



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

Processo nº 37311.002124/2007-19
Recurso nº 243.999 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-01.538 – 2ª Turma
Sessão de 09 de maio de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado UNILEVER BRASIL HIGIENE PESSOAL E LIMPEZA LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/08/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

De acordo com o princípio pas de nullité sans grief, que na sua tradução literal significa que não há nulidade sem prejuízo, não se declarará a nulidade por vício formal se este não causar prejuízo.

Podemos, então, estar diante a uma violação à prescrição legal sem que disso, necessariamente, decorra a nulidade. Como no presente caso, em que o art. 10, IV do Decreto nº 70.235/72 prescreve que o auto de infração conterá obrigatoriamente a disposição legal.

Não obstante a existência de vício formal no lançamento, a sua nulidade não deve ser decretada, por ausência de efetivo prejuízo por parte do contribuinte em sua defesa. Não há de se falar em nulidade do lançamento, por não restar configurado o binômio defeito-prejuízo.

Recurso especial provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para afastar a nulidade declarada no acórdão vergastado, e determinar o retorno dos autos ao Colegiado recorrido para que enfrente as demais questões trazidas no recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Marcelo Oliveira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira que negavam provimento ao apelo fazendário.

Henrique Pinheiro Torres – Presidente-Substituto

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Relator

(Assinado digitalmente)

EDITADO EM: 24/05/2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Presidente – Substituto), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Elias Sampaio Freire, Gonçalo Bonet Allage, Giovanni Christian Nunes Campos, Manoel Coelho Arruda Junior, Alexandre Naoki Nishioka, Francisco Assis de Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Oliveira.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº 2302-00.126, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção em 19/08/2009 (fls. 333/340), interpôs, dentro do prazo regimental, recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 344/370), nos termos do art. 67 do RI-CARF.

A decisão recorrida, por unanimidade de votos, anulou o lançamento. Segue abaixo sua ementa:

“AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. A ausência de fundamento legal é vício formal insanável que torna nulo o lançamento. Processo Anulado.”

Em seu recurso, a recorrente afirma que a decisão recorrida baseia-se na alegação de que houve vício no lançamento quanto à ausência de indicação de dispositivo legal referente ao instituto da aferição indireta, já que esta foi utilizada para calcular o valor das contribuições devidas, caracterizando assim o cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual anulou o lançamento.

Apresenta paradigmas nos quais se verifica que a ausência de enquadramento legal das situações descritas na NFLD não é suficiente para provocar a nulidade do lançamento ou mesmo da decisão de 1ª instância, ainda mais quando o direito à ampla defesa foi exercido em sua plenitude, conforme previsão dos artigos 10, 11, 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72.

Explica que, no processo, não houve cerceamento de defesa, nem tampouco as decisões foram proferidas por autoridade incompetente. Pondera que a defesa do notificado foi exercida plenamente e, mesmo que assim não fosse, consoante os dizeres do voto vencido, não deveria ser anulado o auto de infração, pois existiu o motivo para a autuação.

Entende que, quando muito, deveria ser anulada tão-somente a decisão de 1ª instância, para que fosse prolatado relatório fiscal complementar e outra decisão em seu lugar. Isso porque o suposto vício refere-se tão somente à utilização da aferição indireta para cálculo das contribuições previdenciárias devidas, em nada se relacionando com a descrição e fundamentação dos fatos geradores em si. Anular todo o lançamento atenta contra a dicção do art. 59 do Decreto 70235/72.

Ressalta que a decisão recorrida mostra-se dissonante da jurisprudência majoritária ao decretar uma nulidade sem a comprovação de prejuízo. O exercício amplo e efetivo do direito de defesa foi propiciado à contribuinte, que inclusive apresentou impugnação e recurso voluntário. Ademais, em nenhum momento a empresa se insurge em face da aferição indireta utilizada pela fiscalização para calcular o valor da contribuição previdenciária devida.

Aduz que, no caso dos autos, como a descrição dos fatos e da fundamentação legal para cobrança das contribuições lançadas é precisa, não se pode advogar a tese da anulação pelo mero apego formal.

Sustenta que a decisão recorrida confronta o princípio da instrumentalidade das formas, infringindo os arts. 2º, X e 22 da Lei 9784/99.

Ao final, requer o provimento do presente recurso para que se mantenha na integralidade o lançamento, por inexistência de vício no lançamento.

Nos termos do despacho de fls. 371/372-verso, foi dado seguimento ao pedido em análise.

O contribuinte ofereceu contra-razões às fls. 376/398. Todavia, tal peça foi apresentada fora do prazo regimental (ciência em 25/08/2010, segundo AR à fl. 399, e protocolo em 13/09/2010 à fl. 376), motivo pelo qual não será considerada na presente análise.

Eis o breve relatório.

Voto

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Relator

O recurso especial preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

A questão controvertida posta à apreciação diz respeito à declaração de nulidade do lançamento em decorrência da ausência da expressa fundamentação legal do arbitramento procedido.

No passado, por diversas vezes me manifestei pela nulidade de lançamentos fiscais que não apresentassem a expressa menção ao arbitramento. Aliás, este entendimento encontrava-se consolidado no âmbito das câmaras com competência para julgar os processos administrativos fiscais referentes às contribuições previdenciárias, desde que esta competência era exercida no âmbito do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, que aprovou o enunciado nº 29:

“Nos casos de levantamento por arbitramento, a existência do fundamento legal que ampara tal procedimento, seja no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD ou no Relatório Fiscal - REFISC garante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, não gerando a nulidade do lançamento”

Entretanto, a jurisprudência firmada no âmbito do CARF, no sentido de que não há nulidade sem prejuízo me fez reavaliar a questão. O seguinte precedente ilustra o entendimento dominante no CARF:

NULIDADE - ENQUADRAMENTO LEGAL - Deve ser rejeitado o pedido de nulidade do auto de infração fundado na deficiência de enquadramento legal, quando os elementos contidos em termo, expressamente referido como parte integrante e indissociável da peça acusatória, e utilizado pela própria Impugnante em sua defesa, supre suficientemente falha porventura ocorrida. Se não há prejuízo para a defesa e o ato cumpriu sua finalidade, o enquadramento legal da exigência, ainda que incompleto, não enseja a decretação de sua nulidade. O cerceamento do direito de defesa deve se verificar concretamente, e não apenas em tese. O exame da impugnação evidencia a correta percepção do conteúdo e da motivação do lançamento. (Acórdão 108-07651 da 8ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Relatora: conselheira Karem Jureidini Dias de Mello Peixoto)

Modernamente, o direito processual, inclusive o administrativo fiscal, tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido. As formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

Ada Pellegrini Grinover sustenta que “a decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.”¹

Afirma, ainda, a referida autora que “o princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestre do sistema de nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência a formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida”.²

As formas do processo são meios para alcance da tutela jurisdicional. Caso a tutela jurisdicional pretendida seja alcançada, mesmo em detrimento das formas legalmente exigidas, não há nulidade.

De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, que na sua tradução literal significa que não há nulidade sem prejuízo, não se declarará a nulidade por vício formal se este não causar prejuízo.

¹ Ada Pellegrini Grinover e outros; *As Nulidades no Processo Penal*; São Paulo, p. 26.

² *Idem*, p. 27. Assinado digitalmente em 24/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, 25/05/2011 por HENRIQUE PINHEIRO TORRE

Ou seja, podemos, então, estar diante a uma violação à prescrição legal sem que disso, necessariamente, decorra a nulidade. Como no presente caso, em que o art. 10, IV do Decreto nº 70.235/72 prescreve que o auto de infração conterà obrigatoriamente a disposição legal.

Assim sendo, em atendimento ao princípio do *pas de nullité sans grief*, a invalidade processual há de ser entendida como uma sanção que somente será aplicada caso se constate a presença do binômio defeito e prejuízo, devendo o último ser entendido como obstáculo ao alcance da finalidade do ato processual. Isto é, não há de ser declarada a nulidade de ato processual se este não causa prejuízo a alguém, já que o processo, como meio de pacificação dos conflitos sociais, nada mais é do que o instrumento para efetivação do direito.

Marcos Neder e Maria Teresa Martinez Lopez, citando Ada Pellegrini Grinover lecionam:

“Assim, antes de se anular o ato processual, é preciso examinar a possibilidade de se aproveitar o ato realizado, eliminando-se ou superando-se o vício que, sobre ele, pesa. Para Ada Pellegrini Grinover, “a decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação”. Com efeito, é inútil, do ponto de vista prático, anular-se ou se decretar a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte. Afirma, ainda, a renomada autora que “o princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestre do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência a formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida. Com efeito, a atipicidade do ato não conduz necessariamente ao pronunciamento de sua nulidade. Se o ato defeituoso alcançou os fins postos pelo sistema, sem que se verifique prejuízo às partes e ao sistema de modo que o torne inaceitável, ele deve permanecer válido. São atos meramente irregulares que não sofreram a sanção de ineficácia. Nessa linha, a nulidade não deve ser declarada em todos os casos em que o julgador se defronta com vício formal no ato de lançamento, só nos casos em que está configurado prejuízo às partes ou ao sistema processual.”

Destarte, não obstante a existência de vício formal no lançamento, a sua nulidade não deve ser decretada, por ausência de efetivo prejuízo por parte do contribuinte em sua defesa. Não há de se falar em nulidade do lançamento, por não restar configurado o binômio defeito-prejuízo.

Isto posto, voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, para afastar a nulidade por vício formal declarada no acórdão recorrido, em decorrência da ausência de fundamentação legal do arbitramento, devendo o colegiado *a quo* apreciar as demais matérias pertinentes ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Elias Sampaio Freire

(Assinado digitalmente)