



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10680.721514/2013-77
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-010.225 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 13 de dezembro de 2021
Recorrente MI MONTREAL INFORMÁTICA S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO.

Demonstrada a divergência mediante a indicação de paradigma que, tratando de matéria semelhante decidiu de forma diversa, conhece-se do recurso especial.

PROCEDIMENTO FISCAL REALIZADO EM ESTABELECIMENTO DIVERSO DA SEDE DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO FORMAL.

Em se admitindo nulo o lançamento em razão de procedimento fiscal realizado em estabelecimento diverso do eleito pelo sujeito passivo como domicílio tributário, o vício que ensejou a nulidade há de ser considerado como de natureza formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencido o conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, que lhe deu provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Mauricio Nogueira Righetti, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Denny Medeiros da Silveira (suplente convocado, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício). Ausente o conselheiro Mario Pereira de Pinho Filho, substituído pelo conselheiro Denny Medeiros da Silveira.

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pelo contribuinte em face do Acórdão nº 2400.006.676, proferido na Sessão de 04 de outubro de 2018, que negou provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do disposto e ementa, a seguir reproduzidos:

Dispositivo:

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Júnior. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci.

Ementas:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. INSTRUMENTO DO LANÇAMENTO. ERRO. VÍCIO FORMAL.

Vício no instrumento do lançamento, correspondente a erro no domicílio tributário do contribuinte, possui natureza formal.

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. VÍCIO FORMAL. PRAZO.

É de cinco anos o prazo para a autoridade tributária substituir lançamento anulado por vício formal, sendo contado esse prazo da data em que se tornar definitiva a anulação.

A contribuinte interpôs Embargos de Declaração o quais foram rejeitados de plano, ainda em exame preliminar de admissibilidade.

O recurso visa rediscutir a seguinte matéria: **Anulação do Lançamento por Cerceamento do Direito de Defesa – Arbitramento - Vício Material.**

Em exame preliminar de admissibilidade, o Presidente da Câmara de origem deu seguimento ao apelo.

Em sus razões recursais a contribuinte aduz, em síntese, que se tornou definitiva e insuscetível de rediscussão a questão da anulação do lançamento por arbitramento decorrente do cerceamento do direito de defesa; que a única discussão cabível deveria ser a respeito da natureza do vício no acórdão substituído, se material ou formal; que o recorrido não poderia decidir que os lançamentos por homologação não prejudicam o sujeito passivo; que estas questões tornaram-se definitivas após a decisão que negou seguimento ao recurso especial.

A Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões nas quais propugna pelo não conhecimento do recurso sob o argumento de que não foi demonstrada a similitude dos casos concretos cotejados, que não basta que as teses sejam diferentes; que é previsto demonstrar que os casos concretos nos quais foram aplicados são semelhantes e isso não ocorreu. Quanto ao mérito, defende a manutenção do Recorrido com base, em síntese, nos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Tanto no Recorrido quanto nos paradigmas, estes, vale destacar, relativos a autuações feitas no próprio contribuinte, se declarou a nulidade do lançamento por vício material em situação em que se realizou arbitramento, por falta de apresentação de documentos, em situação em que a fiscalização se realizou em estabelecimento diverso daquele eleito pelo sujeito passivo, fato este incontroverso. Registro que, em recente julgamento de recurso especial do mesmo contribuinte, envolvendo a mesma matéria e os mesmos paradigmas, o Colegiado chegou à mesma conclusão decidindo por conhecer do recurso. Refiro-me ao Acórdão nº 9202-009.996, de 26 de outubro de 2021. Conheço, pois, do recurso.

Anoto, ainda, que, embora a contribuinte refira-se nas suas razões recursais a vício relacionado ao arbitramento, essa matéria não foi objeto do Recurso Especial; que os paradigmas, aceitos em exame preliminar de admissibilidade demonstraram a divergência apenas com relação ao tema do domicílio, em relação ao qual, repita-se, restou demonstrada a divergência.

Para exame do mérito, faço breve resumo dos fatos.

Trata o presente processo dos autos de infração DEBCAD Nº 37.410.594-4 e DEBCAD nº 37.410.595-2, relativos à contribuição destinada a Terceiros (SENAC, SESC e SEBRAE), incidentes sobre vale refeição e participação nos lucros. Trata-se também de lançamento realizado para substituição de lançamento anterior, anulado pelo Acórdão nº 205-01.343, da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, proferido na Sessão de 05 de novembro de 2008 (processo nº 35351.014136/2006-91, apenso a este), com os seguintes fundamentos, constantes do voto condutor do julgado, no seguinte trecho:

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 do mérito.

Registre-se, ainda, por relevante, que o lançamento original foi realizado com base em arbitramento, por aferição indireta, conforme o seguinte trecho do Relatório Fiscal (fls. 734/735, do processo nº 35351.014136/2006-91, apenso)

4. DA APURAÇÃO DAS BASES DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS

4.1. Por deixar a empresa de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos, conforme previsto no inciso II, artigo 32 da Lei N.8.212/91 e alterações posteriores, esta Fiscalização lavrou o Auto de Infração N2 37.004.900-4, de 24/08/2006.

4.2. Por deixar a empresa de declarar na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP as contribuições previdenciárias apuradas na presente NFLD, no presente período do crédito previdenciário, o que constitui infração ao artigo 32, inciso IV, parágrafo 5o, da Lei N.8.212/91, esta Fiscalização lavrou o Auto de Infração N° 37.004.906-3, de 24/08/2006.

4.3. Por deixar a empresa MI Montreal de apresentar:

4.3.1. a relação completa dos segurados empregados envolvidos nas atividades comerciais da empresa, identificando os respectivos estabelecimentos filiais da empresa em que estes segurados exerceram tais atividades, bem como os respectivos períodos de exercício destas atividades;

4.3.2. as Informações em meio digital de acordo com o leiaute previsto na Portaria 42 no item 4.3.1 (Arquivo Mestre de Mercadorias/Serviços - Notas Fiscais de Saída ou de Entrada Emitidas pela MI Montreal, acrescentando uma coluna para identificar o estabelecimento filial da MI Montreal emissor da mesma;

4.3.3. as notas fiscais mercantis emitidas por ela;

4.3.4. esta Fiscalização ficou impossibilitada de identificar os segurados empregados da MI Montreal que exerciam atividades mercantis, sendo obrigada, então, a lavrar o Auto de Infração N- 37.004.903-9, de 24/08/2006, e a considerar todos os segurados empregados da empresa como exercendo atividades mercantis. A documentação acima foi solicitada reiteradas vezes e especificamente através dos TIAD's datados de:

- 24/01/2006 (parágrafo 06 do TIAD 12);
- 13/03/2006 (parágrafo 21 do TIAD 15);
- 12/04/2006 (parágrafo 19 do TIAD 16);
- 23/05/2006 (parágrafo 17 do TIAD 18).

4.4. Por apresentar os arquivos digitais, definidos no Manual Normativo de Arquivos Digitais (MANAD), aprovado pela Portaria MPS/SRP N°058, de 28/01/2005, Diário Oficial da União (DOU) de 31/01/2005, com formatos e conteúdos incompatíveis com aqueles exigidos no referido manual, esta Fiscalização lavrou o Auto de Infração N. 37.004.901-2, de 24/08/2006.

4.5. Considerando o disposto nos subitens 4.1 a 4.4 esta Fiscalização se utilizou da prerrogativa contida no parágrafo 3.º do artigo 33 da Lei N° 8.212/91, transcrito abaixo, efetuando o lançamento do crédito previdenciário por arbitramento, sendo as bases de cálculo das contribuições previdenciárias devidas apuradas pelo critério da aferição indireta.

Embora o acórdão que declarou a nulidade do lançamento não tivesse explicitado a natureza do vício que ensejou a declaração da nulidade, a unidade de origem considerou o vício formal e procedeu a novo lançamento, tendo, para tanto, intimado o contribuinte a apresentar,

tão-somente, a última alteração do contrato social, conforme TIF de e-fls. 35 a 39. A seguir trecho do relatório Fiscal da presente autuação:

2. Este relatório tem por objeto a narrativa das ocorrências de fatos geradores de contribuições previdenciárias e dos respectivos salários-de-contribuição - SC, nos termos da Lei nº 8.212 de 24/07/1991, D.O.U. de 25/07/1991, e do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048 de 06/05/1999, D.O.U. de 07/05/1999 e republicado no D.O.U. de 12/05/1999 (e respectivas alterações posteriores), sobre os quais incidirão as alíquotas das contribuições destinadas aos Terceiros, em atenção ao devido processo legal, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo (empresa), a propiciar a adequada análise do crédito e a lhe conferir os atributos de certeza e liquidez, essenciais à eventual execução fiscal. Contém, ainda, os fundamentos legais da exação, suas respectivas bases de cálculo, alíquotas aplicadas e acréscimos legais (juros e multa), os quais poderão constar no próprio corpo deste relatório fiscal ou mediante remissão a um de seus anexos.

3. Informamos que o presente auto de infração está sendo emitido exclusivamente para restabelecer a exigência anulada, sem análise do mérito, na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD DEBCAD nº 37.004.754-0 de 24/08/2006 (processo COMPROT nº 35301.014136/2006-91), em virtude da constatação de vício formal, conforme prolatado no Acórdão nº 205-01.343 de 05/11/2008, da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (ANEXO I).

O acórdão ora recorrido, por sua vez, negou provimento ao recurso voluntário, que, dentre outras matérias, questionava a natureza do vício que ensejou o lançamento, defendendo que este seria material, e não formal. O Acórdão Recorrido concluiu que o vício seria formal, corroborando integralmente os fundamentos da decisão de primeira instância, a qual reproduz. A seguir transcrevo trecho desse voto, relevante para o deslinde da presente controvérsia:

Não obstante a citação, pelo impugnante, de decisão no sentido de adoção do entendimento de vício material a caso análogo, filiamo-nos ao entendimento já esposado pela Procuradoria. Vício material, para nós, relaciona-se com a existência dos elementos da obrigação tributária, à essência do lançamento.

Esses podem ser perscrutados do insigne art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN): o fato gerador, a matéria tributável e o sujeito passivo.

Todos esses elementos nos parecem bem determinados no presente lançamento ou no anulado.

Não se repete que o fato de ter o lançamento sido arbitrado, com base em aferição indireta, prejudicado a aplicação do citado dispositivo, uma vez que se trata de maneira absolutamente lícita, dada as circunstâncias, de se operar o procedimento de auditoria, conforme determina o art. 233 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, e escorado no art. 33, §3º da Lei 8.212/1991 (seja na redação da Lei 11.941/2009, seja na redação original).

Há que se observar que lançamentos por arbitramento não prejudicam o sujeito passivo. Apenas denotam expressamente que, dadas as condições em que praticado, cabe o ônus da prova em contrário ao sujeito passivo.

Por outro lado, vício formal remonta a incorreta observação de normas que regem o procedimento do lançamento em si, em seu aspecto de exteriorização. Estes, tratados no art. 59 do Decreto 70.235/1972 (art. 12, Decreto 7.574/2011).

Pois bem, Esta mesma matéria, relativamente a esse mesmos contribuinte e aos mesmos fatos já foram examinadas por diversas vezes por este Colegiado, inclusive, muito recentemente, em outubro deste ano, quando se prolatou o já referido Acórdão nº 9202-009.996, de relatoria do Conselheiro João Victor Audinucci, e com voto vencedor redigido pelo

Conselheiro Maurício Nogueira Rigueti, cuja ementa reproduzo a seguir, na parte pertinente à matéria ora tratada::

PROCEDIMENTO FISCAL REALIZADO EM ESTABELECIMENTO DIVERSO DA SEDE DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO FORMAL.

Em se admitindo nulo o lançamento em razão de procedimento fiscal realizado em estabelecimento diverso do eleito pelo sujeito passivo como domicílio tributário, o vício que ensejou a nulidade há de ser considerado como de natureza formal.

E antes desta, outras decisões no mesmo sentido: Acórdão nº 9202-008.773, 9202-008.767, 9202-008.761 e 9202-008.768, todos de 25/06/2020, e nº 9202-007.466, de 29/01/2019.

Penso, concordando com o teor dos acórdãos acima, que nas circunstâncias do caso sequer se justificava a declaração de nulidade do lançamento, pois a recusa do domicílio eleito pelo sujeito passivo foi devidamente justificada, à época do lançamento não havia decisão judicial que dera provimento à apelação do sujeito passivo sobre a questão do domicílio fiscal e, que, portanto, a autoridade fiscal não tinha outra alternativa que não a de dar cumprimento à decisão judicial em vigor à época. Mas essa questão não é relevante para o desfecho da lide no presente caso, que cuida apenas da definição da natureza do vício que teria ensejado a nulidade do lançamento, se formal ou matéria. Portanto, é inarredável a premissa de que o lançamento estava eivado de vício que ensejaria a nulidade do lançamento, pois assim foi decidido e a decisão, neste ponto, é definitiva. Cumpre, portanto, decidir, na ausência de definição a respeito, pela decisão que declarou a nulidade do lançamento, se se trata de vício formal ou material, a natureza do vício, o que é particularmente relevante para definição do termo inicial de contagem do prazo decadencial para a realização de novo lançamento.

O que aconteceu foi que, durante a ação fiscal houve controvérsia, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, sobre o domicílio eleito pelo sujeito passivo, tendo a autoridade lançadora optado por considerar o domicílio aquele que, à época, tinha sido reconhecido como tal pelo Poder Judiciário, posição que, posteriormente foi alterada, em razão de julgamento de apelação.

Sobre a natureza do vício se material é aquele que alcança a substância do ato, que não pode ser corrigido com a mera repetição do ato, sem a mácula anterior, incluindo-se aí os vícios que implicam em cerceamento do direito de defesa e atos praticado por autoridade incompetente. Nestes casos, a declaração de nulidade tem eficácia *ex tunc*, torna imprestável tudo o que foi feito, todo o procedimento. Não é sem razão, aliás, a forma como a questão da nulidade é tratada no Decreto nº 70.235, de 1.972, que rege o Processo Administrativo Tributário.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

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

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Portanto, há nulidades e nulidades, conforme o tipo de vício que macula o ato. Vícios que não podem ser reparados, vícios que podem e deve ser reparados e vícios que sequer precisam ser reparados.

No caso ora analisado, o fato de o lançamento ter se realizado em domicílio distinto do eleito pelo sujeito passivo, nas circunstâncias do caso, sequer implicou em prejuízo para a defesa, pois foi realizada em estabelecimento que é do próprio contribuinte, as intimações foram recebidas e respondidas pela empresa, todos os atos foram do conhecimento do contribuinte, procedeu-se a defesa quanto ao mérito. É certo que havia controvérsia quanto ao domicílio a ser considerado, mas havia à época decisão judicial que respaldava a escolha da Fiscalização, tendo sido a contribuinte devidamente notificada dessa posição. Não há portanto mácula que atinja a substância do ato, que implique em cerceamento do direito de defesa ou questionamento quanto a competência da autoridade que praticou o ato.

O lançamento poderia ter sido repetido, como foi, com a simples alteração no documento que exterioriza o ato, o que é suficiente, a meu juízo, para caracterizar o vício como de natureza forma.

Ante o exposto conheço do Recurso Especial e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa