



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

Processo nº 11065.002837/2007-30
Recurso nº 155.231 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.345 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2011
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÃO
Recorrente CRISPA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2006 a 30/06/2007

VÍCIO MATERIAL FALTA DE CLAREZA NOS MOTIVOS DO LANÇAMENTO. NULIDADE DO LANÇAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA

Ocorre vício material do lançamento quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação fiscal e/ou auto de infração. Diz respeito ao conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.

O erro na identificação do sujeito passivo caracteriza vício substancial, material, uma nulidade absoluta.

A fiscalização deve lavrar notificação de débito com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso declarando nulo por vício material. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio De Souza - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Levantamento de Débito – NFLD contra a empresa CRISPA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA que para recolher contribuições previdenciárias, parte dos segurados e parte patronal, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT, e contribuições de terceiros (no caso, o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE (Salário-Educação), o Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária - INCRA, o Serviço Social da Indústria - SESI, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE), incidentes sobre a remuneração de segurados empregados nas competências 06/ 2006 a 06/2007.

O Relatório Fiscal de folhas 25 esclarece que a partir da competência 06/2006, a recorrente transferiu seus empregados para a empresa EPJ Indústria de Alimentos Ltda:

“4.1.14 Podemos observar que quase a totalidade dos segurados empregados da Crispa passam para a EPJ.

4.1.15 Nas competências seguintes, considerado o período de 07/2006 a 06/2007 estes segurados estão lançados nas folhas da EPJ.

4.1.16 Observa-se que é apenas um artifício para não recolher as contribuições patronais se utilizando do benefício da tributação pelo SIMPLES.”“.

- Quanto à transferência dos empregados da notificada para a empresa EPJ Indústria de Alimentos Ltda., esta se deu sem a participação ou interferência da Delegacia do Trabalho ou do sindicato da categoria.

- A empresa Crispa Indústria de Alimentos Ltda. simplesmente confeccionou um carimbo, que foi apostado nas carteiras do trabalho de seus empregados.

Assim, a empresa Crispa Indústria de Alimentos Ltda., até a competência maio de 2006, recolhia ou reconhecia devidos os valores das contribuições patronais, na condição das empresas em geral, de acordo com as GFIPs apresentadas e ao transferir seus segurados empregados para a empresa EPS Indústria de Alimentos Ltda., a partir da competência 06/ 2006, deixou de recolher as contribuições patronais.

A NFLD vem instruída com os documentos de fls. 34/48, que **consistem, basicamente, em consultas** a Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIPs das empresas Crispa Indústria de Alimentos Ltda. e **EPJ Indústria de Alimentos Ltda.** e alterações contratuais da empresa Crispa Indústria de Alimentos Ltda.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação, na forma do documento de folhas 70/74, a empresa impugnou a exigência alegando, inicialmente, que o procedimento da impugnante foi totalmente legal, não havendo que se falar em artifício para não recolher as contribuições previdenciárias patronais. Assim também no tocante à constituição da empresa EPJ Indústria de Alimentos Ltda. e seu ingresso no sistema SIMPLES de tributação.

Refere que, nos termos dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, assim como na doutrina e na jurisprudência, a sucessão de empresas é reconhecida para efeitos de responsabilidade trabalhista. Destarte, os arrendatários "substituídos" na exploração da mesma atividade são considerados sucessores, como no caso em tela.

Dessa forma, considerando que a empresa EPJ Indústria de Alimentos Ltda. estabeleceu-se no mesmo endereço em que estava a empresa Crispa Indústria de Alimentos Ltda., tinha ela por obrigação assumir os empregados desta, como de fato o fez.

Não há, pois, que se falar em irregularidades, não podendo, em consequência, a Fiscalização descaracterizar os procedimentos adotados pela empresa, que não contrariam nenhum dispositivo legal.

Quanto ao fato de a impugnante não haver efetuado a transferência dos seus empregados diante do sindicato da categoria ou de órgão do Ministério do Trabalho, entende que este procedimento não invalida os contratos de trabalho em vigor — na pior das hipóteses, tratar-se-ia de irregularidade administrativa sanável.

