



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

Processo n° 16327.002133/2003-29
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 9101-004.121 – 1ª Turma
Sessão de 10 de abril de 2019
Matéria PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. EMBARGOS.
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado NOVARTIS BIOCIENTIAS S/A

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADO VÍCIO ANTERIOR AO ACÓRDÃO EMBARGADO. QUESTIONAMENTO NÃO SUBMETIDO PELA PARTE À ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL OU CONTRARRAZÕES. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

Não há omissão do acórdão sobre matéria que não lhe foi submetida à análise. A existência de vício que possa levar à nulidade de atos no processo deve ser alegada pela parte para que possa ser objeto de decisão dos julgadores.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Embargos de Declaração e, por maioria de votos, em rejeitá-los, vencidos os conselheiros Viviane Vidal Wagner (relatora) e Demetrius Nichele Macei, que acolheram os embargos. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Luis Fabiano Alves Penteadó.

(assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner - Relatora

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado - Redator designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Demetrius Nichele Macei, Viviane Vidal Wagner, Luis Fabiano Alves Penteado, Lívia De Carli Germano e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional em face do acórdão nº 9101-003.600, de 10 de maio de 2018, em que o Colegiado, por unanimidade de votos, conheceu do recurso especial do contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, deu-lhe provimento, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1998

INSTRUÇÃO NORMATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OFENSA.

O § 1º do art. 4º da IN 38/97 ultrapassou os limites legais da norma regulamentada (art. 18 da Lei n. 9.430/96). No caso, não há vedação à aplicação do método PRL aos insumos importados.

A matéria em discussão nos autos diz respeito a auto de infração, relativo ao ano-calendário de 1998, no qual a autoridade fiscal verificou que o contribuinte não efetuou qualquer ajuste ao lucro líquido decorrente de preços de transferência.

Com base em tal constatação, a fiscalização entendeu que não foram cumpridas as normas determinadas pela legislação então vigente para a apuração dos preços de transferência, nas operações de importação com pessoas vinculadas, e lavrou os correspondentes autos de infração, para o IRPJ e a CSLL.

Com a ciência das autuações o contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 712 e ss.).

Em 15 de dezembro de 2003, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento de São Paulo considerou procedente em parte o lançamento efetuado, em decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 1998

Ementa: NORMAS JURÍDICAS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

À esfera administrativa não compete a análise da constitucionalidade de normas jurídicas.

NORMAS ADMINISTRATIVAS. VALIDADE.

A autoridade administrativa, por força de sua vinculação ao texto da norma legal, e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua legalidade, constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

MEDICAMENTOS IMPORTADOS PRONTOS PARA REVENDA. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. DETERMINAÇÃO.

Na determinação do preço de transferência de medicamentos importados prontos para revenda é possível a utilização do método PRL (Preço de Revenda menos Lucro), sendo necessária, no entanto, a utilização dos procedimentos previstos na legislação pertinente ao tema.

PRINCÍPIOS ATIVOS IMPORTADOS. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. DETERMINAÇÃO.

Não se aplica, no período autuado, o método PRL (Preço de Revenda menos Lucro) para efeito de determinação do preço de transferência de princípios ativos importados utilizados na produção de medicamentos para consumo final, por configurar produção de um outro bem. Correta a aplicação, pela fiscalização, do método PIC (Preços Independentes Comparados), em estrito cumprimento à legislação vigente.

MÉTODO PIC. SIMILARIDADE.

Os fatores a serem considerados, para fins de similaridade aplicada à preços de transferência, são: natureza, função, substituição mútua e equivalência de especificações.

JUROS DE MORA. SELIC.

A falta de pagamento do tributo na data do vencimento implica a exigência de juros moratórios, calculados até a data do efetivo pagamento, tendo previsão legal sua cobrança com base na taxa SELIC, sendo que à esfera administrativa não compete a análise da constitucionalidade de normas jurídicas.

*Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL
Ano-calendário: 1998*

Ementa: DECORRÊNCIA.

O decidido quanto ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica aplica-se à tributação dele decorrente.

Lançamento Procedente em Parte (grifou-se)

Da decisão houve **recurso de ofício**, por conta do limite de alçada (e-fls. 740 e ss.).

Com a ciência da decisão que lhe foi parcialmente desfavorável, o contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls. 763 e ss.), pugnando pela aplicação do método PRL e pela correção dos procedimentos adotados. Questionou, ainda, a validade da

IN/SRF que regulamentava a matéria ao tempo dos fatos e a aplicação de juros calculados com base na taxa SELIC.

A Fazenda Nacional, por seu turno, apresentou contrarrazões ao recurso voluntário (e-fls. 786 a 807).

Em 18 de junho de 2009, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, por meio do acórdão nº 1401-00.065, apreciou o **recurso voluntário** do contribuinte e decidiu negar-lhe provimento, por maioria de votos (fls. 809 e ss.), em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998

PRINCÍPIOS ATIVOS IMPORTADOS. PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. DETERMINAÇÃO.

Não se aplica, no período autuado, o método PRL (Preço de Revenda menos Lucro) para efeito de determinação do preço de transferência de princípios ativos importados utilizados na produção de medicamentos para consumo final, por configurar produção de um outro bem. Correta a aplicação, pela fiscalização, do método PIC (Preços Independentes Comparados), em estrito cumprimento à legislação vigente.

Posteriormente, a Conselheira Albertina Silva Santos de Lima, designada para formalizar o voto vencedor, detectou que o acórdão nº 1401-00.065 **não apreciou o recurso de ofício** apresentado pela Delegacia de Julgamento de São Paulo e, por conta de tal omissão, interpôs os necessários embargos de declaração (e-fls. 822 e ss.).

Em 04 de março de 2015, a 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, ao apreciar os embargos, declinou da competência em favor da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (e-fls. 823 e ss.).

Em 05 de julho de 2016 a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara julgou os embargos apresentados pela Conselheira e **negou provimento** ao recurso de ofício, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 1998

PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. RECURSO DE OFÍCIO NÃO APRECIADO. OMISSÃO CONSTITUÍDA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS POR CONSELHEIRO DO COLEGIADO. RECURSO DE OFÍCIO JULGADO E PROVIMENTO NEGADO. OMISSÃO SANADA. SIMILARIDADE DE PRODUTOS NÃO CARACTERIZADA.

Em Recurso de Ofício, a Fiscalização entendeu existente a similaridade entre dois princípios ativos (Dabon e Cloxazolan) somente baseada na função destes. Todavia, o artigo 26 da IN SRF nº 38/97 nos traz o conceito (vinculante à fiscalização) de similaridade. Prevê o dispositivo que a similaridade entre dois

ou mais bens somente se constituirá quando atendidos concomitantemente os seguintes fatores: mesma natureza, substituição mútua e equivalência de especificações. Consequentemente, cabe manter a exoneração do crédito tributário, posto que a similaridade não subsistiu, já que fundamentada somente na função dos produtos.

As decisões do CARF foram cientificadas ao contribuinte, que apresentou recurso especial de divergência (e-fls. 1.377 e ss.).

O recurso especial foi analisado pelo despacho de admissibilidade em que a presidência da 4ª Câmara da 1ª Seção deu seguimento às matérias questionadas (e-fls. 1.467 e ss.).

A Fazenda Nacional foi intimada da decisão que deu seguimento ao recurso especial do contribuinte (e-fls. 1.472 e ss.) e apresentou contrarrazões (e-fls. 1.473 e ss.).

O processo foi julgado pela CSRF em 10 de maio de 2018, por meio do acórdão nº 9101-003.600, que deu provimento ao recurso especial do contribuinte, por maioria de votos, por entender que o § 1º do art. 4º da IN 38/97 ultrapassou os limites legais da norma regulamentada (art. 18 da Lei nº 9.430/96) e que, por consequência, não há vedação à aplicação do método PRL aos insumos importados no caso dos autos.

A Fazenda Nacional, com a ciência da decisão, interpôs os presentes embargos de declaração (fls. 1.496 e ss.), sob o argumento de que o acórdão padeceria de **omissão**, nos seguintes termos (destaques no original):

*Analisando o Acórdão nº 9101-003.600, constata-se a existência de **omissão**, pois a e. Turma não se manifestou sobre o vício contido no processo.*

*Verifica-se que deve ser declarada a **nulidade do processo a partir do Acórdão nº 1402-002.240, por cerceamento do direito de defesa**. A Fazenda Nacional não foi intimada dessa decisão e **nela contém entendimento contrário aos seus interesses**. Vejamos:*

(...)

*Em face do exposto, requer a União (Fazenda Nacional) o conhecimento e o provimento do presente recurso para que essa e. Turma **anule o processo a partir do Acórdão nº 1402-002.240, em virtude da preterição ao seu direito de defesa**.*

Os embargos foram apreciados pelo despacho de admissibilidade de e-fls. 1.500 e ss., da Presidência desta CSRF, que concluiu pela ocorrência de omissão e encaminhou os autos ao conselheiro relator do acórdão para apreciação dos embargos e posterior inclusão em pauta de julgamento.

Posteriormente, tendo em vista que o relator original renunciou ao mandato de conselheiro do CARF integrante da 1ª Turma da CSRF, o processo foi distribuído por sorteio a esta relatora.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Relatora

Os embargos opostos pela Fazenda Nacional são conhecidos, nos termos do despacho de admissibilidade proferido pela Presidente da 1ª Turma da CSRF (e-fls.1500 e ss.).

Como visto, a questão a ser enfrentada nestes embargos diz respeito a alegação de omissão existente no acórdão questionado, decorrente de quebra na normalidade processual que, na visão da Embargante, implicaria nulidade dos autos a partir da decisão prolatada pela turma ordinária do CARF em sede de embargos.

Aduz a Fazenda Nacional que não lhe foi dada ciência da decisão proferida pelo Acórdão nº 1402-002.240, o que acarretaria nulidade por cerceamento ao seu direito de defesa, posto que a posição do Colegiado, ao negar provimento ao recurso de ofício apresentado pela DRJ, lhe seria desfavorável, e justamente nisso reside a suscitada omissão, ante a ausência de qualquer manifestação acerca do assunto no voto condutor ora questionado.

Com efeito, o Acórdão nº 1402-002.240 (e-fls. 1.351 e ss.), prolatado em 05 de julho de 2016 pela 2ª Turma da 4ª Câmara, cuidou de embargos apresentados pela Conselheira Redatora *ad hoc* (e-fls. 1.691), que verificou que o recurso de ofício interposto contra o acórdão nº 004.534 da DRJ/SP não havia sido apreciado quando da primeira decisão proferida pela turma.

Diante desse cenário, os embargos da Redatora *ad hoc* foram acolhidos para suprir a omissão, que analisou o recurso de ofício da Delegacia de Julgamento de São Paulo e negou-lhe provimento, como se depreende do seguinte excerto (e-fls. 1.351):

PREÇO DE TRANSFERÊNCIA. RECURSO DE OFÍCIO NÃO APRECIADO. OMISSÃO CONSTITUÍDA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS POR CONSELHEIRO DO COLEGIADO. RECURSO DE OFÍCIO JULGADO E PROVIMENTO NEGADO. OMISSÃO SANADA. SIMILARIDADE DE PRODUTOS NÃO CARACTERIZADA.

Em Recurso de Ofício, a Fiscalização entendeu existente a similaridade entre dois princípios ativos (Dabon e Cloxazolan) somente baseada na função destes. Todavia, o artigo 26 da IN SRF nº 38/97 nos traz o conceito (vinculante à fiscalização) de similaridade. Prevê o dispositivo que a similaridade entre dois ou mais bens somente se constituirá quando atendidos concomitantemente os seguintes fatores: mesma natureza, substituição mútua e equivalência de especificações. Consequentemente, cabe manter a exoneração do crédito tributário, posto que a similaridade não subsistiu, já que fundamentada somente na função dos produtos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

*Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração **para suprir a omissão contida no Acórdão nº 140100.065 e apreciar o recurso de ofício, negando-lhe provimento.** (grifou-se)*

Ocorre que a decisão não foi comunicada à Fazenda Nacional, mas apenas ao contribuinte, que apresentou recurso especial quanto à parte que lhe foi desfavorável.

Nesse caso, entendo que assiste razão à Embargante, pois restou prejudicado o seu direito de também apresentar, caso desejasse, o correspondente recurso especial em relação à parte vencida (objeto do recurso de ofício).

E isso efetivamente caracteriza cerceamento ao direito de defesa, conforme previsto no art. 59 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

I- os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

*II- os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa.***

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (grifou-se)

Embora se possa alegar que a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões ao recurso especial do contribuinte - e que isso poderia, em tese, suprir o vício processual - não concordo com essa posição, pois o processo administrativo fiscal possui rito próprio, que determina a intimação dos procuradores da Fazenda Nacional de todas as decisões proferidas pelo CARF, conforme previsto nos seguintes parágrafos do art. 23 do Decreto nº 70235/72:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

§ 7º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda na sessão das respectivas câmaras subsequente à formalização do acórdão.

§ 8º Se os Procuradores da Fazenda Nacional não tiverem sido intimados pessoalmente em até 40 (quarenta) dias contados da formalização do acórdão do Conselho de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, os respectivos autos serão remetidos e entregues,

mediante protocolo, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de intimação.

§ 9º Os Procuradores da Fazenda Nacional serão considerados intimados pessoalmente das decisões do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do Ministério da Fazenda, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à Procuradoria na forma do § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007)

No mesmo sentido, o art. 79 do atual RICARF estabelece que:

Art. 79. O Procurador da Fazenda Nacional será considerado intimado pessoalmente das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN, salvo se antes dessa data o Procurador se der por intimado mediante ciência nos autos. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

Portanto, por força dos comandos acima transcritos entendo que a eventual manifestação da Fazenda Nacional, em momento posterior do processo, em sede de contrarrazões, não tem o condão de suprir a falta de ciência que lhe negou a oportunidade de apresentar recurso especial tempestivo, de sorte que a ruptura na sequência lógica e cronológica dos autos conduz à efetiva nulidade de todos os atos praticados a partir de sua ocorrência.

Tratando-se de ausência de formalidade processual expressa em lei, a nulidade pode e deve ser reconhecida por critério objetivo, sem questionamento quanto a eventual ausência de prejuízo para a parte e de eventual manifestação anterior no processo.

Conclui-se, pois, que procede o vício alegado pela Embargante, de sorte que o reconhecimento da nulidade suscitada implica prejuízo a todos os atos posteriores ao acórdão nº 1402-002.240, a fim de que seja promovida a ciência à Fazenda Nacional do que nele restou decidido, com a retomada, a partir desse ponto, do fluxo normal do presente processo administrativo.

Assim, com base nos dispositivos acima, deve ser reconhecida a nulidade de todos os atos posteriores ao acórdão nº 1402-002.240, a fim de que seja dada ciência à Fazenda Nacional do que restou decidido naquela oportunidade, dando-lhe a oportunidade de apresentação dos recursos cabíveis, se assim entender.

Conclusão

Ante o exposto, voto por admitir os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, com efeitos infringentes, para declarar a nulidade de todos os atos processuais posteriores ao acórdão nº 1402-002.240, para que seja promovida a regular ciência desta decisão e a retomada do trâmite processual, nos termos do RICARF.

(assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Voto Vencedor

Não obstante o brilhantismo do voto da Conselheira Relatora, ousou divergir e passo a explicar minhas razões.

A ora Embargante alega que tendo em vista a ausência de ciência da decisão proferida pelo Acórdão nº 1402-002.240, restou prejudicado do direito de defesa da Fazenda Nacional o que acarreta a nulidade dos atos processuais a partir da decisão negou provimento ao recurso de ofício apresentado pela DRJ.

Entendo e concordo com os termos do voto da relatora que o processo administrativo fiscal possui rito próprio, que determina a intimação dos procuradores da Fazenda Nacional de todas as decisões proferidas pelo CARF, conforme previsto nos seguintes parágrafos do art. 23 do PAF.

Assim, na ausência de tal intimação pessoal dos procuradores, restaria inobservado o devido processo, o que causaria a nulidade dos atos processuais a partir daí em razão do prejuízo à ampla defesa da PGFN.

Aliás, toda norma tem uma razão de ser, um objetivo ou um direito a ser tutelado, coletivo ou individual.

No caso presente caso, a previsão de intimação pessoal dos procuradores visa garantir o devido processo legal e, principalmente, a garantia do exercício de ampla defesa da PGFN.

Neste ponto, entendo que nos presentes autos, a superveniente apresentação pela PGFN de manifestação nos autos, através de competente contrarrazões ao Recurso Especial da contribuinte, acabou por sanar o eventual vício que pudesse atrair a nulidade dos atos processuais posteriores à decisão da Turma Ordinária que negou provimento ao Recurso de Ofício da DRJ.

Ora, o alegado vício processual já existia desde a ausência de intimação da PGFN quanto à decisão da turma ordinária que negou seguimento ao Recurso de Ofício da DRJ, apresentado Recurso Especial, a PGFN foi cientificada e manifestou-se nos autos em contrarrazões ao Recurso Especial e, neste momento, não se manifestou sobre a nulidade agora trazida em sede de Embargos de Declaração.

Ora, a PGFN, neste momento, teve ciência de todo conteúdo dos autos, inclusive da decisão que negou seguimento ao Recurso de Ofício da DRJ e não se manifestou sobre a ausência de intimação ou sobre a decisão em si.

Assim, entendo que não é nos Embargos de Declaração que tal possa ser suscitada pela primeira vez.

Vejam, os Embargos de Declaração se referem ao acórdão n. 9101-003.600 da 1.ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e aponta omissão deste acórdão. Mas como pode o acórdão ser omissivo sobre matéria que não lhe foi apresentada para análise pelas partes?

Seria hipótese de omissão, acaso tal discussão houvesse sido posta à análise dos julgadores da 1.ª Turma da CSRF que julgou o Recurso Especial considerando as contrarrazões apresentadas pela PGFN. Não foi o caso.

Por isso, ausente a alegada omissão, encaminho meu voto no sentido de rejeitar os presentes Embargos de Declaração.

Conclusão

Diante do exposto, voto por REJEITAR os Embargos de Declaração.

É como voto!

(assinado digitalmente)

Luis Fabiano Alves Penteado