



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10920.003763/2010-64
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2301-000.316 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 20 de novembro de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente GERHAÇÃO LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Wilson Antônio de Souza Correa, que votaram em dar provimento ao recurso. Declaração de voto: Damião Cordeiro de Moraes.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Declaração de voto

Participaram, do presente julgamento, a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, bem como os Conselheiros Wilson Antonio de Souza Correa, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva e Marcelo Oliveira.

Relatório:

Trata-se de lançamento, lavrado em 20/09/2010, por ter a empresa acima identificada, segundo Relatório Fiscal da Infração, fls. 11, deixado de preparar folha(s) de pagamento(s) das remunerações pagas ou creditadas a todos os empregados e/ou contribuintes individuais a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente, tendo resultado na constituição de crédito tributário de R\$ 1.431,79, fls. 01.

A fiscalização apurou que:

3. Em análise das folhas ,contatamos que os segurados ,conforme consta do nosso relatório "Segurados Contribuintes Individuais" ,anexo, autoexplicativo, não estavam inseridos no formato dos demais segurados na Folha de Pagamento, egulado pelo §9º, art.225 do RPS, aprovado pelo Decreto 3048/99, motivando a lavratura deste Auto-de-Infração.

Ocorreu que: não foram agrupados por categoria, não destacou as parcelas integrantes ou não da remuneração, descontos legais, cargo ou função ou serviço realizado. A eles foram realizados pagamentos, conforme os registros encontrados na contabilidade, que prestaram serviços à empresa, e conforme as informações prestadas no curso desta auditoria, juntamos ainda amostra para comprovação,tal como relatório de prestação de contas em viagem feita pelo segurado e/ou de valores devidos a título de reembolso de quilometragem.

A intimação para apresentar as folhas de pagamento fez referência ao período de 01/2008 a 12/2009.

Após tomar ciência pessoal da autuação em 06/10/2010, fls. 01, a recorrente apresentou impugnação, fls. 38/46, na qual apresentou argumentos similares aos constantes do recurso voluntário.

A 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora, no Acórdão de fls. 105/117, julgou a impugnação improcedente, tendo a recorrente sido cientificada do decisório em 13/03/2012, fls. 120.

O recurso voluntário, apresentado em 12/04/2012, fls. 122/127, apresentou argumentos conforme a seguir resumimos.

Houve violação do §2º do art. 7º do Decreto 70.235/72, na medida em que o Termo de Continuidade lavrado em 12/07/2010 tinha validade até 10/09/2010 e só houve lavratura de novo Termo em 13/09/2010. Assim, todos os atos lavrados anteriormente e posteriormente perderam a validade.

Afirma que a multa aplicada tem efeito confiscatório, não podendo prevalecer pois contraria o art. 150, inciso IV da Constituição Federal.

Aponta que teria direito à relevação da multa aplicada, pois preencheu os requisitos da legislação para tanto.

Informa que apresentou a GFIP dentro do prazo, pois não há atraso no FGTS.

Agiu de boa fé e em conformidade com a legislação.

Quanto aos contribuintes individuais apontados pela fiscalização tenta afastar a incidência em relação a cada um deles:

- João Gercino Duarte não poderia ser enquadrado como contribuinte individual, pois na condição de sócio teria recebido distribuição de lucros. Se em algum recibo constou informação diversa, teria havido um equívoco. Na época apontada pela fiscalização referido sócio possuía contrato de trabalho com outra empresa;
- Kelli Adriana Frainer foi admitida como sócia em 07/12/2009, com a saída do Sr. João. Teria prestado serviços na condição de autônoma e não como empregada.
- Leonardo Jordani prestou serviço como autônomo, apenas duas vezes;
- Luiz Marcelo da Silva prestou serviço como autônomo por um curto período de tempo.

As pessoas acima não poderiam ser consideradas contribuintes individuais, pois seriam autônomos.

A empresa não teria omitido qualquer informação na GFIP.

