



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

Processo n° 35948.002737/2005-74
Recurso n° 245.516 Especial do Procurador
Acórdão n° **9202-01.671 – 2ª Turma**
Sessão de 26 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PHILLIP MORRIS BRASIL S/A E OUTRO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2001

NORMAS PROCESSUAIS. ADMISSIBILIDADE.

O Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de “*decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova*”.

Quanto a admissibilidade do recurso especial de contrariedade à evidência da prova interposto pela Fazenda Nacional saliento que a decisão do colegiado *a quo* foi unânime ao concluir pela nulidade do lançamento.

A conclusão encaminhado no voto vencido, no sentido de anular a decisão de primeira instância para que seja possibilitada a complementação do relatório fiscal não descaracteriza a decisão unânime que foi no sentido da existência de nulidade no lançamento.

Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do recurso. Vencido o conselheiro Francisco Assis de Oliveira Junior (Relator). Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Elias Sampaio Freire.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Francisco Assis de Oliveira Júnior – Relator

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Redator-Designado

EDITADO EM: 08/08/2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Elias Sampaio Freire, Gonçalo Bonet Allage, Giovanni Christian Nunes Campos (Conselheiro convocado), Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Francisco de Assis Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional com fundamento no art. 7º, incisos I e II do Regimento Interno da Câmara Superior c/c artigo 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 256, de 25 de junho de 2009.

Na decisão recorrida, Acórdão n° 205-00.866, de 05/08/2008, consta a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/01/2001

NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. - NULIDADE

O relatório fiscal não evidenciou a caracterização da cessão de mão-de-obra conforme previsto na Lei n° 8.212/91, com as modificações introduzidas pelas Leis n's 9.528/97 e 9.711/98 e art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n° 3.048/99.

CERCEAMENTO DE DEFESA. - NULIDADE. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa. Arts. 37 da Lei n. 8.212/91 e 243, do Regulamento da Previdência Social.

Processo Anulado

A inconformidade da Fazenda Nacional no que tange à contrariedade à lei refere-se à decisão, por maioria, para anular o lançamento tendo sido considerado que houve cerceamento de defesa pelo fato de não ter sido devidamente caracterizada a cessão de mão-de-obra.

O órgão fazendário recorre sob o fundamento de que houve, em decisão não unânime, violação à legislação tributária, especificamente, os artigos 10, 59 e 60 do Decreto n° 70.235, de 1972, uma vez ter sido declarada a nulidade do auto de infração sem a comprovação do prejuízo.

No tocante ao dissídio jurisprudencial, indica paradigma da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes (Acórdão n°. 108-08499) que, ao apreciar situação semelhante à dos autos, refutou por inteiro a possibilidade de reconhecimento de nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief).

(Acórdão n°. 108-08499)

IRPJ - CSLL — RECURSO DE OFÍCIO — PREJUÍZO FISCAL — BASE DE CÁLCULO NEGATIVA — COMPENSAÇÃO LIMITADA A 30%.

É legítimo o aproveitamento do saldo do prejuízo fiscal de IRPJ e da base de cálculo negativa de CSLL, acumulados até a ocorrência do fato gerador, no limite de 30% do prejuízo fiscal e da base de cálculo positiva apurada, o que se coaduna com o decidido em primeiro grau.

IRPJ — PRELIMINAR DE NULIDADE — CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.

Incabível a preliminar de nulidade de cerceamento ao direito de defesa, pois o processo administrativo fiscal seguiu plenamente os trâmites legais, tendo a recorrente todas as oportunidades cabíveis para argumentar, não se vislumbrando qualquer prejuízo aparente.

IRPJ — PRELIMINAR DE NULIDADE — FALTA DE DESCRIÇÃO NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Não há que se acolher a preliminar de nulidade ante a falta de descrição suficiente do auto de infração, eis o mesmo preenche todos os pressupostos legais em sua elaboração, e a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria em sua defesa, não se verificando quaisquer irregularidades nesse sentido.

IRPJ — CSLL — NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS — ILEGALIDADE.

Incabível a utilização de notas fiscais inidôneas para reduzir a base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Correta a decisão de primeira instância que glosou a título de custo o valor total das notas fiscais ilegítimas, uma vez que não constituem elementos hábeis e idôneos a suportar a dedutibilidade dos valores despendidos na aquisição de insumos na determinação da base impositiva.

Recurso de ofício negado. Preliminares rejeitadas.

Recurso voluntário negado.

O recurso foi admitido por meio de despacho às fls. 553/555.

Tendo tomado ciência do Acórdão e do Recurso Especial interposto, o contribuinte, em contra-razões, fls. 560/570, sustenta:

- a) Inexistência de divergência, tendo em vista a situação fática do acórdão paradigma ser distinta da situação decidida no acórdão recorrido;
- b) Inexistência de violação aos artigos 11, 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, evidenciando que não houve contrariedade à lei;
- c) Inexistência de violação aos artigos 302 e 303 do Código de Processo Civil no tocante à contrariedade às provas presentes nos autos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Francisco Assis de Oliveira Júnior, Relator

O recurso especial é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, conforme consta do despacho às fls.553/555.

Efetuada o exame de admissibilidade, entendo que o recurso especial preenche os requisitos formais e, portanto, dele tomo conhecimento.

CONTRARIEDADE

DIVERGÊNCIA

A questão controvertida posta à apreciação deste colegiado diz respeito à declaração de nulidade do lançamento em decorrência da insuficiência da descrição dos motivos que formaram a convicção da autoridade fiscal no que atine a existência ou não dos fatos geradores representativos da notificação. Afirma o voto condutor do acórdão recorrido, que a ausência da caracterização da cessão de mão-de-obra não permite que o lançamento prevaleça na medida em que se questiona o próprio nascimento da obrigação.

A Fazenda Nacional afirma conforme relatado alhures, que não houve cerceamento de defesa. Além disso, sustenta que o prejuízo deveria ter sido demonstrado pelo voto condutor do acórdão recorrido o que de fato não ocorreu.

Faço coro aos que no passado, por diversas vezes, manifestaram o entendimento de que a nulidade dos lançamentos fiscais deveria ser declarada sempre que fosse identificada situação de erro no procedimento fiscal ou na atuação da autoridade e que não fosse possível o saneamento.

Ora dúvidas não há que no momento em que o lançamento é efetuado está a autoridade fiscal fixando quais foram as razões que determinaram sua convicção de que o fato gerador da obrigação tributária efetivamente ocorreu. Todo o procedimento administrativo fiscal nasce desta premissa: o fato gerador ocorreu ou não. A obrigação tributária existe e pode ser cobrada ou não.

Dessa forma, a determinação da matéria tributável, entre outros elementos, é essencial para a própria existência do lançamento e, por conseguinte, o crédito tributário; além de ser essencial ao pleno exercício da defesa do contribuinte, razão pela qual sua omissão ou a insuficiência dos motivos que formaram a convicção da autoridade fiscal fragiliza o lançamento de tal forma que impede a sua continuidade no mundo jurídico, o que implica em sua nulidade por vício material.

Contudo, no campo da teoria das nulidades, especificamente no âmbito processual, há muito a doutrina e a jurisprudência estão calcadas no binômio finalidade do ato e demonstração do prejuízo.

Nesse sentido, dentre os diversos princípios que permeiam a teoria das nulidades há de ser destacado o da instrumentalidade das formas. Por tal **princípio** a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes não se declara sua nulidade.

Pois bem, em nenhum momento o contribuinte teve o seu entendimento obscurecido em relação aos fatos que lhe foram imputados. Em todos os atos que praticou sempre manifestou juízo de valor capaz de discernir o que estava acontecendo em relação à notificação. Chegou a afirmar que o fato de não ter realizado a retenção jamais provocaria prejuízo ao erário, tendo em vista a possibilidade de os valores poderem ser cobrados da empresa prestadora.

Outro fato que chama a atenção refere-se à circunstância narrada no relatório fiscal, fls. 30, informando que durante o procedimento o contribuinte não apresentou as notas fiscais, vindo a fazê-lo apenas quando apresentou sua impugnação. Tal circunstância compeliu a autoridade fiscal a utilizar apenas os parâmetros numéricos que puderam ser encontrados na contabilidade.

Nesse ponto verifico a necessidade de aplicação de outro princípio que norteia a teoria das nulidades que é o princípio do interesse. Ninguém pode beneficiar-se de declaração de nulidade para a qual a sua atuação foi causa. Tivesse o contribuinte agido com o dever de colaboração inerente a todos os cidadãos que se submetem à verificação quanto à aplicação da lei, poderia a autoridade fiscal ter apresentado relatório mais denso, atendendo, inclusive, aos apelos do redator designado para elaborar o voto vencedor do acórdão guerreado.

Em verdade, a análise acurada de todos os elementos que compõem os autos (relatórios fiscais, anexos e demais termos), permite a constatação de que todas as formalidades estabelecidas tanto pelo Decreto nº 70.235, de 1972, quanto pela Lei nº 8.212, de 1991, foram atendidas, razão pela qual a decisão recorrida merece ser reformada.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA NACIONAL para anular o Acórdão 205-00.866, devendo os autos retornar à Câmara *a quo* para análise do mérito na forma como aquele colegiado decidir, inclusive, se entenderem necessário, baixando os autos em diligência conforme foi sugerido pelo relator do voto vencido.

Assinado digitalmente

Francisco Assis de Oliveira Júnior

Voto Vencedor

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Designado

Saliente-se que, não obstante o aludido recurso não encontrar previsão no atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a Portaria Ministerial MF nº. 256, de 22 de junho de 2009, em suas disposições transitórias, prevê que os recursos com base no inciso I do art. 7º e do art. 9º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpostos em face de acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à 1º de julho de 2009, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

Por seu turno o inciso I do art. 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de “*decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova*”.

Quanto a admissibilidade do recurso especial de contrariedade à evidência da prova interposto pela Fazenda Nacional saliento que a decisão do colegiado *a quo* foi unânime ao concluir pela nulidade do lançamento.

A conclusão encaminhado no voto vencido, no sentido de anular a decisão de primeira instância para que seja possibilitada a complementação do relatório fiscal não descaracteriza a decisão unânime que foi no sentido da existência de nulidade no lançamento.

Isto posto, voto por não conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Assinado digitalmente

Elias Sampaio Freire