Insurge-se, ainda, contra a multa aplicada, uma vez que o alegado débito restou confessado, o que a torna indevida. Ademais, sendo o Código Tributário Nacional - CTN uma lei complementar, configura inconstitucionalidade a previsão punitiva existente em lei ordinária para o fato em espécie — inadimplência de tributo em cumprimento de obrigação acessória.

Questiona, também o acréscimo, ao valor principal, além da multa, de juros que ultrapassam os juros legais de 6% ao ano e de forma capitalizada ao final de cada mês.

Discorda, igualmente, da aplicação da taxa Selic, estabelecida para atualização dos débitos.

Ao final, a empresa requer seja acolhida a presente impugnação, julgando-a procedente para efeitos de declarar insubsistente o respectivo auto de lançamento; sucessivamente, postula seja afastada a multa, ou, alternativamente, reduzida esta, como também afastados os juros acima do legalmente permitido.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar as alegações da impugnante, a 7ª Turma da Delegacia de Julgamento - DRJ Porto Alegre/RS, mediante Acórdão nº 10-14.884, fls. 96, julgou procedente o lançamento.

Processo nº 11065.002837/2007-30
Acórdão nº **2403-00.345**

S2-C4T3
Fl. 117

DO RECURSO

Irresignada com a decisão “a quo” a recorrente interpôs recurso de fls. 108/112, onde reitera as alegações que fizera em sede de impugnação requerendo, por fim, seja dado provimento ao presente recurso, para efeitos de tornar insubsistente o crédito tributário em questão.

É o relatório

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio De Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme folhas 114, o recurso é tempestivo. Portanto dele tomo conhecimento.

EM PRELIMINAR

Conforme o Relatório Fiscal a auditoria entendeu que a empresa promoveu artifício para não recolher as contribuições patronais, utilizando-se do benefício da tributação pelo SIMPLES e assim procedeu aos lançamentos.

Então, é compulsório a verificação de eventual dissimulação da ocorrência do fato gerador para fugir da obrigação de recolher.

QUANTO À DISSIMULAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO

GERADOR.

O artigo 16, § único da Lei N 5.172, de 25 de outubro de 1966 que vem a ser o Código Tributário Nacional - CTN, contém previsão de desconsideração de atos ou negócios jurídicos pela autoridade administrativa:

Lei N 5.172, de 25 de outubro de 1966

“ Art. 116. (...)

*Parágrafo único. A autoridade administrativa **poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (incluído pela Lcp 104, de 10.01.2001) “(grifei)”.***

Na verificação de tal hipótese se registra que às folhas 39, a autoridade fiscal anexou cópia da GFIP da recorrente para a competência 06/2006, competência esta a primeira no período autuado compreendido entre 06/ 2006 a 06/2007.

Em detalhada análise se observa que na referida GFIP constam os nomes dos empregados da empresa ora autuada com **suas remunerações zeradas**.

Neste caso, é razoável inferir que foi verificada contabilidade da empresa para se observar se esta estaria movimentando valores supostamente para suportar pagamento dos antigos empregados.

Em ocorrendo isso, efetivamente, tal hipótese haveria que ter sido relatada e **demonstrada em atenção ao princípio da verdade material**.

Não tendo sido demonstrado que ocorreu despesas com pagamento daqueles empregados sob o patrocínio da Recorrente, não há hipótese de incidência.

Consta ainda consignado no documento supra, que a GFIP supra foi emitida sob o **código de movimentação N2**.

A versão do SEFIP 5.0, de 31/10/2001 implementou que da competência 09/2001 em diante se adotaria o código N2 para transferência de empregado para outra empresa que tenha **assumido os encargos trabalhistas**, sem que tenha havido rescisão do contrato de trabalho.

Concomitantemente, a EPJ Indústria de Alimentos Ltda., CNPJ 07.867.692/0001-1, empresa que assumiu os encargos trabalhistas, **que não ocupa o pólo passivo da ação fiscal** em comento, declarou na sua GFIP, para a mesma competência, 06/2006, a recepção daqueles empregados transferidos como seu encargo informando as remunerações e demais obrigações na forma do revelado às folhas 44, também anexadas pela autoridade fiscal.

Assim esclarecidos os fatos, tendo a empresa EPJ declarado em GFIP como sua a obrigação sobre os empregados transferidos, tal confissão desobriga a anterior empregadora.

Isto posto, não há falar em descon sideração dos atos ou negócios jurídicos praticados posto que foram executados conforme a norma legal e não dissimularam a ocorrência do fato gerador uma vez que esse continuou a ocorrer sob responsabilidade tributária de outra empresa fora do alcance do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

LEVANTAMENTO SOBRE FOLHAS DE PAGAMENTO DE EMPRESA ESTRANHA À AÇÃO FISCAL

Aduz que conforme relatório fiscal de fls. 26, itens 4.0 e 4.1.3, o levantamento e o crédito foram realizados com base na folha de pagamento não da recorrente, então sob ação fiscal, mas da empresa EPJ Indústria de Alimentos Ltda., CNPJ 07.867.692/0001-19 estranha ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF :

“4.0 Dos fatos geradores

4.1 NDG — Folha de Pagamento EPJ não declarada em GFIP.

4.1.1 A empresa deixou de recolher a contribuição devida à seguridade social, parte empresa e empregados (20 % + SEGURADOS) + SAT/GILRAT: 3%) incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, no período de: 06/2006 a 06/2007.”

“ 4.1.3 a partir da competência 06/2006, a empresa transferiu os funcionários (planilha anexa) para a EPJ Indústria de Alimentos Ltda., CNPJ 07.867.692/0001-19... (...)”

Consta reiterado às fls 05, no Discriminativo Analítico do Débito – DAD que **se trata de folha de pagamento da EPJ e não da empresa autuada:**

“Levantamento: NDG- FOLHA DE PAGAMENTO EPJ FPAS: 507-0 Tipo de Débito: Classificação: Não declarado em GFIP (sem redução de multa)”

SOBRE OS LANÇAMENTOS CONTÁBEIS

Consoante a afirmação de que os fatos geradores foram extraídos da folha de pagamento da empresa não fiscalizada EPJ, o Auditor Fiscal registra em seu relatório no item 6.2 que:

*“Todos os valores lançados encontram-se respaldados por **lançamentos contábeis** constantes da documentação apresentada pela empresa.”*

É relevante notar que o Auditor Fiscal, entretanto, não demonstra materializado nos autos, de modo inconteste, a origem desses lançamentos em qual ou quais Livros Diários, em quais as contas bem como quais valores, permitindo, pois caracterização de **cerceamento de defesa**.

A rigor a afirmação se revela contraditória na medida em que a Recorrente, na mesma ação fiscal foi autuada mediante o AI . 37.098.592-3, conforme TEAF de fls.9, por não ter apresentado os Livros Diários relativos aos exercícios 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007 (até 30 de abril), devidamente formalizados nos termos do parágrafo 13 do artigo 225 do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999.

Desse modo, se a contabilidade não restava devidamente formalizada nos termos legais, tais documentos não passavam de mera informação não definitiva sujeita a todo tipo de alteração sendo, portanto, impossível de comungar com o registro no relatório no item 6.2 de que:

*“Todos os valores lançados encontram-se respaldados por **lançamentos contábeis** constantes da documentação apresentada pela empresa.”*

O Relatório fiscal às folhas 89, item 4.1.11, aduz que :

*“4.1.11 A sede indicada pelo **contrato social** é incompatível com as atividades desenvolvidas por **uma fábrica** e comércio atacadista de alimentos.”*

A busca pelo citado contrato social se revelou infrutífera em razão de este não ter sido colacionado. Existe entretanto, conforme fls. 64, cópia de alteração contratual datada de 28/04/2006, dois meses antes da transferência dos empregados, promovendo a mudança do objeto social bem como de endereço da empresa :

“I — ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO:

A presente sociedade mudará seu endereço social para Av Nicolau Becker,nº 587, sala 202, Centro, no município de Novo Hamburgo, estado do Rio Grande do Sul, Cep 93510-060.

II - OBJETIVO SOCIAL:

*O objetivo social da empresa passará **para comércio atacadista**, varejista e a distribuição de produtos alimentícios, como batata palha, batata palito congelada, congelada, legumes e verduras; ”*

A Autoridade Fiscal ao que indica, teria se equivocado quanto a atividade da empresa no período autuado ao afirmar que esta continuava a fabricar, talvez induzida pela razão social da empresa que não sofreu alteração permanecendo como indústria.

É relevante observar que embora tenha sido zelosamente preparada pelo Auditor Fiscal uma planilha com valores de faturamento às folhas 28, não fica claramente demonstrado a origem de tais registros tais como de qual documento fiscal, seu nº de registro e eventual fotocópia. Ademais, também não ficou demonstrado que os valores registrados têm origem em resultado de operações que demandaram mão de obra industrial carecendo de ter sido exibido as notas fiscais de venda com a descrição do negócio ou contratos com tais conteúdos. A descrição é, portanto, genérica :

“4.1.17 A receita da Crispa e da EPJ, de acordo com o relatório de faturamento exercício de 2006 até o primeiro semestre de 2007 está demonstrada nas planilhas 01 e 02 abaixo:”

Como se observa, o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09412332F00 às folhas 20 é dirigido à CRISPA INDUSTRIA DE ALIMENTOS LIDA. Entretanto o Auditor Fiscal revela que apresentou o MPF a sujeito passivo diferente do determinado :

“4.1 22 Quando chegamos na sede da EPJ e apresentamos o MPF-Mandado de Procedimento Fiscal, em 07.08.2007, fomos atendidos pelo Sr. Paulo Nadir Blauth, funcionário da Crispa, como podemos observar na GFIP, competência: 06/2006, anexa a este relatório.”

DO VÍCIO MATERIAL

Ocorre vício material do lançamento quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação fiscal e/ou auto de infração. Diz respeito ao conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.

A Lei 5.172, Código Tributário Nacional – CTN, artigo 142 contém previsão da obrigatoriedade de se demonstrar claramente a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e determinar a matéria tributável:

(...)

“ 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.” (grifei)

Exortando o Acórdão, de nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008, da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes se demonstra configurado o vício material quando há equívocos na construção do lançamento contrariando o exigido no 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 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)” (grifei)

Quando a descrição do fato, não é suficiente para a certeza 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.

Entendo que não é suficiente que a autoridade afirme ter havido infração. O argumento da autoridade deve sucumbir à autoridade do argumento constituído à luz de comprovados elementos materiais.

Para invalidar um planejamento, há que proceder a duas etapas:

- desconstituir fundamentando; e
- autuar fundamentando.

No recurso do Processo Administrativo Fiscal - PAF predomina o princípio da verdade material. É a prevalência da substância sobre a forma, entre a lei e o fato. O ônus da prova é do fisco.

Se o vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, é caso de nulidade (defeito na composição, explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, falta de materialidade ou determinação do sujeito passivo, da base de cálculo ou da alíquota aplicáveis).

Em acontecendo isso, o conteúdo do ato estará eivado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação constituindo óbice à ampla defesa e do contraditório restando claro prejuízo ao sujeito passivo na medida em que representem relevante influência na solução do litígio

Portanto, restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputado lançamento sem a descrição clara e precisa de seu fato gerador, prejudicando seu direito de defesa.

DA NULIDADE

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

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.

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.

DO MÉRITO

Desse modo, por não ter sido comprovada de forma inconteste a alegada dissimulação da ocorrência do fato gerador, e, ainda, em razão da observância da ocorrência de vício material, resta nulo o lançamento.

Sendo assim, por economia processual, deixo de enfrentar demais alegações.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, conheço do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento declarando nulo o lançamento por vício material.

É como voto.

Ivacir Júlio De Souza

