente, por insuficientes os respectivos saldos, ou seja, **situações fáticas distintas**.

Também a matéria ali discutida em nada se assemelha à questão relativa à **força probante do Lalur e da DIPJ**, diante da impossibilidade de apresentação do livro Diário e respectivos documentos, perdidos em incêndio, passados 7 (sete) anos da situação que se pretendeu investigar.

Por fim, tratando-se de questão relativa a **matéria de prova** —“*valoração da prova frente à realidade dos fatos*” (como consta da ementa do acórdão recorrido) —, não há falar-se em divergência de julgados, uma vez que a discrepância a ser configurada no recurso especial diz respeito à **interpretação da mesma norma jurídica**. Veja-se (e-fls. 438 e 439):

Da análise do caso concreto, considerando os elementos existentes nos autos, chega-se à conclusão de que não subsiste o lançamento calcado na premissa de que, em não mais existindo o Livro Diário de 2002, há que se presumir que os valores lançados na contabilidade, inclusive no LALUR, como sendo oriundos de receita não operacional não correspondem à verdade. Para afastar os registros levados a efeito pelo contribuinte cabia à autoridade fiscal, observando sempre o prazo decadencial, apresentar prova de que os mesmos continham omissão ou inexatidão.

Do exposto, **não conheço** do recurso especial da Fazenda Nacional, por não restar comprovada a existência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e os paradigmas apontados.

(assinado digitalmente)
Marcos Aurélio Pereira Valadão

Seguem abaixo Declarações de Votos apresentadas no prazo Regimental.

Declaração de Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, em relação a decisão proferida pela 2a. Turma da 4a. Câmara desta 1a Seção do CARF.

Antes mesmo de enfrentar o mérito e as questões de conhecimento do Recurso, os patronos do contribuinte, em sede de sustentação oral, argüiram o impedimento dos Conselheiros Fazendários em virtude da edição da Medida Provisória Presidencial (MP) no. 765/2016.

Tal MP criou o que vem sendo chamado de “bônus de eficiência” dos auditores fiscais da Receita Federal (art. 6o, inc. I).

Para o patrono do contribuinte, o bônus cria um incentivo para que os auditores apliquem mais multas e as qualifiquem durante as autuações. Por acreditarem que o incentivo será pago também aos auditores que atuam como membros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), entendem que o mecanismo estimula julgadores a concordar com o Fisco, violando seu dever de imparcialidade e criando situações de impedimento.

O impedimento, segundo o contribuinte, tem fundamento no art. 42, inc. II, do Anexo I, do Regimento Interno do CARF (RICARF) que prevê que *o Conselheiro estará impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha interesse econômico ou financeiro, direto ou indireto.*

De acordo com a MP, os recursos para pagar o bônus virão de um fundo composto das multas que forem aplicadas a contribuintes em autuações fiscais, o que, por si só, já configuraria o chamado *interesse indireto.*

Ocorre que, no presente caso, todos os Conselheiros Fazendários entenderam que não estavam impedidos de julgar e, por isso, de acordo com o art. 44 do RICARF, estão obrigados a manifestar-se por escrito neste sentido. Ainda, de acordo com o mesmo artigo do Regimento, todo o colegiado - ou seja, também os Conselheiros representantes dos Contribuintes, que não foram objeto de arguição de impedimento - deve deliberar sobre o tema.

Colhidos os votos de toda a turma julgadora, decidiu-se à unanimidade pelo NÃO impedimento dos colegas fazendários. Contudo, no caso dos conselheiros dos contribuintes, todos votaram "pelas conclusões."

E este foi o motivo desta declaração de voto, que passo a sustentar.

De industria, é preciso deixar claro que não estamos aqui questionando a lisura, neutralidade ou a imparcialidade dos colegas julgadores fazendários. Não se trata também de suspeição, que envolve foro íntimo, de caráter subjetivo.

O que estamos julgando aqui é a aplicação objetiva da lei. Em outras palavras, quem está suspeitando da imparcialidade não são os contribuintes, não é a Fazenda Nacional, não é a PGFN e muito menos nós, conselheiros representantes dos contribuintes: Quem desconfia é a Lei!

Digo isto porque se a legislação diz, por exemplo, que nós mesmos, conselheiros dos contribuintes, estamos impedidos de julgar processos que estejam sendo patrocinados por escritórios de advocacia em que, eventualmente, tenhamos trabalhado nos últimos anos, significa que o legislador desconfiou de nós.

Contudo, isto não pode ser motivo de revolta - e poderíamos até nos ofender por suspeitarem de nossa idoneidade - pois é a regra posta pelo sistema, de forma democrática. Menciono isto pois alguns colegas manifestam indignação com a arguição de impedimento, mas entendo que isto não pode nem deve ocorrer, pois estamos aqui verificando, simplesmente, se da norma vertida no artigo 6o. da MP pode decorrer a aplicação do artigo 42, II do RICARF. É apenas uma questão de subsunção normativa.

O assunto é mais polêmico do que pode parecer. Tanto é assim, que no período compreendido entre o julgamento deste caso e o momento da sua formalização, inúmeros artigos científicos e jornalísticos foram produzidos exatamente sobre este tema, qual seja: o impedimento dos conselheiros fazendários após a vigência da MP 765/2016.

Na mesma tribuna em que foi arguido o impedimento, o Ilustre representante da Fazenda Nacional (PGFN) solicitou a retirada de pauta dos processos, ao menos até que o tema fosse objeto de interpretação por órgãos externos ao CARF (AGU, p. ex) evitando assim a judicialização do tema.

A retirada não ocorreu e já há notícia, inclusive, de liminar proferida pelo Poder Judiciário de primeiro grau, acolhendo a tese do impedimento em favor de determinado contribuinte.

Tal o impacto do tema sobre os processos em julgamento nesta data, que o Ilmo. Presidente do CARF emitiu a Portaria CARF n. 01, de 18.01.2017, cujo artigo 1º declara que *a hipótese de impedimento prevista no inciso II do art. 42 do Anexo II do RICARF aplica-se exclusivamente aos conselheiros da representação dos contribuintes dada a especificidade de que trata o § 1º do mesmo dispositivo.*

Com efeito, o Presidente do CARF usou da prerrogativa que lhe é conferida pelo RICARF para *editar atos complementares* bem como *suprir e dirimir as omissões e as dúvidas suscitadas na aplicação* do RICARF (arts. 3o. e 20). Por outro lado, ainda no RICARF, está previsto que a inobservância aos seus comandos acarreta automaticamente a *perda de mandato* do Conselheiro desatento. (art. 45, inc. I)

Já caminhado para a conclusão do meu voto, entendo que, após a publicação da referida Portaria CARF 01/2017, seja o representante fazendário, seja o indicado pelos contribuintes, não pode decidir de outra forma, sob pena de contrariar comando contido na Portaria e, por conseguinte, ofender comando contido no RICARF, o que acarreta para todos nós - repita-se - hipótese de perda de mandato.

Não nos cabe, neste momento, ingressar nos aspectos de competência administrativa ou concordância com o conteúdo da Portaria citada. Para isso, seria necessário ingressar em discussões como o possibilidade (ou não) de o próprio Presidente do CARF normatizar em causa própria, visto que também é auditor fiscal, ou ainda, discussões sobre o sentido e alcance do artigo 18, inc. I, da Lei 9.784/99 que estabelece que o impedimento *de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que tenha interesse direto ou indireto na matéria*, sem diferenciar conselheiros fazendários de contribuintes etc.

É importante salientar ainda que, no exato momento do julgamento do presente Recurso, a MP 765/2017 não havia sido sequer regulamentada, no que tange ao referido Bônus de produtividade. Aliás, a norma é essencialmente "provisória". Apesar de deter

força de lei e aplicação imediata, sujeitar-se-á à competente conversão (ou não) em Lei nos próximos meses. Por todos estes motivos, não é razoável exigir-se posição definitiva deste tema... Nem é conveniente que se trate de tema tão relevante de forma tão expedita.

Questionar esta Portaria, portanto, seria o mesmo que deixar de aplicar Súmula CARF por não concordar com o seu texto. Ambas as situações acarretam na perda de mandato do julgador administrativo.

Por essas razões, ressalvado o direito de, no momento oportuno, manifestar-me sobre o *mérito* do referido impedimento - caso a Portaria seja revogada, anulada ou modificada -, opto por julgar improcedente o argumento de impedimento, por falta de regulamentação e precariedade do tema, sem olvidar a publicação da Portaria CARF 01/2017, ocorrida no mesmo dia deste julgamento e, por isso, voto pelas conclusões do Ilustre Conselheiro Relator que, por sua vez, julgou improcedente o argumento no mérito, ou seja, afirmando que os conselheiros fazendários não estão impedidos neste caso.

(assinado digitalmente)
Demetrius Nichele Macei