



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10680.720575/2013-17
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-011.180 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de junho de 2023
Recorrente M.I. MONTREAL INFORMATICA S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/05/2005

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO FISCAL REALIZADO FORA DA SEDE DA EMPRESA SEM ANÁLISE DOS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS PARA O LANÇAMENTO. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DO LANÇAMENTO.

Impõe-se a declaração de nulidade do ato administrativo quando houver prejuízo efetivo ao sujeito passivo, o que, no presente caso, aconteceu por duas razões: (i) inobservância do domicílio fiscal indicado pelo sujeito passivo onde estava a documentação necessária e suficiente à fiscalização integral e (ii) o lançamento de débitos sem a confirmação das infrações e sem a certeza da liquidez das bases fiscalizadas. No caso dos autos, é nulo, por vício material, o lançamento fiscal sem a confirmação das infrações, pela falta de análise da documentação necessária, cuja mácula atinge a própria motivação do ato administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por determinação do art. 19-E da Lei 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso voluntário, reconhecendo a nulidade do primeiro lançamento por vício material, de modo que o presente lançamento foi alcançado pela decadência. Vencidos os conselheiros José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Wilsom de Moraes Filho, Marcelo de Sousa Sáteles e Miriam Denise Xavier (presidente) que entenderam que o vício do primeiro lançamento era formal.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Rayd Santana Ferreira,

Marcelo de Sousa Sáteles (suplente convocado(a)), Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Miriam Denise Xavier (Presidente)

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 817/858) interposto contra o Acórdão nº. 12-107.547 (e-fls. 797/808) proferido pela 13ª Turma da DRJ/RJ1, na sessão de 20 de setembro de 2018, que julgou a Impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário lançado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) - DEBCAD 37.391.571-3, referente às contribuições ao INCRA, do período de 01/07/2001 a 31/05/2005.

A NFLD DEBCAD 37.391.571-3 foi lavrada em substituição à NFLD DEBCAD nº. 37.004.881-4, de 24/08/2006 (Comprot nº. 35301.000824/2007-54¹) exclusivamente para restabelecer a exigência anulada pelo Acórdão nº. 205-00.847, de 03/07/2008, proferido pela Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, cientificado ao sujeito passivo em 25/08/2011 (V5 – apenso - e-fls. 1.376/1.388) assim ementado:

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR.

Prevalece o direito à eleição do domicílio tributário que somente pode ser recusado nas hipóteses comprovadas de impossibilidade ou dificuldade de realização da ação fiscal no domicílio eleito.

Processo Anulado.

Tal decisão foi proferida após o sujeito passivo ter recorrido ao Poder Judiciário (2003.51.01.0224300/TRF/2ª Região), que reconheceu o seu direito de ser fiscalizado no domicílio fiscal do estabelecimento centralizador indicado à fiscalização, no Município de Rio das Flores/RJ.

A Fazenda Nacional chegou a apresentar Recurso Especial (V5- apenso – e-fls. 1392/1.408), para o qual foi negado seguimento, por meio da decisão de e-fls. 1409/1416 (V5 – apenso). Foi apresentado, na sequência, Agravo (V5 – apenso e-fls. 1420/1426), admitido por meio do Despacho nº. 2401-125/2009, da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (V5 – apenso e-fls. 1428/1430). O sujeito passivo apresentou contrarrazões (V5 – apenso e-fls. 1438/1451). O julgamento do Recurso se deu na sessão de 12 de abril de 2011, no Acórdão nº. 9202-01.430, que negou provimento ao recurso especial, assim ementado:

DOMICILIO TRIBUTÁRIO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO A DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

No presente caso há decisão judicial com trânsito em julgado que define o domicílio tributário do contribuinte.

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário tem prevalência sobre as proferidas pelas autoridades Administrativas, devendo estas cumprirem as determinações judiciais, nos exatos termos em que foram proferidas.

Recurso especial negado.

¹ Processo apensado.

Após a finalização do Processo nº. 35301.000824/2007-54, a fiscalização solicitou parecer à Procuradoria da Fazenda Nacional para esclarecimento sobre se a anulação teria ocorrido por vício formal ou material. Em resposta ao Ofício SAORT/DRF/VRA nº. 116/2010, a PGFN apresentou Despacho (V5 – apenso - e-fls. 1492/1500), afirmando que o vício seria de natureza formal e que a Fazenda teria 5 anos para realizar lançamento substitutivo, sanando o vício, nos termos do art. 173, II do Código Tributário Nacional.

Seguindo a conclusão da PGFN, no sentido de que o vício seria formal, a fiscalização lavrou os novos Autos de Infração que substituíram os lançamentos anulados.

Os valores lançados em ambas NFLDs constam nos demonstrativos abaixo:

	NFLD 37.004.881-4 (anulada) (consolidada em 24/08/2006)	NFLD 37.391.571-3 (atual) (consolidada em 29/04/2013)
Principal	R\$ 101.268,95	R\$ 90.741,23
Multa	R\$ 30.380,90	R\$ 21.777,90
Juros	R\$ 47.090,71	R\$ 101.567,51
Total	R\$ 178.740,56	R\$ 214.086,64

Na emissão da nova NFLD foi considerada a revisão efetuada nos valores levantados na NFLD 37.004.881-4, conforme demonstrado nos anexos V, VI e VII (e-fls. 227/408).

A Intimação foi recebida pela empresa em 08/05/2013 (e-fls. 448), e foi apresentada Petição (e-fls. 451/493), em 27/05/2013, com os seguintes argumentos:

- 1) Que a intimação se deu sem a cópia dos documentos anexados ao auto de infração,
- 2) Tendo comparecido à Delegacia de origem, foi entregue apenas cópias das capas dos autos em mídia digital (CD), tendo sido informado que os processos não estavam disponíveis na Delegacia e provavelmente estariam na Secretaria no Rio de Janeiro;
- 3) Que a sua defesa restou prejudicada por que não foi dado acesso aos autos e as cópias dos documentos que instruíram o Auto de Infração não foram encaminhadas com a Intimação;
- 4) Considerando a imprescindibilidade dos documentos para a defesa, requereu que a Intimação fosse tonada sem efeito e que fosse deferida a vista e cópia integral do processo com nova intimação para apresentação de defesa.

Em 06/07/2013 foi apresentada a Impugnação (e-fls. 496/723), contendo os seguintes argumentos, em síntese:

Tempestividade

- 1) Alega que a Impugnação é tempestiva, pois apresentada no prazo de 30 dias do recebimento da Intimação,
- 2) Que apresentou petição requerendo fosse tornada sem efeito a Intimação em razão de não ter sido obtida cópia integral do processo administrativo, contudo, até a referida data não tinha recebido resposta, de modo que não lhe restou outra opção, senão a apresentação da defesa;

Dos Fatos

- 3) Que é pessoa jurídica prestadora de serviços na área de tecnologia da informação;
- 4) Que sua sede estava localizada no Município de Rio das Flores por mais de 15 anos, e sendo esse o estabelecimento centralizador, sempre respondeu a fiscalizações no local, onde mantinha sua documentação contábil e fiscal;
- 5) Que a fiscalização em questão teria ocorrido em 2005, e que os auditores solicitaram que toda a documentação fosse apresentada no Rio de Janeiro, apesar de a empresa ter informado que seu estabelecimento centralizador estava em Rio das Flores;
- 6) Que o volume de documentos solicitados era muito grande, o que inviabilizou o deslocamento até Rio de Janeiro, o que levou a fiscalização a arbitrar os lançamentos sob a justificativa de ausência de apresentação de documentos comprobatórios, por aferição indireta;
- 7) Que mesmo após a confirmação em ação judicial (nº. 20035101022430-0 – 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro/TRF – 2ª Região) de que seu domicílio fiscal era a sede da empresa em Rio das Flores, a fiscalização resolveu insistir na manutenção da lavratura dos autos e notificações de lançamento;
- 8) Que as decisões proferidas nos recursos voluntários apresentados pela empresa têm sido no sentido de anular os lançamentos;
- 9) Que em diversos julgados, inclusive da Câmara Superior de Recursos Fiscais, todos em decorrência de autos de infração lavrados na mesma fiscalização e sob a mesma justificativa (aferição indireta por ausência de apresentação de documentos), restou esclarecido e firmado, com trânsito em julgado, que a existência do vício não se limitou ao procedimento ilegal adotado, mas sim na própria determinação da matéria tributável, sendo, portanto, material;
- 10) Que teria apresentado a documentação que possuía, a se considerar que tratavam-se de documentos com mais de uma década, de um volume considerável, inviável de se armazenar e inexigíveis face ao lapso temporal;