Sobre a adesão ao SIMPLES, esclarece que solicitou-a em 30/01/2008, mas seu pedido foi indeferido por existirem os seguintes impedimentos: pendências junto a RFB e atividade econômica vedada. Apresentou impugnação a tal indeferimento, mas o processo 10920.0010005/2008-97 ainda não teve decisão definitiva.

Alega não ter sido intimada da conclusão do referido processo.

Salienta que, em 2008, não foram considerados pagamentos que fez na guia do SIMPLES e valores retidos de suas notas fiscais que somam R\$ 72.888,92.

Em 2009, não teriam sido considerados valores retidos em suas notas fiscais no montante de R\$ 120.234,05.

Requer o cancelamento da multa aplicada.

É o relatório.

Processo nº 10920.003763/2010-64

Erro! A origem da referência não foi encontrada. n.º 2301-000.316**S2-C3T1**Fl. 132

Voto:

Conselheiro Mauro José Silva:

Reconhecemos a tempestividade do recurso apresentado e dele tomamos conhecimento.

De plano, afastamos o argumento da decisão *a quo* no sentido de acatar a relevação somente em relação a lançamentos lavrados e cientificados antes da revogação da norma autorizativa do benefício, tendo em vista o conteúdo do art. 144 do CTN.

No entanto, a autoridade preparadora precisa verificar se e quais infrações foram sanadas até data da decisão de primeira instância para que possamos cogitar da relevação requerida pela recorrente para infrações referentes a fatos geradores ocorridos até a entrada em vigor do Decreto 6.727/2009, tendo em conta que no Relatório Fiscal não ficaram especificadas em quais competências houve o cometimento da infração.

Logo, votamos pela **CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA** para que a DRF/Joinville verifique quais infrações foram sanadas integral ou parcialmente até a data da ciência da decisão de primeira instância.

Após a providência, a recorrente deve ser intimada a apresentar aditamento de seu recurso no prazo de dez dias previsto no art. 44 da Lei 9.784/99.

Concluídas tais providências, retornem os autos para prosseguimento do julgamento.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes:

1. Peço licença ao nobre relator Conselheiro Mauro José Silva para divergir do seu posicionamento, pois entendo que o auto de infração é nulo por vício material ante a ausência de motivação no relatório fiscal. Assim, considero desnecessária a conversão do julgamento em diligência para que o agente fiscalizador informe se ainda houver infração não sanada até a data da decisão da instância *a quo*.

2. Compulsando os autos, não há como o contribuinte identificar com clareza o lançamento realizado. Há uma listagem com os códigos do levantamento elaborados pelo fisco, entretanto de forma obscura e insuficiente, porquanto não houve apontamento pelo auditor de quais competências houve o cometimento de infração.

3. No meu entender, a falha no relatório fiscal apontada é suficiente para a anulação do auto de infração, pois cerceia a defesa do contribuinte quando a autoridade administrativa não indica precisamente as competências em que se verificou o descumprimento do regramento previdenciário pelo contribuinte.

4. De acordo com o previsto no art. 50 da Lei 9.784/99, os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses deverão ser motivados com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Eis o teor do dispositivo citado:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

5. Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, traz argumentos de enorme valia acerca do princípio da motivação e sua aplicação, notadamente as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto:

Princípio da motivação, isto é, o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto. Ainda aqui se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada – o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática –, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvincentes, desarrazoadas ou injurídicas. Aliás, confrontada com a obrigação de motivar corretamente, a Administração terá de coibir-se em adotar providências (que de outra sorte poderia tomar) incapazes de serem devidamente justificadas, justamente por não coincidirem com o interesse público que está obrigada a buscar. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 433)

6. Nesse sentido destaca-se a necessidade de uma clara descrição dos fatos, como elemento motivador do lançamento fiscal, conforme nos relata em lapidar lição Leliana Pontes Vieira, em sua obra Contencioso e Processo Fiscal (1996, p. 40), colacionamos:

c) Descrição dos fatos - esta descrição deve ser bastante clara, de modo a permitir, de um lado, que o acusado, conhecendo o fato ilícito que lhe é imputado possa exercer o seu direito constitucional de ampla defesa. E, de outro, para que o julgador nela encontre, conjugando-a com os demais elementos do processo, o necessário suporte para formar sua convicção.

7. A propósito, a citada Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispôs em seu art. 2º que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da motivação.

8. Isso porque, a atividade administrativa de lançamento requer a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, como preceitua o art. 142 do CTN. Nessa esteira, o próprio art. 37, da Lei 8.212/91, dispõe que a fiscalização deverá lavrar notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento. (grifos nossos)

9. Nos termos da IN 03/2005, o relatório fiscal é a peça essencial para propiciar a ampla defesa e a adequada análise do crédito:

Art. 661. O relatório fiscal objetiva a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada

análise do crédito e a ensejar ao crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal.

10. O legislador ressaltou sabiamente que o relatório fiscal deve conter a discriminação clara e precisa da conduta tida como geradora da infração para conferir certeza e liquidez ao próprio crédito tributário. Se assim não o for, torna-se necessária a sua nulidade, pois todo e qualquer ato promovido pela administração deve ter sua motivação devidamente respaldada, ainda mais quando tratar de imposição de sanção ao contribuinte.

11. Certamente o resultado final da ação fiscal nos presentes autos deixou sérias dúvidas quanto à natureza dos pagamentos considerados para efeito da imposição da multa. O auditor não apontou precisamente os elementos necessários ao surgimento do fato gerador, como as competências em que se verificou o cometimento da infração nem discriminou quais recolhimentos foram efetivamente realizados pelo contribuinte para que, logicamente, fossem afastados do cálculo.

12. É inegável, portanto, que a falha apontada na peça fiscal é característica típica de vício material. Lembro os nobres Conselheiros que o relatório fiscal é parte integrante do ato constitutivo do lançamento, sendo um demonstrativo claro e preciso para todos os procedimentos e critérios adotados pela fiscalização se forem observadas as regras estabelecidas no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e do art. 37 da Lei 8.212, de 1991.

13. É dizer: a autoridade lançadora tem o dever de informar à empresa fiscalizada qual a legislação de regência da obrigatoriedade do envio dos arquivos magnéticos, bem como o correto procedimento para tanto, sob a pena de ser-lhe aplicada multa correspondente à infração mencionada, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção e a possibilitar a ampla defesa do contribuinte, pois, do contrário, enseja nulidade ante a patente visualização da hipótese trazida no art. 59, II, §§ 1º e 2º do Decreto 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

(...)

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.

14. Além do cerceamento de defesa, constato com clareza que a penalidade aplicada pelo fisco foi mais gravosa ao contribuinte.

15. Nesse sentido, Carvalho e Murgel (1999, p. 29) entendem que ambas as partes, Estado e contribuinte, devem buscar a verdade material, ficando a verdade formal em segundo plano. Em tempo, segundo os mesmos autores, outra função primordial do processo administrativo seria buscar a paz jurídica entre ambos, de tal forma que, alcançada a verdade material, não haja mais interesse de qualquer das partes de acionar o Poder Judiciário.

Processo nº 10920.003763/2010-64

S2-C3T1

Erro! A origem da referência não foi encontrada. n.º 2301-000.316

Fl. 136

16. Por essa razão, entendo que o fisco não cometeu um mero equívoco de dispositivo legal, que caracterizaria um vício sanável, mas sim erro de conteúdo, por implicar em sanção desproporcional ao contribuinte, sendo inviável sua modificação, pois seria revisão do próprio motivo ensejador do lançamento, maculando toda a estrutura normativa do poder de tributar.

17. Trata-se, portanto, de vício insanável, sendo, inclusive, causa impeditiva de novo lançamento diante dos mesmos fatos geradores considerados.

18. Dessa feita, voto pela anulação do lançamento fiscal por vício material, ante a ausência de motivação no instrumento fiscal ensejador do crédito tributário, impossibilitando, assim, qualquer nova fiscalização referente ao mesmo fato e à mesma matéria.

CONCLUSÃO

19. Assim, voto pela ANULAÇÃO do auto de infração ante a inegável constatação de vício material pela ausência de motivação, essencial para formação do próprio crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes