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

Processo nº	37311.002241/2004-21
Recurso nº	251.118 Especial do Procurador
Acórdão nº	**9202-01.536 – 2ª Turma**
Sessão de	09 de maio de 2011
Matéria	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	ROCA BRASIL LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/01/2003

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.

Assinado digitalmente em 24/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, 25/05/2011 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Autenticado digitalmente em 24/05/2011 por AFONSO ANTONIO DA SILVA
Impresso em 01/06/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA

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 206-01.851, proferido pela antiga Sexta Câmara do 2º CC em 05/02/2009 (fls. 1899/1904), interpôs, dentro do prazo regimental, recurso especial de divergência à Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 1908/1917).

A decisão recorrida, por unanimidade de votos, anulou a NFLD por vício formal. Segue abaixo sua ementa:

> *"CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE APOSENTADORIA ESPECIAL. AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO.AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. A ausência do fundamento de direito que autoriza o procedimento de arbitramento, determina a nulidade do lançamento em decorrência de vício formal insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212191, /c artigo 11, inciso III, do Decreto nº70.235/72. Processo Anulado."*

Argumenta que a decisão recorrida destoa da jurisprudência do CARF no ponto em que entendeu que a mera ausência de indicação do fundamento legal no instrumento que consubstancia o lançamento é causa de vício insanável.

Apresenta paradigmas nos quais se verifica que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração, bem como a ausência de enquadramento legal, não são causas suficientes para provocar a nulidade do lançamento, ainda mais quando o direito à ampla defesa foi exercido sua plenitude, conforme previsão dos arts. 11,59 e 60, do Decreto nº 70.235/72.

Cita jurisprudência da CSRF segundo a qual *"Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo"*.

Assinado digitalmente em 24/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, 25/05/2011 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Autenticado digitalmente em 24/05/2011 por ANTONIO ANTONIO DA SILVA
Impresso em 01/06/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA

Frisa que o lançamento decorrente dos fatos geradores foi devidamente fundamentado, assim como a necessidade de aferição indireta do débito por fornecimento deficiente da documentação pela empresa.

Pondera que o exercício amplo e efetivo do direito de defesa foi propiciado à contribuinte, que, inclusive, apresenta longo e detalhado arrazoado, por meio do qual insurge-se contra o procedimento de aferição adotado pela fiscalização, dentre outros argumentos. Ressalta que, diante disso, devem prevalecer os princípios da instrumentalidade e economia processual em lugar do rigor das formas.

Ao final, requer o provimento do recurso especial de divergência.

Nos termos do Despacho n.º 2400-171/2009 (fls. 1918/1919), foi dado seguimento ao pedido em análise.

O contribuinte ofereceu, tempestivamente, contra-razões às fls. 1925/1926.

Argumenta que o recurso especial não tem como prevalecer, pois é requisito essencial da notificação de lançamento a menção à disposição legal, cuja ausência acarreta vício formal e, consequentemente, a nulidade do ato.

Além disso, entende que os precedentes jurisprudenciais trazidos à baila não divergem do acórdão recorrido, por tratarem de matéria diferente da que ora se discute.

Ao final, requer seja inadmitido e/ou improvido o recurso especial em comento.

Eis o breve relatório.

Assinado digitalmente em 24/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, 25/05/2011 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Autenticado digitalmente em 24/05/2011 por AFONSO ANTONIO DA SILVA
Impresso em 01/06/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA

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

Assinado digitalmente em 20/07/2011 por FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA
Autenticado digitalmente em 20/07/2011 por FRANCISCO ASSIS DE OLIVEIRA
Impresso em 01/09/2011 por FRANCISCO JOSE VELOSO

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.

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 conterá 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*

[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, 24/05/2011 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Autenticado digitalmente em 24/05/2011 por AFONSO ANTONIO DA SILVA
Impresso em 01/06/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA

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)

Assinado digitalmente em 24/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, 25/05/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA
Autenticado digitalmente em 24/05/2011 por AFONSO AUGUSTO DA SILVA
Impresso em 01/06/2011 por FRANCISCO JOSE VIEIRA