Do Lançamento Impugnado

- 11) Que o lançamento baseia-se na GFIP apresentada e no Relatório Fiscal da NFLD substituída, tendo a Administração considerado que, embora a empresa tenha fornecido na presente ação fiscal as folhas de pagamento no formato TXT, não foram apresentados os livros diário e as folhas de pagamento em meio físico (papel) referentes ao período fiscalizado (2001/2005), o que para a fiscalização seria necessário para a validação das informações;
- 12) Considerando que tais documentos continham erros e lançamentos em duplicidade, a nova NFLD já teria corrigido o lançamento original, por isso o valor principal seria inferior;
- 13) Que o lançamento original foi feito para prevenção da decadência, uma vez que a empresa questionava em juízo a contribuição ao INCRA (Ação nº. 20045101000271-9);

Das Preliminares**Da decisão transitada em julgado na esfera administrativa que anulou a NFLD 37.004.881-4 por vício material – ilegalidade do presente lançamento**

- 14) Destaca voto proferido pela Quinta Câmara do Conselho de Contribuintes que anulou as autuações, reconhecendo o cerceamento do direito de defesa;
- 15) Destaca que a Fazenda recorreu de tal decisão, mas o Conselho reiterou seu posicionamento;

Da Pacificação do posicionamento quanto à nulidade material da autuação fiscal

- 16) Afirma que as decisões proferidas pelo Conselho reconhecem o vício insanável de legalidade quanto à própria fiscalização;
- 17) Cita decisão proferida no Processo nº. 35301.013570/2006-53, julgado na sessão de 07/11/2012, que rejeitou o Recurso Especial da Fazenda;
- 18) Cita acórdão nº. 9202-01.438, da relatoria do Conselheiro Elias Sampaio que julgou improcedente o Recurso Especial da Fazenda Nacional, reconhecendo a vinculação com a decisão judicial e analisando a situação do sujeito passivo e dos lançamentos decorrentes do procedimento fiscalizatório nulo;
- 19) Reitera os fatos narrados no sentido de que atua em seus Estados da Federação, possuindo, em média, 6.000 lançamentos contábeis por mês, o que impede o transporte integral dos documentos de um local para outros, em que pese ter transportado grande parte dos documentos, por meio de caminhões alugados;

- 20) Alega que aferição indireta pressupõe infração, que seria a não apresentação de documentos, mas no presente caso, os documentos sempre estiveram à disposição do Fisco, foram disponibilizados onde era a sede da empresa e foi a fiscalização que optou em não verificá-los;
- 21) Que foram essas razões que levaram à anulação dos lançamentos, porque o procedimento fiscal foi ilegal, atingindo a matéria tributável, sendo, portanto, vício material;
- 22) No caso dos autos, o vício está na própria constituição e não numa formalidade do lançamento, não permitindo que a fiscalização solicite documentos da empresa com mais de uma década para refazer os lançamentos;
- 23) Cita acórdão proferido pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, em sessão de julgamento realizada em 22.11.2012, nos autos do processo nº. 12045.000218/2007-10, que declarou: *“A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.”*
- 24) Cita decisões proferidas nos outros processos decorrentes da mesma fiscalização;

Do Cerceamento de Defesa diante da impossibilidade de acesso aos autos

- 25) Mesmo sabendo que a fiscalização não poderia reiniciar a fiscalização, a Impugnante agiu de boa-fé, fornecendo os documentos que ainda tinha posse, mas que foi surpreendida pelo recebimento da nova autuação;
- 26) Que foi até a Delegacia da Receita Federal de Belo Horizonte para obter cópia da documentação, uma vez que ela não veio juntamente com a intimação, e que para a sua surpresa, os processos não estavam disponíveis;
- 27) Que em consulta aos autos digitais não foi possível verificar os documentos juntados, pois as cópias estavam em branco;
- 28) Que mesmo após a apresentação da petição (27/05/2013) não obteve informações sobre o acesso à cópia integral do auto de infração, não tendo recebido qualquer resposta;
- 29) Considerando que não teve acesso à cópia integral dos autos, ocorreu flagrante cerceamento de defesa, razão pela qual, deve ser inteiramente anulada;

Dos Limites da Fiscalização frente à existência de vício no lançamento

- 30) Alegando que os lançamentos anteriores teriam sido anulados por vício formal, a fiscalização intimou novamente a Impugnante a apresentar os documentos de 2001 a 2005, que são inexigíveis porque já ultrapassados 5 anos em relação aos fatos geradores, não há como se proceder novamente à

intimação do contribuinte com base na materialidade fiscalizada anteriormente,

- 31) Se o vício fosse apenas formal, como sustenta a fiscalização, não seria cabível nova fiscalização do período, apenas a correção do vício. Contudo, no presente caso a fiscalização teria que fazer uma nova fiscalização, pois não viu os documentos disponibilizados pela Impugnante à época,
- 32) A fiscalização está insistindo na conduta ilegal, refazendo fiscalização de período já fiscalizado e alcançado pela prazo decadencial;
- 33) O restabelecimento da fiscalização com nova verificação fiscal dos documentos da empresa é ato ilegal, viola a Boa fé Objetiva ou o Princípio da Proteção da Confiança do contribuinte;

Do prazo exigido pela legislação para a guarda de documentos e da exigência da fiscalização em relação aos mesmos

- 34) Que a fiscalização está exigindo a apresentação de documentos com mais de 12 anos de existência para realizar nova fiscalização de período já fiscalizado;
- 35) Que o prazo de decadência e de guarda de documentos é o mesmo, qual seja, 5 anos, de modo que não cabe à fiscalização solicitar os documentos novamente;
- 36) Apresenta precedente do STJ que reafirma o dever de guarda do sujeito passivo;

Do Direito

Da ausência de fundamento para o lançamento

- 37) Os lançamentos foram realizados para cobrança da contribuição ao INCRA incidente sobre diferenças de remuneração encontradas pela fiscalização, entre os arquivos digitais reconhecidos como inidôneos e as folhas impressas com essas informações;
- 38) A empresa afirma ter apresentado documentos que comprovam que a folha de pagamentos usada para recolhimento das contribuições previdenciárias e de terceiros estava correta e que o presente lançamento contém as mesmas máculas do lançamento originário;
- 39) Afirma que o lançamento se limitou a comparar os lançamentos informados no arquivo FOPAG.TXT, que contém erros e informações em duplicidade, e as supostas diferenças encontradas corresponderiam a fatos geradores da contribuição incidente sobre o pagamento de segurados;
- 40) Repisa que a efetiva folha de pagamentos da empresa não foi utilizada pela fiscalização, e que a comparação dos recolhimentos se deu apenas com o arquivo digital e o impresso, e que, conforme laudo pericial juntado aos autos,

tais informações continham erros e não eram seguras para que a fiscalização baseasse seu lançamento;

41) Alega ofensa ao artigo 142 do CTN;

Dos Pedidos

42) Requer a declaração de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, pois não constaram na intimação diversos documentos que a fiscalização afirmou ter instruído o processo, inviabilizando a defesa, principalmente no que diz respeito ao mérito das cobranças, ressaltando que as cópias sequer estavam presentes no processo digital;

43) Caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade acima, que seja analisada a preliminar de nulidade do lançamento em razão da decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que declarou o vício insanável e material da fiscalização que resultou nas autuações;

44) Caso seja ultrapassada a preliminar de mérito, requer seja declarada a extinção dos débitos com fatos geradores anteriores a julho de 2001, em razão da decadência, com base no art. 150, §4º do CTN;

45) No mérito, que seja julgada insubsistente o lançamento;

46) Requer, que seja baixado os autos em diligência para permitir acesso integral aos autos, garantindo o aditamento da defesa com documentação comprobatória da regularidade fiscal;

47) Protesta pela apresentação superveniente de novas provas e argumentos relevantes.

Vale mencionar que foi juntado com a Impugnação, Laudo pericial que comprova que o arquivo Fopag.txt entregue à fiscalização continha erros (doc. 8 - e-fls. 707 e ss)

Em 02/02/2018 foi proferido Despacho de Saneamento (e-fls. 732) admitindo que a instrução processual não estava completa no momento da intimação da Impugnante, e determinando o retorno dos autos correta instrução e reabertura de prazo para defesa:

Trata-se de Auto de Infração - AI de exigência de contribuições para a Seguridade Social (AI DEBCAD 37.391.571-3).

2. Na peça de impugnação, o contribuinte acosta laudo pericial e trechos isolados da folha de pagamento analítica (fls. 708) no intuito de infirmar quantitativamente a exigência. Entretanto, sustenta não haver como rebater os lançamentos e demonstrar, de forma mais direta, as duplicidades de informações que supostamente levaram o Auditor Fiscal em erro. Aduz que tal fato ocorre por lhe ter sido suprimida uma parte do material que compõe os autos.

3. Diante da situação narrada e compulsando-se os despachos contidos nos autos, verifica-se que a instrução processual não havia sido totalmente concluída quando da

ciência do contribuinte do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal e ciência do AI, o que faz depreender que o sujeito passivo, de fato, não teve acesso à íntegra do processo e aos anexos mencionados.

4. Assim, a fim de garantir o equilíbrio processual e pleno contraditório, e considerando que o referido laudo bem como as supostas incorreções, apesar de comporem o processo anteriormente anulado, não foram mencionados no presente Relatório Fiscal, solicitamos que sejam encaminhados ao sujeito passivo, seja em meio eletrônico ou mesmo impressos, todos os documentos que compõem a instrução processual, especialmente os anexos I a X (fls. 198/440) e cópia do processo nº 35301.000824/2007-54, juntado por apensação a este em 12/06/2013, conforme o despacho de fls. 449.

5. Tal procedimento tem o escopo de permitir que o contribuinte, verificando então os documentos citados no Auto de Infração, possa fornecer eventual aditamento à Defesa, pontuando os valores que argumenta estarem errados, acompanhados da documentação comprobatória das alegações acerca das duplicidades do arquivo que menciona (Folhas de Pagamento contendo as formalidades legais).

6. Isto posto, encaminhem-se os autos à DICAT da DRF Belo Horizonte, para o encaminhamento da instrução processual mencionada ao contribuinte, na forma do art. 23 e parágrafos do Decreto 70.235/72, concedendo-lhe, expressamente, reabertura de prazo de 30 dias para defesa.

Após as formalidades, foi emitida Intimação nº. 336 de 15/02/2018 (e-fls. 735), recebida em 26/02/2018 pelo sujeito passivo (e-fls. 794).

Foi apresentada nova manifestação (e-fls. 738/757) reiterando os argumentos apresentados na Impugnação, alegando que o vício que teria levado à anulação da primeira NFLD era de natureza material, apresentando julgados do CARF nesse sentido, e requerendo o julgamento improcedente do lançamento.

Os autos foram encaminhados para a Delegacia de Julgamento do Rio de Janeiro, que, conforme relatado anteriormente, julgou improcedente a Impugnação, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/05/2005

DECLARAÇÃO DE NULIDADE POR DECISÃO ADMINISTRATIVA. NATUREZA DO VÍCIO. REABERTURA DE DISCUSSÃO NO RELANÇAMENTO.

A matéria concernente à natureza do vício que ensejou a nulidade de lançamento anterior se reabre no segundo lançamento formalizado, para que, no âmbito deste último, possa se operar o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, principalmente no que diz respeito ao prazo decadencial aplicável.

VÍCIO FORMAL E VÍCIO MATERIAL.

O vício formal relaciona-se aos requisitos de validade do ato administrativo, ou seja, os pressupostos sem os quais referido ato não produziria efeitos e guarda relação com as formalidades legais extrínsecas que tangenciam o ato. O vício material guarda relação com o conteúdo do ato administrativo e os pressupostos intrínsecos do lançamento.

NULIDADE POR EMISSÃO DE MPF EM ESTABELECIMENTO DIVERSO DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO ELEITO PELO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO DE

PROCEDIMENTO. FOLHA DE PAGAMENTO. APURAÇÃO DIRETA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A emissão de MPF em estabelecimento diverso do domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo constitui vício na formalização do procedimento que não atinge os elementos constitutivos em caso de lançamento direto.

A Folha de Pagamento constitui a fonte primária de extração de bases de cálculo das Contribuições Previdenciárias, caracterizando o lançamento direto.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O lançamento foi realizado para prevenir a decadência, uma vez que no momento da sua realização, vigia decisão que suspendia a exigibilidade da contribuição ao INCRA em favor do Recorrente, decorrente de ação judicial que questionava a legalidade e constitucionalidade da referida contribuição. Contudo, tal como analisado pelo Acórdão proferido pela DRJ, a ação teve um desfecho favorável à Fazenda. Vale o destaque:

6. Relata, por fim, que há sentença desfavorável ao contribuinte constante do processo judicial n.º 2004.51.01.000271-9 do Tribunal Regional Federal - TRF da 2ª Região, com trânsito em julgado (11ª Vara Federal do Rio de Janeiro), a qual considera a empresa contribuinte do INCRA (anexo IX), motivo pelo qual deu prosseguimento normal ao respectivo lançamento de tais contribuições na esfera administrativa.

A intimação do sujeito passivo se deu através do Domicílio Eletrônico, sendo que o encaminhamento da mensagem se deu em 25/09/2018, e a abertura da mensagem se deu em 25/09/2018 (e-fls. 812/814).

Em 22/10/2018, o Recurso Voluntário (e-fls. 817/858) foi apresentado pelo sujeito passivo, com os seguintes argumentos, em síntese:

DOS FATOS

- 1) O Acórdão proferido considerou que o primeiro lançamento teria sido anulado por um vício formal, mas, na verdade tratou-se de vício material, razão pela qual é incabível o lançamento de créditos alcançados pela decadência;
- 2) No caso em julgamento, a apuração se deu de forma completamente equivocada: não apenas os valores encontrados pela fiscalização, como a própria verificação da ocorrência ou não de fato gerador estavam viciados, os dados corretos existiam mas não foram verificados pelas autoridades fiscais;
- 3) Não foram analisados os documentos da empresa, que foram disponibilizados em seu estabelecimento centralizador, também não foram analisados vários dos contratos que comprovaram as despesas de aluguéis da empresa;
- 4) Se o vício fosse procedimental, o lançamento seria mantido e corrigido apenas o procedimento incorreto adotado pelo fiscal – mas não haveria mudança no montante apurado, nem seria necessário exigir, por óbvio, novos documentos para tal apuração, o que ocorreu no presente caso;

5) Não há norma legal ou infralegal que obrigue uma empresa a guardar documentos fiscais após o prazo legal, na hipótese de trânsito em julgado administrativo favorável ao contribuinte, sem declaração expressa de vício formal;

6) o relançamento ocorreu após o prazo decadencial de constituição tributário, assim como a exigência de apresentação de comprovantes e documentos foi realizada quando findo o prazo legal de guarda;

ESCLARECIMENTO INICIAL QUANTO AOS PROCESSOS 35301.013570/2006-53 e 15504.725050/2015-94 REPERCUSSÃO QUANTO AO PRESENTE LANÇAMENTO (SUBSTITUTIVO)

7) A decisão da DRJ considera que o processo no qual restou afirmado o vício material cometido pela fiscalização quando da apuração da base de cálculo das contribuições não se aplica à presente NFLD, pois a fiscalização teria procedido à aferição direta da diferença das contribuições previdenciárias, apuradas a partir da folha de pagamento impressa e em arquivo magnético;

8) Todavia, o Colegiado Administrativo declarou a nulidade do lançamento por força de erro na origem da constituição dos créditos tributários (já que sem a devida motivação, a Fiscalização atuou com procedimento irregular de arbitramento da base de cálculo das contribuições;

9) Cita as decisões proferidas nos processos 35301.013570/2006-53 e 15504.725050/2015-94, que reconheceram o comprometimento do lançamento em sua essência, ou seja, que a anulação se deu por vício material e não formal;

10) o Auditor da RFB procedeu à nova averiguação quanto a existência de fatos que pudessem gerar contribuições previdenciárias eventualmente não recolhidas, e tomou por base exatamente os mesmos documentos viciados apresentados quando da fiscalização anterior;

11) afirma que o procedimento do Fisco em ambos os casos foi de arbitramento do tributo, cuja base de cálculo foi extraída das folhas de pagamento apresentadas pela empresa à fiscalização e referem-se a atos negociais que foram desconsiderados pela Fiscalização anterior, partindo do pressuposto de que estes atos revelam a existência de fatos geradores, sem nunca ter examinado a materialidade dos contratos e despesas;

12) Defende que o procedimento seguido pela fiscalização para constituição de todos os lançamentos foi o mesmo, aferição indireta, e que portanto, o racional aplicado pela DRJ de Recife mencionado na Impugnação deveria ser o mesmo a ser adotado nos outros casos;

13) Afirma que o precedente firmado no processo 35301.013570/2006-53 pela CSRF, não obstante não trate de NFLD anulada (objeto do re-lançamento), atesta que a NFLD foi anulada porque decorreu de procedimento arbitrário e ilegal adotado pela Fiscalização, desde o primeiro ato que precedeu à lavratura dos

lançamentos (TIAF), o que contaminou a “substância do levantamento” e não porque continha vícios em sua forma;

14) Defende que a r. DRJ ignorou os fatos e fundamentos jurídicos que foram abordados pelo C. CARF para a anulação das NFLDs e Autos de Infração originais, **sendo firmado posicionamento na Câmara Superior de Recursos Fiscais de que toda a autuação, desde a origem, estava viciada**, uma vez que pautada da suposta “constatação” de ausência de documentação, quando esta se encontrava à disposição no domicílio da empresa, este reconhecido judicialmente.

DA PACIFICAÇÃO DO POSICIONAMENTO QUANTO À NATUREZA DO VÍCIO DA AUTUAÇÃO FISCAL

15) Afirma que os lançamentos anteriores derivados da mesma fiscalização vêm sendo anulados pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, inclusive este que foi relançado pela fiscalização, sob o mesmo fundamento: vício insanável de legalidade quanto à própria apuração fiscal – vício material;

16) Reitera os julgados do CARF que entenderam tratar-se de vício material e não apenas vício formal, pois a desobediência do domicílio eleito pelo contribuinte comprometeu a análise dos documentos necessários para a lavratura dos autos de infração;

17) A aferição indireta pressupõe necessariamente infração, que seria a não apresentação de documentos. Mas no presente caso os documentos sempre estiveram à disposição do Fisco; foram disponibilizados no seu domicílio fiscal (que inclusive é a própria sede da empresa), mas não foram sequer acessados pela fiscalização. E o prejuízo dessa atitude da Fazenda é patente: em decorrência de não terem sido verificados os documentos, foi feito o presente lançamento, infundado e ilegal, imputando cobranças que o Fisco sequer verificou se foram feitas;

18) Destaca que a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, ao se manifestar em sede de embargos de declaração nos autos do processo 12045.000218/2007-101 (fls. 659/674), que se trata de hipótese idêntica a dos presentes autos, declarou que “A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta”;

19) Cita o entendimento do CARF nos processos 12267.000342/2008-43, 12267000318/2008-12; 122670003372/2008-31; 12267000340/2008-54, no sentido de que o vício foi material;

20) Reitera os Acórdãos nº.s 11-52.807 e 11-52.808 proferidos pela DRJ de Recife nos processos nº. 15504725050/2015-94 e nº. 15504725051/2015-39, julgando procedente as impugnações apresentadas;

VÍCIO MATERIAL: NOVO LANÇAMENTO APENAS PODE SER FEITO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL – ART. 173, I, CTN

- 21) Defende que, se o vício fosse na formalidade do lançamento, este poderia ser refeito após seu reconhecimento pela Administração; contudo, no caso, a dívida tributária foi inexistente porque impossível de se constatar os fatos tidos por geradores de obrigações tributárias, já que o procedimento de apuração dos fatos (e tributos) foi tida por irregular;
- 22) Cita doutrina que diferencia os vícios materiais dos formais e as consequências;
- 23) Ressalta que, no presente caso, não se trata de vício formal, de modo que não é aplicável o art. 173, inciso II do CTN;
- 24) Defende que a Câmara Superior de Recursos Fiscais, tratando sobre o tema relativo ao prazo decadencial no lançamento substitutivo, reconheceu que, mesmo nos casos em que o lançamento anterior considerado formalmente viciado (o que nem é o caso presente) exigir conduta da Fiscalização que seja incompatível como mero saneamento de formalidade do ato, tal lançamento deve ser examinado verdadeiramente como um novo lançamento, e não como um lançamento substitutivo, exigindo, portanto, que seja realizado no prazo legal de constituição do crédito, previsto no art. 173, I do CTN;
- 25) Cita acórdão 9202-002.731, proferido pela c. 2ª Turma da c. CSRF (processo 13502.001202/2007-44), que entendeu que “*sob o pretexto de corrigir o vício formal detectado, não pode o fisco intimar o contribuinte para apresentar informações, esclarecimentos, documentos, etc. tendentes a apurar a matéria tributável. Se tais providências forem efetivamente necessárias para o novo lançamento, significa que a obrigação tributária não estava definida e o vício apurado não seria apenas de forma, mas, sim, de estrutura ou da essência do ato praticado*”;
- 26) Reitera o voto do r. Conselheiro Relator Elias Sampaio Freire que entendeu que os procedimentos adotados pela fiscalização ao refiscalizar e exigir a apresentação da documentação pelo Recorrente são incompatíveis com os estreitos limites dos procedimentos reservados ao saneamento do vício formal;
- 27) Ao intimar novamente o contribuinte para apresentar a documentação a fim de verificar os fatos que porventura tenham gerado contribuições previdenciárias, o que faz a Fiscalização é perquirir a matéria tributável, o que só vem a confirmar que o erro decorrente da primeira fiscalização se deu em sua estrutura material;
- 28) De toda sorte, a empresa não teria sequer que apresentar os documentos para a qual foi intimada, visando apurar ocorrência de eventual fato gerador de contribuições previdenciárias, uma vez que já decorrido o prazo legal de sua guarda;

DO DECURSO INTEGRAL DO PRAZO DE GUARDA DOS DOCUMENTOS

29) Nos termos do art. 195 c/c 173, ambos do Código Tributário Nacional – CTN, a obrigação da Empresa em manter os documentos em seu poder para eventuais Fiscalizações finda em 05 (cinco) anos. Portanto, a empresa não tinha o dever de guardar os documentos por todo esse tempo;

30) Reitera precedente do STJ;

DA NATUREZA DO LANÇAMENTO

31) A decisão recorrida entendeu que o lançamento não teria sido arbitrado, e que a base de cálculo das contribuições teria sido conferida nos documentos de folha impressos pelo fiscal à época;

32) Contudo, a fiscalização não analisou folha de pagamento mensal, livros diário e razão, guias de recolhimento (GPS), documentos que estavam à disposição no estabelecimento centralizador, onde a fiscalização se recusou a ir;

33) Afirma que, em substituição, foi determinado que a Empresa apresentasse folhas de pagamento em arquivo digital (FOPAG.TXT), que também foram impressas, mas que representavam apenas uma compilação de dados da folha de pagamento original, ou seja, não se tratava da folha de pagamento mensal, com todos os lançamentos mensais pertinentes — folha analítica;

34) Como comprovado em perícia realizada e juntada aos presentes autos – documento esse que não foi apreciado e valorado pelo julgador de piso – o documento digital continha erros: vários registros contábeis foram duplicados e até mesmo triplicados;

35) A partir do momento que a Fiscalização limitou-se a verificar somente o arquivo magnético que continha a compilação de dados relativos a todo o período fiscalizado, confrontando-a com a GPS, tem-se que não ocorreu aferição direta dos lançamentos contábeis da Empresa, já que deixou de observar os documentos comprobatórios de tais registros, que, por sua vez, foram apresentados e disponibilizados em seu domicílio fiscal;

36) a folha de pagamento mensal da Empresa não foi analisada em nenhum momento, o que torna o lançamento realizado com base em aferição indireta, baseando-se apenas em arquivo magnético preparado pela empresa na época da fiscalização e que continham erros e inconsistências;

37) o presente lançamento apenas repetiu o realizado anteriormente, com base nos mesmos documentos;

38) ao contrário do que entendeu a 13ª Turma Julgadora da DRJ/RJ1, não há que se falar em aferição direta no presente caso, mas em verdadeiro arbitramento, como inclusive foi decidido pelo antigo Conselho de Contribuintes, em decisão

transitada. Tal conduta enseja a aplicação do entendimento já pacificado tanto pelo CARF quanto pela CSRF, no sentido de que o procedimento realizado pela fiscalização de origem encontra-se viciado desde a origem, afetando a própria substância do lançamento ante o evidente cerceamento de defesa imputado ao contribuinte.

DA IMPRESTABILIDADE DA BASE DE CÁLCULO (FOPAG.TXT)

39) conforme laudo pericial acostado tanto nos autos da NFLD substituída como nestes autos continha erros que geraram informações duplicadas, informações essas que foram usadas de base de cálculo para a incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros;

40) Esse arquivo, registre-se, não passa de uma compilação dos dados relativos às folhas de pagamento de todo o período fiscalizado, **não podendo ser equiparado à folha de pagamento;**

41) O laudo pericial já acostado aos autos - e que não foi considerado pela decisão recorrida - atesta claramente a existência de duplicidades, inclusive esclarecendo que os valores lançados duas ou até mesmo três vezes referem-se a mesma competência e ao mesmo funcionário e se reportam a um único evento, que é, erroneamente replicado;

42) procedimento utilizado no caso presente, é totalmente contrário ao que prevê o artigo 142 do Código Tributário Nacional;

DO PEDIDO

43) requer a Recorrente o conhecimento e provimento integral do presente Recurso, a fim de que seja reformado o acórdão de 1ª Instância, com a consequente declaração de nulidade do lançamento em debate, com base nos fundamentos acima expostos, seja face à impossibilidade da renovação da fiscalização, seja porque os valores considerados pela Fiscalização para base de cálculo da contribuição patronal são indevidos, originários de erros decorrentes de vício no arquivo apresentado à Fiscalização, estando corretos e suficientes os recolhimentos feitos, o que leva a não incidência de contribuições previdenciárias sobre tais valores.

Em seguida, os autos foram remetidos para este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

[Clique aqui para redigir o Voto]

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

1. Admissibilidade

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

2. Prejudicial de mérito: Vício formal x vício material

Alega o sujeito passivo que o vício que levou à anulação dos lançamentos originários da fiscalização realizada em 2006 teria natureza material, de modo que não seria possível o relançamento dos débitos de 2001 a 2005, em 2013, visto que teriam sido alcançados pela decadência.

A fiscalização, por sua vez, defende que o as autuações originárias foram anuladas por vício formal, o que justificaria o relançamento dos débitos, uma vez que o prazo decadencial teria sido renovado, nos termos do art. 173, inciso II do CTN.

Além de ter promovido a fiscalização fora da sede da empresa, o que impossibilitou a análise da documentação colocada à disposição, as autuações foram lavradas usando aferição indireta, exatamente em razão da falta de apresentação da documentação fiscal, baseando-se em arquivos preparados à época que se mostraram imprestáveis para fundamentar o lançamento (FOPAG.TXT). A falta de análise da documentação fiscal completa, por sua vez, resultou da inobservância do domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo, visto que, o sujeito passivo teria disponibilizado toda a documentação em sua sede, na cidade de Rio das Flores, mas a fiscalização teria insistido na exigência de apresentação da documentação em sua filial na cidade do Rio de Janeiro.

Ou seja, não se trata de simples descumprimento de formalidade. A inobservância do domicílio fiscal e a falta de análise da documentação disponibilizada pela empresa em sua sede, comprometeu o procedimento fiscalizatório e a materialidade dos Autos de Infração lavrados. Sem a análise da documentação disponibilizada pela empresa, a fiscalização não pode defender um lançamento realizado justificado exatamente pela falta de apresentação de documentos, usando aferição indireta (arbitramento). Não há como se ter certeza da ocorrência das infrações apontadas ou dos valores lançados.

Como bem descrito pelo sujeito passivo em seu Recurso Voluntário:

O vício na constituição do suposto crédito decorreu de procedimento de fiscalização levado a efeito pela então Receita Previdenciária em **2005**, exigindo da Recorrente a apresentação de um enorme número de documentos para comprovação da regularidade do recolhimento de contribuições devidas àquele órgão; ocorre que o r. Auditores da Previdência Social, em que pese a então sede da empresa e estabelecimento centralizador estar em Rio das Flores, requereram a apresentação da referida documentação na cidade do Rio de Janeiro.

Vale ressaltar, por oportuno, que diversos outros lançamentos decorreram da mesma fiscalização, sendo todos declarados nulos até o presente momento por esse CARF, inclusive a NFLD 37.004.881-4, ante o reconhecimento de que a **apuração levada a efeito pela Auditoria Previdenciária foi irregular**.

E isso porque o Fisco procedeu à aferição indireta sob a alegação de que a empresa não teria apresentado documentos. Esse fato, contudo, foi reconhecido como inexistente pelo CARF: a empresa não deixou de apresentar documentos, mas sim a Fiscalização solicitou indevidamente sua apresentação fora do local legalmente apto a verificar.

Todo o acervo documental existente à época foi disponibilizado à verificação do Fisco Previdenciário em seu centralizador, local efetivamente devido, conforme dispõe o art. 127, II, do CTN e reconhecido por decisão judicial transitada em julgado proferida nos autos do processo n.º 2003.51.01.0224300 (TRF/2ª Região).

Quando foi iniciado o procedimento fiscalizatório em 2005, o sujeito passivo requereu que, em razão do grande volume de documentos solicitados pela fiscalização, que a mesma fosse disponibilizada em seu estabelecimento centralizador (matriz), localizado no Município de Rio das Flores/RJ. Contudo, a fiscalização, ciente de que o sujeito passivo tinha levado a questão a juízo e não obtido decisão favorável (até aquele momento), limitou-se em manter a exigência da entrega da documentação na filial da empresa localizada no Município do Rio de Janeiro. A fiscalização confiou que o poder judiciário não reconheceria o direito do Recorrente em ser fiscalizado na sua sede.

O sujeito passivo alega, inclusive, que teria fretado caminhões para levar a documentação solicitada, mas mesmo com essas providências, foram lavradas as Notificações Fiscais de Lançamento de Débito e Autos de Infração, utilizando-se de aferição indireta, em grande medida, em razão da falta de conferência documental. No presente caso, foram usadas as informações prestadas no documento FOPAG.TXT que continha vários erros, constatados posteriormente.

O sujeito passivo deu seguimento às suas defesas administrativas até que sobreveio a decisão judicial declarando seu direito de ser fiscalizado no Município de Rio das Flores. A leitura do voto do Desembargador Relator Sérgio Schwaitzer, da 7ª Turma do TRF da 2ª Região, expõe bem a questão posta e as suas razões de decidir:

O Código Tributário Nacional proclama, em seu art. 127, inciso II, que, na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, será este o do lugar de sua sede, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado.

A Autora, de acordo com dado constante em seu CNPJ, encontra-se em atividade desde o ano de 1976 (fls. 14).

Por conta da 20ª alteração de seu Contrato Social, datada de 30 de janeiro de 1995 (fls. 202/204), promoveu a transferência de sua sede, originariamente estabelecida na Rua São José, nº 90 - Centro, Rio de Janeiro/RJ, para a Rua Capitão Jorge Soares, nº 04, no Município de Rio das Flores, Estado do Rio de Janeiro.

Entendeu a Autarquia-previdenciária que a Autora, ao promover a mudança de sua sede, e, por consectário legal, de seu domicílio tributário, buscou criar empecilhos à atuação fiscal da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores, porquanto circunscrita ao limite territorial da Capital do Estado. Em razão desta situação, aplicou ao caso a regra positivada no § 2º do art. 127 do CTN, o qual permite que a autoridade administrativa recuse o domicílio eleito pelo contribuinte quando se torne impossível ou dificultosa a arrecadação ou a fiscalização do tributo.

Não obstante repete louvável toda e qualquer medida administrativa que tenha como escopo resguardar o munus fiscalizatório dos órgãos públicos, mormente em se tratando de hipótese de persecução de débitos fiscais, a ilação feita pela autoridade administrativa a respeito do verdadeiro objetivo a ser alcançado pela parte autora com a alteração de sua sede não se sustenta diante de uma leitura mais apropriada dos dispositivos do CTN reguladores da matéria, nem tampouco se verificarmos atentamente a cronologia dos fatos ocorridos.

Primeiramente, cabe consignar ser evidente a distinção existente entre (a) autonomia da pessoa jurídica para definir, em seus atos constitutivos, o local de sua sede e (b) faculdade de eleição, pelo contribuinte, de seu domicílio tributário.

Da leitura do caput do artigo 127 do CTN verifica-se que, a princípio, a eleição de domicílio tributário é prerrogativa do contribuinte. Se o mesmo não o elege, passa a Administração a avaliar as alternativas legais para sua definição, enumeradas nos incisos do referido artigo. Nesta situação, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, tem-se como domicílio tributário, ex vi do inciso II, o local de sua sede.

A incidência, na espécie, da regra do §2º do art. 127 do CTN - “A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito...” -, não se revela apropriada, visto que a definição do domicílio fiscal da Autora em Rio das Flores não se deu em razão do exercício da faculdade de eleição, mas sim por conta da fixação de sua sede naquele Município, hipóteses que não guardam similitude entre si.

Noutro giro, entendo que o fato de a Autora figurar no rol de contribuintes sujeitos à atuação fiscal da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores do INSS não se revela, por si só, motivo razoável a justificar a desconsideração de sua nova sede como sendo o seu domicílio tributário. O Município de Rio das Flores está localizado a apenas 180 Km de distância da Cidade do Rio de Janeiro, não podendo tal circunstância ser considerada como impeditiva do exercício, pelos agentes públicos vinculados ao aludido Órgão autárquico, da atividade de fiscalização/arrecadação de tributos. A opção administrativa do INSS de circunscrever aos limites territoriais da Capital do Estado a atuação da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores, como consignado na contestação (fls. 93), não pode implicar restrição ao legítimo direito do contribuinte de, no livre exercício de sua atividade empresarial, e diante das conveniências e vantagens econômicas a serem eventualmente auferidas com a medida adotada, estabelecer sua sede onde melhor lhe aprouver.

Ainda que não dispondo de dados estatísticos para dar esteio a presente ilação, podemos presumir que, tal como na Capital, há, também, no interior do Estado do RJ, grandes devedores do INSS, o que não significa dizer que, por tal razão, deixe a Autarquia previdenciária de adotar as medidas administrativas necessárias para inscrição dos débitos existentes em Dívida Ativa e posterior ajuizamento de execuções fiscais, mesmo que sem a participação da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores.

Outro ponto merecedor de destaque, relevante ao deslinde da questão jurídica em testilha, é a constatação de que, da análise dos atos normativos administrativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social, concernentes à definição da estrutura organizacional do INSS, as Divisões de Cobrança de Grandes Devedores só passaram a ter expressa previsão a partir do advento da Portaria MPAS nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, que, revogando a Portaria nº 458/92, aprovou o novo Regimento Interno daquela Autarquia. Cabe indagar, assim, como poderia a Autora, no ano de 1995, promover a mudança de sua sede buscando dificultar a atuação fiscal de um Órgão até então inexistente?

Destarte, entendo que os motivos invocados pelo Réu para recusar a sede da Autora como sendo o seu domicílio tributário carecem de maior consistência,

impondo-se, portanto, no âmbito desta E. Corte, a reforma da r. sentença recorrida.

Face ao acima exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente o pedido e declarar como domicílio tributário da Autora a sua sede, situada na Rua Capitão Jorge Soares nº 04, Centro, Município de Rio das Flores - RJ. Condene o Réu no reembolso das custas judiciais e no pagamento de honorários de advogado, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

É como voto.

Da leitura do voto acima, vê-se que o Recorrente buscou seu direito de ser fiscalizado em sua sede, tendo em vista o volume de documentos fiscais e a dificuldade de transporte desses documentos. A Fiscalização, por sua vez, defendeu o seu direito de exigir a documentação em outra localidade, sem qualquer justificativa, alegando que o Recorrente teria alterado sua sede para se livrar da fiscalização da Divisão de Cobrança de Grandes Devedores.

O Desembargador, por sua vez, entendeu que a Fiscalização não tinha apresentado qualquer justificativa para exigir a entrega da documentação fora da sede da empresa, uma vez que o Município de Rio das Flores é próximo à capital do Rio de Janeiro; e porque não havia qualquer indício de que a empresa quisesse se esquivar da apresentação dos documentos. A empresa teria mudado a sua sede vários anos antes da criação da Divisão de Grandes Devedores. Dessa forma, **o tribunal entendeu que a Fiscalização teria desobedecido o disposto no art. 127 do CTN, e que o Recorrente tinha direito de ser fiscalizado em sua sede, em Rio das Flores.**

Considerando que a fiscalização deveria ter ocorrido em Rio das Flores e não na filial no Rio de Janeiro, as autuações lavradas em razão da não apresentação de documentos, foram anuladas pelo CARF.

Sobreveio o Acórdão nº. 205-00.847 (V5- apenso, e-fls. 1376/1387), da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que avaliou o ocorrido, inclusive o fato de a fiscalização ter ignorado o pedido do sujeito passivo para que a documentação fosse analisada em sua sede e os prejuízos causados pela fiscalização que insistiu numa fiscalização fora do domicílio eleito e sem justificativa, senão, vejamos:

No caso sob exame temos que o sujeito passivo, logo após a ciência dos MPF e TIAD, manifestou-se através de requerimento sobre o domicílio tributário eleito, apontando alteração de seus atos constitutivos e informando que sua documentação se encontrava no estabelecimento centralizador eleito.

A resposta ao requerimento se limitou às alegações trazidas pela Procuradoria do INSS, já expostas no relatório, que em síntese são:

- a) em ação fiscal anterior, a documentação foi disponibilizada no estabelecimento ora fiscalizado;
- b) no papel timbrado da empresa não consta o endereço de Rio das Flores Volta Redonda/RJ; e
- c) o Poder Judiciário já analisou e rejeitou todos os argumentos trazidos pela empresa no requerimento.

Assim procedendo, preferiu o órgão fiscalizador não demonstrar qual hipótese legal, impossibilidade ou dificuldade para a realização da ação fiscal, se configurou para a recusa do domicílio eleito pelo sujeito passivo, já que a matéria estava sendo deduzida em juízo e não havia até aquela data decisão judicial deferindo as pretensões do sujeito passivo.

(...)

Equivocadamente porque desejasse fazer uso da prerrogativa de recusar o domicílio eleito pelo sujeito passivo, caberia demonstrar a ocorrência de uma das hipóteses previstas no artigo 127, §2º do CTN, já que não havia à época tutela judicial que a impedisse. Ao fazê-la apenas sob o argumento de que havia discussão sobre a matéria em processo judicial, o órgão fiscalizador adotou, desnecessariamente, postura de submissão ao seu desfecho.

Sobre a documentação da empresa, a fiscalização não deixou de admitir que, de fato, era mantida no domicílio eleito, tal como previsto no artigo 743 da Instrução Normativa nº 03, de 14/07/2005; porém, embora seja esse o critério para fixação de ofício do domicílio, ainda assim se manteve em outro estabelecimento da empresa.

E pior, os documentos solicitados pela fiscalização através das 71 páginas de Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD foram transportados para o estabelecimento no Rio de Janeiro, resultando autuações e lançamentos por arbitramento, como consequência da impossibilidade de atendimento integral das intimações.

Reconheço a existência de cerceamento de defesa, o que acabou se evidenciando através das autuações por falta de documentos e recusa em prestar esclarecimentos além dos inúmeros lançamentos por arbitramento. O acompanhamento da ação fiscal por técnico habilitado, prestando os esclarecimentos necessários e exibindo os documentos que justificam os fatos constatados pela fiscalização, constitui direito do contribuinte alinhado com os preceitos constitucional garantidores da ampla defesa e do contraditório.

Por todo o exposto, uma vez transitada em julgado a sentença reconhecendo-se por fim que o domicílio tributário e estabelecimento centralizador do recorrente está situado na Rua Capitão Soares, 04 Rio das Flores Volta Redonda/RJ, somente resta a este órgão administrativo julgador acatar a decisão judicial e, conseqüentemente, a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO - Em razão do exposto, voto pela anulação do lançamento. (grifos acrescidos)

Foi apresentado Recurso Especial, num primeiro momento inadmitido, e uma vez tendo admitido o Agravo interposto, foi a julgamento. O Acórdão nº. 9202-01.430, proferido em 12 de abril de 2011, foi assim ementado:

DOMICILIO TRIBUTÁRIO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO A DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

No presente caso há decisão judicial com trânsito em julgado que define o domicílio tributário do contribuinte.

As decisões proferidas pelo Poder Judiciário tem prevalência sobre as proferidas pelas autoridades Administrativas, devendo estas cumprirem as determinações judiciais, nos exatos termos em que foram proferidas.

Recurso especial negado.

Considerando que os acórdãos não definiram se o vício que levou à anulação seria formal ou material, a fiscalização consultou a Procuradoria da Fazenda Nacional sobre a possibilidade de se refazer os lançamentos, com base no art. 173, inciso II do CTN.

Ao consultar a Procuradoria da Fazenda Nacional, a fiscalização apenas questiona que tipo de vício seria uma anulação por inobservância do domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, sem apresentar as peculiaridades do caso concreto. O Despacho emitido pela PFN (V5 – apenso – e-fls. 1492/1503) em nenhum momento aprecia a decisão judicial, ou o Acórdão do Conselho proferidos no caso concreto do sujeito passivo. Muito pelo contrário, o Despacho limita-se a trazer decisões proferidas em processos de outros contribuintes sobre o assunto domicílio fiscal (RESp 1174144/CE, TRF 4ª Região, 2001.70.05.004171-5, Acórdão nº. 05-24113 Delegacia de Julgamento de Campinas), concluindo que o vício seria de natureza formal.

Vê-se, portanto, que a Procuradoria não fez uma análise do caso concreto, e sim, limitou-se a fazer uma análise em tese se a eleição por inobservância de domicílio fiscal levaria a um vício formal. Essa conclusão é equivocada, porque ignora os fundamentos que levaram à anulação do lançamento, que constam no Acórdão do Conselho.

Além da exigência de entrega da documentação fora da sede da empresa, sem qualquer justificativa, o voto ainda fala do comprometimento do processo fiscalizatório. Vale a releitura de trecho relevante:

Sobre a documentação da empresa, a fiscalização não deixou de admitir que, de fato, era mantida no domicílio eleito, tal como previsto no artigo 743 da Instrução Normativa nº 03, de 14/07/2005; porém, embora seja esse o critério para fixação de ofício do domicílio, ainda assim se manteve em outro estabelecimento da empresa.

E pior, os documentos solicitados pela fiscalização através das 71 páginas de Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD foram transportados para o estabelecimento no Rio de Janeiro, **resultando autuações e lançamentos por arbitramento, como consequência da impossibilidade de atendimento integral das intimações.**

Reconheço a **existência de cerceamento de defesa, o que acabou se evidenciando através das autuações por falta de documentos e recusa em prestar esclarecimentos além dos inúmeros lançamentos por arbitramento. O acompanhamento da ação fiscal por técnico habilitado, prestando os esclarecimentos necessários e exibindo os documentos que justificam os fatos constatados pela fiscalização, constitui direito do contribuinte alinhado com os preceitos constitucional garantidores da ampla defesa e do contraditório.** (grifos acrescidos)

Não há como se entender que os vícios apontados pela decisão do Conselho acima se limitaram à mera formalidade. Todo o procedimento fiscalizatório que resultou nos lançamentos por arbitramento, sem a análise da documentação da empresa em sua sede é nulo em razão de inobservância da legislação de regência e da inobservância dos requisitos do lançamento, previstos no art. 142 do CTN, que dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, **assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.**

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

No presente caso, é evidente que a inobservância do domicílio fiscal indicado pelo sujeito passivo levou à não apreciação da documentação devida e a lançamentos por aferição indireta, como se o contribuinte não tivesse apresentado os documentos comprobatórios do cumprimento de suas obrigações previdenciárias. Ou seja, quando a fiscalização optou por não ver a documentação disponibilizada na sede da empresa em Rio das Flores, acabou por lavrar autos de infração cujas infrações não foram efetivamente verificadas o que resultou num vício de motivação do auto de infração.

É importante lembrar os conceitos de vício formal e vício material apresentados pela doutrina:

Os vícios formais são aqueles atinentes aos procedimentos e ao documento que tenha formalizado a existência do crédito tributário. Vícios materiais são os relacionados à validade e incidência da lei.²

Vício de Forma consiste no defeito em que um ato jurídico que decorre da omissão de requisito ou de desatenção à solenidade necessária à sua validade ou eficácia jurídica. (...) as incorreções ou omissões de forma na prática do ato, bem como as falhas ou omissões quanto a formalidades necessárias na feitura do lançamento.³

Vício de Forma é o defeito, ou a falta, que se anota em um ato jurídico, ou no instrumento em que se materializou, pela omissão de requisito, ou de desatenção à solenidade, que se prescreve como necessária à sua validade ou eficácia jurídica. Formalidade - Derivado de forma (do latim *formalitas*), significa a regra, solenidade ou prescrição legal, indicativas da maneira por que o ato deve ser formado.⁴

A distinção é relevante porque, apenas os atos de lançamento nulos por vício formal podem ser sanados pela Administração e têm o prazo decadencial “renovado” nos termos do art. 173, inciso II do CTN⁵. Quando constatada a nulidade da autuação pela ocorrência de vício material, caberá à Administração sanar o equívoco mediante novo lançamento, sem o defeito apontado, **desde que não tenha decaído o direito de fazê-lo**. A decretação de nulidade do lançamento por vício material não suspende ou interrompe o prazo decadencial para outro lançamento, pois não aplicável a disposição contida no art. 173, inciso II do CTN.

As nulidades de caráter processual ou formal vão se referir à relação processual estabelecida em um dado processo, sem contaminar ou invadir a esfera do direito arguido, enquanto as de caráter material viciam o próprio direito, inviabilizando que qualquer relação processual se estabeleça a partir do ato eivado.

Dessa forma, no caso concreto, a falta de observância do domicílio fiscal significou muito mais do que um vício procedimental, pois levou à não análise da documentação

² PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2008, p. 1164.

³ NEDER, Marcos Vinicius. LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Processo administrativo fiscal federal comentado : decreto nº 70.235/72 e 9.784/99. São Paulo : Dialética, 2002, pp. 132-133.

⁴ De Plácido e Silva in “Vocabulário Jurídico”

⁵ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados, (...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

completa da empresa, contaminando a essência das autuações, pois não há certeza de que os fatos geradores realmente ocorreram.

O Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, ao proferir o Acórdão nº. 2301-003.232, na sessão de 22 de novembro de 2012, esclareceu que o vício, no presente caso, seria de natureza material:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/04/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pelo Conselho correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado.

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

Embargos Acolhidos

Crédito Tributário Exonerado (PTA 12045.000218/200710, 3ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, Segunda Seção)

Vale a leitura de trecho do voto:

7. Entende-se por vício formal aquele relacionado aos requisitos objetivos para a validade do lançamento. Diz respeito a exigências legais pré-estabelecidas para o ato administrativo. Por outro lado, vício material está diretamente relacionado à própria matéria tributada pela autoridade administrativa. Envolve questões relacionadas à interpretação das normas jurídicas, situação fática apurada pela fiscalização, dados contábeis, etc.

8. O vício material diz respeito à própria obrigação tributária e não aos requisitos burocráticos exigidos ao lançamento.

9. Destarte, ao analisar o voto condutor, observa-se que as alegações ali trazidas referem-se à impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, ensejando, por consectário, a nulidade do ato por vício material, consubstanciado nos artigos 142 e 173, II, do Código Tributário Nacional.

10. Como é cediço, é formal o vício que contamina o ato administrativo em seu elemento “forma”; por toda a doutrina, cito a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Segundo a mesma autora, o elemento “forma” comporta duas concepções: A) Restrita, que considera forma como a exteriorização do ato administrativo (por exemplo: auto de infração) ; e B) Ampla, que inclui todas as demais formalidades (por exemplo: precedido de MPF, ciência obrigatória do sujeito passivo, oportunidade de impugnação no prazo legal), isto é, esta última confunde-se com o conceito de procedimento, prática de atos consecutivos visando a consecução de determinado resultado final.

11. Portanto, qualquer que seja a concepção, “forma” não se confunde com o “conteúdo” material ou objeto.

12. Forma é requisito de validade através do qual o ato administrativo, praticado porque o motivo que o deflagra ocorreu, é exteriorizado para a realização da finalidade determinada pela lei. E quando se diz “exteriorização” devemos concebê-la como a materialização de um ato de vontade através de determinado instrumento. Daí temos que conteúdo e forma não se confundem: um mesmo conteúdo pode ser veiculado através de vários instrumentos, mas somente será válido nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os administrados aquele prescrito em lei. Sem se estender muito, nas relações de direito público a forma confere segurança ao administrado contra investidas arbitrárias da Administração. Os efeitos dos atos administrativos impositivos ou de império são quase sempre gravosos para os administrados, daí a exigência legal de formalidades ou ritos.

13. No caso do ato administrativo de lançamento, o auto de infração com todos os seus relatórios e elementos extrínsecos é o instrumento de constituição do crédito tributário. A sua lavratura se dá em razão da ocorrência do fato descrito pela regra matriz como gerador de obrigação tributária. Esse fato gerador, pertencente ao mundo fenomênico, constitui, mais do que sua validade, o núcleo de existência do lançamento. Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso. (...)

14. E ainda se procurou ao longo do tempo um critério objetivo para o que venha a ser vício material. Daí, conforme recente acórdão, restará configurado o vício quando há equívocos na construção do lançamento, artigo 142 do CTN:

O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 19200.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)

(...)

24. Destarte, não paira dúvida de que há a necessidade de sanar a omissão e contradição apontadas no presente recurso horizontal, devendo constar na ementa do julgado anulação do lançamento por vício material, ensejando, assim, a procedência das alegações da embargante. (grifos acrescidos)

O mesmo ficou definido no Acórdão nº. 2301-003.671 proferido na sessão de 13 de agosto de 2013, e no Acórdão nº. 2301-003.590, proferido na sessão de 19/06/2013, que teve o mesmo relator:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pelo Conselho correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado.

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

Embargos Acolhidos (PTA nº 12045.000400/2007-62, 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/04/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pelo Conselho correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado.

LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL.

A impossibilidade do contribuinte de apresentar sua defesa, por estar a documentação fiscal exigida em localidade diversa daquela eleita pelos auditores, caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

Embargos Acolhidos (PTA nº 12045.000509/2007-08, 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária)

A Câmara Superior de Recursos Fiscais também analisou o caso e negou provimento ao Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Acórdão nº. 9202-002.413, na sessão de 7 de novembro de 2012, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR.

Prevalece o direito à eleição do domicílio tributário, reconhecido em decisão judicial, que somente pode ser recusado nas hipóteses comprovadas de impossibilidade ou dificuldade de realização da ação fiscal.

Deve ser declarada a nulidade de lançamento que aplica arbitramento pela falta de apresentação de documentação quando a fiscalização foi realizada em domicílio diverso do eleito, vício que afeta a própria fundamentação em que se sustenta a imputação infracional.

Recurso especial negado. (grifos acrescidos)

Em seu voto, o Conselheiro Gustavo Lian Haddad destacou porque a questão não pode ser vista apenas como um vício apenas formal das autuações:

Acresço a isto fundamento particular do caso em concreto que considero sobremaneira relevante.

Embora a decisão judicial não tenha tratado diretamente do lançamento efetuado nos presentes autos, é fato que ele decorreu de arbitramentos efetuados pela fiscalização por falta de apresentação de documentação no domicílio fiscalizado (diverso do eleito).

O fundamento da autuação – falta de apresentação de documentação comprobatória – tem assim relação direta com o vício de ilegalidade no exercício de fiscalização em domicílio diverso do eleito e em descumprimento a decisão judicial, consubstanciando situação em que o próprio lançamento, na origem, mostra-se comprometido e eivado de vício.

A postura da fiscalização de efetuar a fiscalização em domicílio diverso do eleito causou não só prejuízo à qualidade da acusação e da imputação infracional, mas inquinou de vício o próprio fundamento do arbitramento por ausência de apresentação de documentação comprobatória, medida que já é por si só extrema e admitida apenas em hipóteses excepcionais.

Não se pode, nesta hipótese, considerar como ausente prejuízo para afastar a nulidade, por não se tratar de mero vício formal, mas de mácula que atinge a substância da imputação infracional.

Nem se alegue que poderia o contribuinte, na defesa, ter trazido a documentação necessária a afastar o arbitramento. Isto porque o pressuposto lógico deste estava, na origem, viciado pela constatação de ausência de documentação em domicílio diverso do eleito e aceito judicialmente.

Se assim não fosse seria possível aceitar que lançamentos viciados na origem pudessem ser aperfeiçoados durante a fase de julgamento administrativo, hipótese que viola os pilares o sistema de constituição e revisão de lançamento admitido no ordenamento. (grifos acrescidos)

Nos Acórdãos nºs. 2401-005.185 e 2401-005.189, proferidos em 7 de dezembro de 2017, da lavra do Conselheiro relator Cleberson Alex Friess, entendeu-se da mesma forma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/05/2005

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. LOCALIDADE DIVERSA DO ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR. PREJUÍZO AO CONTRIBUINTE. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

Por meio de decisão judicial com trânsito em julgado foi reconhecido como válido o domicílio eleito pela empresa, refutando-se a hipótese defendida pelo Fisco que a escolha tinha como propósito impossibilitar ou dificultar a realização de procedimento fiscal. (ii) A conduta do agente tributário em exigir a apresentação dos documentos fiscais e contábeis em estabelecimento da empresa localizado em município diverso do eleito pelo contribuinte como centralizador, no qual a pessoa jurídica mantém a documentação necessária e suficiente à fiscalização integral, configura, avaliado o caso concreto, evidente prejuízo ao autuado. (iii) Impõe-se a declaração de nulidade do ato administrativo quando houver prejuízo efetivo ao sujeito passivo. No caso dos autos, é nulo, por vício material, o lançamento fiscal com fundamento no arbitramento pela falta de apresentação de documentação, cuja mácula atinge a própria motivação do ato administrativo. (PTA nº. 12267.000318/2008-12, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção) (grifos acrescidos)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/05/2005

ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. LOCALIDADE DIVERSA DO ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR. PREJUÍZO AO CONTRIBUINTE. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

(i) Por meio de decisão judicial com trânsito em julgado foi reconhecido como válido o domicílio eleito pela empresa, refutando-se a hipótese defendida pelo Fisco que a escolha tinha como propósito impossibilitar ou dificultar a realização de procedimento fiscal. (ii) A conduta do agente tributário em exigir a apresentação dos documentos fiscais e contábeis em estabelecimento da empresa localizado em município diverso do eleito pelo contribuinte como centralizador, no qual a pessoa jurídica mantém a documentação necessária e suficiente à fiscalização integral, configura, avaliado o caso concreto, evidente prejuízo ao autuado. (iii) Impõe-se a declaração de nulidade do ato administrativo quando houver prejuízo efetivo ao sujeito passivo. No caso dos autos, é nulo, por vício material, o lançamento fiscal com fundamento no arbitramento pela falta de apresentação de documentação, cuja mácula atinge a própria motivação do ato administrativo. (PTA nº. 12267.000340/2008-54, 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção)

O voto do Conselheiro Relator, além de discorrer sobre as diferenças entre vício formal e material, faz a análise do caso concreto, senão, vejamos:

23. É inegável que o vício no procedimento fiscal tem relação direta com os fundamentos adotados para a autuação, haja vista que o lançamento de ofício está escorado na existência de conduta omissiva da empresa na apresentação de documentação comprobatória, autorizando a lei ordinária a constituição do crédito previdenciário, com inversão do ônus probatório quanto à natureza não remuneratória das parcelas apuradas pelo agente fiscal (art. 33, § 3º, da Lei nº 8.212, de 1991).

24. A postura do agente fiscal em exigir a apresentação dos documentos em estabelecimento, ainda que da mesma empresa, localizado em município diverso do eleito pelo contribuinte como centralizador, no qual mantinha a documentação necessária e suficiente à fiscalização integral, configura, após a avaliação do caso concreto, evidente prejuízo ao autuado.

24.1 De fato, a conduta fiscal não implicou tão somente desrespeito às normas atinentes à realização de procedimento fiscal, concentradas que são, via de regra, no estabelecimento centralizador da empresa.

24.2 O procedimento fiscal dificultou, ou mesmo impediu, a apresentação dos documentos solicitados com vistas a prevalecer o caráter não remuneratório dos reembolsos de despesas aos segurados empregados, considerando o volume da documentação envolvida e a complexidade/custo da sua movimentação para a localidade diversa do estabelecimento centralizador do contribuinte, na cidade do Rio de Janeiro, conforme demandado pela fiscalização.

25. Não é qualquer vício que impõe a invalidade do ato administrativo, porquanto a declaração de nulidade pressupõe a comprovação e/ou demonstração do prejuízo efetivo ao sujeito passivo. No caso dos autos, o desenvolvimento da ação fiscal em estabelecimento distinto do domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, reconhecido como eficaz pelo Poder Judiciário, compromete a licitude da fundamentação da infração fiscal.

26. O defeito do lançamento refere-se ao conteúdo do ato e, desse modo, está calcado em vício material. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, na sua origem, revela vício intrínseco, que fulmina o próprio fundamento do arbitramento por ausência de apresentação de documentação comprobatória, de modo que a validade do lançamento somente seria possível por meio da edição de um novo ato administrativo com conteúdo alterado (motivação).

27. Cuida-se, no caso sob exame, de ato inconvalidável, ainda que possível a sua reedição, em princípio, a partir de nova descrição dos fatos com vistas à demonstração

da plausibilidade da constituição do crédito tributário, desde que não escoado o prazo para o novo lançamento fiscal.

28. Por essa razão, é mister tornar nulo o lançamento fiscal, afastando a exigência fazendária, por vício material. (grifos acrescidos)

Verifica-se, portanto, que a maioria das decisões proferidas nos casos do Recorrente, relacionados à referida fiscalização, tem entendido que a anulação dos lançamentos se deu pela verificação de vício material.

A Procuradoria tem insistido na apresentação de recursos e a Câmara Superior, nos Acórdãos n.ºs. 9202-007.657 (processo nº 12267.000340/2008-54), 9202-006.963 (processo nº 12045.000427/2007-55), 9202-006.964 (processo nº 12045.000509/2007-08) e 9202-006.968 (processo nº 12045.000459/2007-51) deixou de conhecer os Recursos Especiais interpostos, por falta de similitude fática dos paradigmas indicados com as situações específicas julgadas. É que a situação fática do Recorrente é bastante peculiar, pois conjuga, na verdade vício de natureza formal que teria levado a vício de natureza material.

Recentemente, há que se destacar que a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por maioria de votos, deu provimento ao Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, declarando que no processo nº. 12267.000318/2008-12, teria sido verificado vício meramente formal. Contudo, a decisão ainda está pendente de Embargos apresentados pelo sujeito passivo filio-me ao entendimento esposado pelo Conselheiro Relator João Victor Ribeiro Aldinucci, que destacou:

Como bem colocado pelo Conselheiro Cleberson Alex Friess, com o trânsito em julgado do acórdão judicial que decidiu acerca do domicílio tributário do sujeito passivo, tal controvérsia foi esgotada definitivamente, mesmo porque, como sustentado anteriormente, a decisão judicial produz uma norma individual e concreta, a qual é irrevogável em sede de processo administrativo fiscal. Contrariando tal norma individual e concreta, a fiscalização exigiu a apresentação de documentos em estabelecimento diverso e, para piorar, realizou o arbitramento das contribuições sob a alegação de que não teriam sido apresentados os documentos. Ora, a fiscalizada vinha sustentando que tal documentação estaria em estabelecimento distinto daquele considerado pela fiscalização e o Poder Judiciário concordou com essa tese de modo definitivo, o que não poderia ter sido inobservado pela fiscalização.

Daí que, conforme sustentando pela decisão recorrida, o defeito do lançamento é alusivo ao conteúdo do ato e, desse modo, está calcado em vício material. Ou seja, “A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, na sua origem, revela vício intrínseco, que fulmina o próprio fundamento do arbitramento por ausência de apresentação de documentação comprobatória”.

No PAF 10680.721514/201377, julgado em sessão de 14/10/18, quando eu ainda integrava a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara desta 2ª Seção, fiz declaração de voto, na qual expus minha mudança de entendimento sobre essa matéria. De tal declaração, transcrevo o seguinte trecho, o qual se alinha perfeitamente com a decisão recorrida:

Quer dizer, realmente o lançamento efetuado com erro na eleição do domicílio tributário tem influência direta no seu conteúdo, impactando equivocadamente na determinação da matéria tributária e também no cálculo do tributo devido, visto a insuficiência da instrução probatória realizada pela autoridade administrativa. Noutro giro, a autoridade lançadora, ao realizar um lançamento com esse grau de cerceamento, obviamente distancia-se da verdade dos fatos, de tal modo que há sim vício relativo à materialidade do fato jurídico tributário.

Diante disso, e melhor revendo a questão, voto por negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, por entender que o vício, no caso dos autos, é material. (Acórdão nº. 9202-010.236, 2ª Turma, CSRF, sessão de 13/12/2021).

Diante do exposto, entendo que no presente caso a anulação da primeira autuação se deu por verificação de vício material, de modo que inaplicável a renovação do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso II do CTN, razão pela qual, reconheço a decadência do lançamento promovido.

Deixo de analisar os demais argumentos de defesa do recurso voluntário contra a pretensão fiscal e decisão de piso, por absoluta desnecessidade para o deslinde do presente julgamento.

3. Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário e DOU-LHE PROVIMENTO, em razão da nulidade do primeiro lançamento, por vício material, de modo que o presente lançamento foi alcançado pela decadência.

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa