



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

Processo nº 11330.000759/2007-51
Recurso nº 154.386 De Ofício
Acórdão nº 2403-00.483 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CROWN INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/01/2006

VERDADE MATERIAL. NULIDADE . VÍCIO MATERIAL AB INITIO.

É um princípio específico do processo administrativo.

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

Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente que é de elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado, desde o início, por ser o crédito dele decorrente duvidoso. Recurso de Ofício provido em parte. Crédito Tributário Exonerado.

Recurso de Ofício Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos em dar provimento ao recurso de ofício quanto à anulação do lançamento por vício material. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro que votou pela procedência do lançamento fiscal.

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, Renato Coelho Borelli (suplente). Ausentes os conselheiros Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.076.203-7, resultado de ação fiscal iniciada em 24/01/2006, consolidada em 08/03/2007 e notificada em 14/03/2007, cujo o crédito lançado pela fiscalização referiu-se ao período de 01/01/2003 a 31/01/2006, no valor de R\$ 5.404.482,70, acrescidos de juros e multa.

Consoante o item 3 de fls. 42 do Relatório Fiscal, em razão de a empresa S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida, CNPJ: 33.265.869/0002-06, ter prestado serviços a autuada no período de 08/2000 a 12/2002, anterior ao levantado - não tendo outros elementos de convicção: “por não haver nenhum outro fato que indicasse a redução da produção” - a junta fiscal estabeleceu hipótese de que os contratos e valores que suportaram tal prestação foram prorrogados ao longo das demais competências até 01/2006 e, ainda, sem a devida retenção. Assim os fatos geradores das contribuições lançadas foram apurados por aferição indireta, imputando-se débitos de 11% sobre os valores calculados na certeza de que, também, sobre estes não foram destacadas as retenções nas notas fiscais hipoteticamente emitidas.

Desse modo, julgando não ter havido redução da produção da autuada e tendo por base a remuneração efetuada pelo pretérito fornecimento de mão de obra à notificada pela empresa S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida (CNPJ: 33.265.869/0002-06), no período de 08/2000 a 12/2002, se procedeu à aferição indireta para o período restante compreendido entre 01/01/2003 a 31/01/2006:

“Nos registros contábeis da notificada nos quais constam remunerações à empresa S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida nos exercícios de 2000 a 2002, apuramos a média aritmética destas remunerações no período e lançamos o resultado no levantamento “CMA — Cessão de MO Maria Cândida Arb”. Caracterizamos tais remunerações como prestação de serviços mediante a cessão de mão de obra, portanto sujeitos a retenção, tendo em vista o fato do quadro de segurados empregados da prestadora efetuar nas dependências da notificada as atividades fabris típicas desta. A não apresentação dos documentos relacionados as contribuições previdenciárias ensejou a emissão do AI 37.076.223-1.”

Segundo o referido relatório, o arbitramento se deu com base nos elementos disponíveis anteriores a 01/2003 em função da ausência de registros contábeis do período de 01/2003 a 01/2006, **e por não ter outro fato que indicasse a redução da produção**, o que, conseqüentemente, causaria a redução da mão de obra necessária para o desenvolvimento das atividades normais da empresa.

Consta ainda no Relatório Fiscal, item 4, que o Livro Diário de 2000 a 2002 que serviu de base para a apuração não tinha registro:

“4. Foram examinados os seguintes documentos:

Livro Diário de 2000 a 2002, sem registro;

Livro Razão de 2000 a 2002;”(grifos de minha autoria)

Registra-se que, muito embora seis meses depois de ter sido iniciada a ação fiscal a documentação tenha sido apreendida pela Polícia Federal em 09/06/2006, esta fora concluída na sua totalidade tendo em vista que daí em diante os Auditores Fiscais o fizeram na sede do Ministério Público conforme item 11, parte final, do Relatório Fiscal :

“ 11. Esta auditoria-fiscal foi realizada com base na documentação apreendida por força da Medida Cautelar No. 2006.5101513747-8, exarada pelo MM. Juiz da 4 2 Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, sendo desenvolvida na sede do Ministério Público Federal - Procuradoria do Rio de Janeiro, situado a Rua Nilo Peçanha, 31 - Centro - Rio de Janeiro .Rio de Janeiro, 08 de março de 2007.”

Conforme Mandados de Procedimento Fiscal - MPF, oito vezes prorrogados, sendo o último em 12/01/2007, fls. 25/33, e Termo de Intimação Para Apresentação de Documentos – TIAD de fls. 34, a ação fiscal teve início em 24/01/2006.

Consta no Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF, às fls.36, que foram examinados os seguintes documentos: Folhas de Pagamento, Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) e os Comprovantes de Recolhimento.

DA IMPUGNAÇÃO

A interessada manifestou-se alegando em síntese que:

- não possuía meios de produzir a sua defesa tendo em vista, que no dia 09 de junho de 2006 a Polícia Federal por ordem do MM. Juízo da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro determinou nos autos da ação de busca e apreensão de nº 2006.51.01.513747-8 a realização de diligência de busca e apreensão de todos seus documentos fiscais, contábeis, cadastros de funcionários, recibos de pagamento de impostos e taxas, computadores e etc;

- pelo exposto, a empresa autuada, impedida de produzir a sua defesa, requereu a prorrogação do prazo para apresentação desta, até que o D. Juízo da 4ª Vara Federal Criminal Federal se digne, a restituir os documentos tão necessários para elaboração de sua impugnação;

- caso fosse indeferido o pedido de prorrogação do prazo, negava veementemente que tenha cometido qualquer infração legal, que, segundo a empresa, se comprovaria através das provas documentais, pericial e testemunhal.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar os autos e os argumentos da impugnante, a 10ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Rio De Janeiro I (RJ) – DRJ/RJOI, emitiu o Acórdão nº 12-18.977 (fls. 91/97) tornando **NULO** o lançamento:

*“20. No caso em questão, em que pese a interessada não ter apresentado a documentação solicitada pelo fisco, relativa ao período de 01/2003 a 01/2006, **foge ao embasamento legal o***

arbitramento baseado em outro arbitramento, além de ser incabível a presunção por parte da auditoria de que houve cessão de mão de obra, simplesmente por não ter outro fato que indique a redução da produção.

21. O AFRFB não pode simplesmente presumir a existência de fato gerador pelo fato de a empresa não ter apresentado os documentos solicitados, supondo, **sem qualquer embasamento** que os serviços prestados pela mão de obra da empresa "S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida" **continuaram sendo executados, no período de 01/2003 a 01/2006.**

22. No caso das empresas prestadoras de serviços por cessão de mão de obra, os parâmetros de aferição encontram-se definidos em atos próprios, sendo utilizados contratos de prestação de serviços e notas fiscais de serviços. Ocorre que a impugnante não é a cedente de mão de obra, mas a contratante de serviços. **Neste caso, a utilização de Notas Fiscais emitidas por outra empresa, em outro período, não é um parâmetro que espelhe a realidade, não oferecendo sustentação ao lançamento.**

23. ***Estando o processo em análise eivado de vícios***, deve esse ser declarado nulo, em conformidade com o que disciplina a legislação. Segundo o artigo 53, da Lei 9784/1999 e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública pode rever e anular seus próprios atos, conforme abaixo transcrito: (...)

24. Assim, **configurada a fragilidade do critério de aferição utilizado no arbitramento em questão, não apresentando requisitos de convicção, segurança e objetividade para se estimar o valor da base de cálculo**, objeto da incidência das contribuições previdenciárias, o lançamento não poderá prosperar, **ficando impossibilitada a análise do mérito.**

25. E como determinam as normas vigentes, deverá ser providenciada a lavratura de nova NFLD, revestida de todas as formalidades legais, **com a utilização de elementos de convicção que ofereçam suporte e sustentação ao crédito**, se assim entender a auditoria, no caso de persistir a situação de recusa ou apresentação deficiente de documentos por parte da interessada. ”

DO RECURSO DE OFÍCIO

Em face à exoneração do crédito em valor superior ao limite de alçada previsto no artigo 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 077/1/2008, a Presidente da Turma recorreu de ofício. Aduz que não foi interposto Recurso Voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE

O recurso de Ofício da decisão de primeira instância impõe que se analise em preliminar a nulidade do lançamento. Desse modo, tendo presente o princípio da verdade material, entendo que se deva verificar a ocorrência do fato gerador efetivamente demonstrada bem como averiguar se foram observados os aspectos formais e matérias na produção do referido lançamento.

DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A verdade material é um princípio específico do processo administrativo.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e verificar aquilo que é realmente verdade.

Neste sentido, em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material.

A inteligência do artigo 59, II do decreto 70.235/72 permite constatar que em havendo preterição do direito de defesa, nulo é o ato:

“ O Decreto 70.235/72 :

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 conseqüência.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) (se a nulidade argüida não comprometer a decisão que será a seu a favor) ”

Se o lançamento apresentar vício em seu processo de formação não respeitando os dispositivos de sua formalização, **é caso de anulação, por vício de forma.**

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 a nulidade tal como descrita, 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.

DO VÍCIO FORMAL

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.¹ 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.

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

DO VÍCIO MATERIAL

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. É o que **a jurisprudência** deste Conselho denomina de **vício material**:

“[...]RECURSO EX OFFICIO – NULIDADE DO LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, são elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: Direito Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, 11ª edição, páginas 187 a 192.

levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula; a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.[...]" (7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso nº 129.310, Sessão de 09/07/2002) Por sua vez, o **vício material** do lançamento ocorre 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.

Como no processo em comento, conforme o Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, restará configurado o vício material 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 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes) ”(grifos de minha autoria)

Ambos os vícios, formal e material, desde que comprovado o prejuízo à defesa, implicam nulidade do lançamento, mas o que justifica a possibilidade de lançamento substitutivo a partir da decisão é apenas quando o vício é formal, pois nestes casos não se observa dúvida no lançamento de que o responsável foi identificado corretamente e **que o fato gerador existiu.**

O rigor da forma como requisito de validade gera um grande número de lançamentos anulados. Em função desse prejuízo para o interesse público é que se inseriu no Código Tributário Nacional (CTN) a regra de novo prazo para contagem de decadência a partir da decisão, a fim de realização de lançamento substitutivo ao anterior, quando anulado por simples vício na formalização.

De fato, forma não pode ter a mesma relevância da certeza da responsabilidade e da existência do fato gerador. Ainda que anulado o ato por vício formal, pode-se assegurar que o responsável foi quem praticou o fato gerador da obrigação e que esse fato existiu e continua existindo, diferentemente da nulidade por vício material.

Não se duvida da forma como instrumento de proteção do particular, mas nem por isso ela se situa no mesmo plano de relevância da responsabilidade e do conteúdo.

O Acórdão nº 108-08.174 IRPJ, de 23/02/2005 da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes vem corroborar este entendimento:

“ PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE - VÍCIO FORMAL - LANÇAMENTO FISCAL COM ALEGADO ERRO DE IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO – INEXISTÊNCIA – Os vícios formais são aqueles que não interferem no litígio propriamente dito, ou seja, correspondem a elementos cuja ausência não impede a compreensão dos fatos que baseiam as infrações imputadas. Circunscrevem-se a exigências legais para garantia da integridade do lançamento como ato de ofício, mas não pertencem ao seu conteúdo material. O suposto erro na identificação do sujeito passivo caracteriza vício substancial, uma nulidade absoluta, não permitindo a contagem do prazo especial para decadência previsto no art. 173, II, do CTN. (Acórdão nº 108-08.174 IRPJ, de 23/02/2005 da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes). ”

DA PROVA

É relevante lembrar que prova é o meio pelo qual, submetida ao contraditório, a alegação de fato é confirmada ou negada e, ainda o **Princípio da motivação das decisões** onde se preceitua que os atos administrativos deverão ser motivados **de modo explícito, claro e congruente**, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores e com a indicação dos fundamentos e fatos jurídicos que o embasaram. .

SOBRE A DESCRIÇÃO DO FATO GERADOR, CONTEÚDO DO RELATÓRIO FISCAL

No relatório Fiscal de fls. 42, item 3, os Auditores assim se manifestaram :

“ 3. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas: A remuneração pelo fornecimento de mão de obra da empresa SIA Fábrica de Tecidos Maria Cândida CNPJ: 33.265.869/0002-06 à notificada arbitrada por aferição indireta devido ausência de registros contábeis no período de 01/2003 a 01/2006 e por não haver nenhum outro fato que indicasse a redução da produção e, por via de consequência, a redução da mão de obra necessária para o desenvolvimento das atividades normais da empresa.

Nos registros contábeis da notificada nos quais constam remunerações à empresa S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida nos exercícios de 2000 a 2002, apuramos a média aritmética destas remunerações no período e lançamos o resultado no levantamento "CMA Cessão de MO Maria Cândida Arb". Caracterizamos tais

remunerações como prestação de serviços mediante a cessão de mão de obra, portanto sujeitos a retenção, tendo em vista o fato do quadro de segurados empregados da prestadora efetuar nas dependências da notificada as atividades fabris típicas desta.” (grifei)

SOBRE A DECISÃO DE NULIDADE EXARADA NA PRIMEIRA INSTÂNCIA

Na ementa do Acórdão nº 12-18.977, de 19 de março de 2008, a 10ª Turma da DRJ/RJOI assim se pronunciou :

“A nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é declarada quando se constata na análise dos aspectos formais a existência de vícios insanáveis.” (grifei)

E, ainda, fundamentando o voto, assim arrazoou :

“ (...)

20. No caso em questão, em que pese a interessada não ter apresentado a documentação solicitada pelo fisco, relativa ao período de 01/2003 a 01/2006, foge ao embasamento legal o arbitramento baseado em outro arbitramento, além de ser incabível a presunção por parte da auditoria de que houve cessão de mão de obra, simplesmente por não ter outro fato que indique a redução da produção.

21. O AFRFB não pode simplesmente presumir a existência de fato gerador pelo fato de a empresa não ter apresentado os documentos solicitados, supondo, sem qualquer embasamento que os serviços prestados pela mão de obra da empresa "S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida" continuaram sendo executados, no período de 01/2003 a 01/2006.

22. No caso das empresas prestadoras de serviços por cessão de mão de obra, os parâmetros de aferição encontram-se definidos em atos próprios, sendo utilizado contratos de prestação de serviços e notas fiscais de serviços. Ocorre que a impugnante não é a cedente de mão de obra, mas a contratante de serviços. Neste caso, a utilização de Notas Fiscais emitidas por outra empresa, em outro período, não é um parâmetro que espelhe a realidade, não oferecendo sustentação ao lançamento.

23. Estando o processo em análise eivado de vícios, deve esse ser declarado nulo, em conformidade com o que disciplina a legislação. Segundo o artigo 53, da Lei 9784/1999 e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

24. Assim, configurada a fragilidade do critério de aferição utilizado no arbitramento em questão, não apresentando requisitos de convicção, segurança e

objetividade para se estimar o valor da base de cálculo,
objeto da incidência das contribuições previdenciárias,
o lançamento não poderá prosperar, ficando
impossibilitada a análise do mérito.

25. E como determinam as normas vigentes, deverá ser providenciada a lavratura de nova NFLD, revestida de todas as formalidades legais, com a utilização de elementos de convicção que ofereçam suporte e sustentação ao crédito, se assim entender a auditoria, no caso de persistir a situação de recusa ou apresentação deficiente de documentos por parte da interessada.”

Como se observa, a 10ª Turma da Delegacia de Julgamento DRJ/RJOI anulou o lançamento por este estar eivado de **VÍCIO FORMAL**. Entretanto, aduz que na narrativa do voto - itens 20 a 25 - acima transcritos, os motivos que a conduziu àquela conclusão ou seja : “ausência de embasamento legal”, “incabível presunção por parte da auditoria de que houve cessão de mão de obra, simplesmente por não ter outro fato que indique a redução da produção”, “fragilidade do critério de aferição utilizado no arbitramento em questão, não apresentando requisitos de convicção, segurança e objetividade para se estimar o valor da base de cálculo”, “falta de elementos de convicção que ofereçam suporte e sustentação ao crédito” – “que a utilização de Notas Fiscais emitidas por outra empresa, em outro período, não é um parâmetro que espelhe a realidade, não oferecendo sustentação ao lançamento” - ao contrário daquela decisão – tão abundante convicção retratada não se constitui de elementos formais do lançamento e sim de aspectos materiais da caracterização do fato gerador. Sendo assim é inexorável e compulsório reconhecer que todo este conteúdo mitiga o lançamento e concorre para o pacífico entendimento de que houvera ocorrido **VÍCIO MATERIAL**.

Cumpramos observar que - embora não relevado no caso presente - de fato houve ocorrência de vício formal. A irregularidade existiu em razão das 08 (oito) prorrogações dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPF, fls. 25/33, realizadas no curso de um ano e três meses na longa ação fiscal iniciada em 24/01/2006, consolidada em 08/03/2007 e notificada em 14/03/2007, sem a emissão obrigatória dos Demonstrativos de Emissão e Prorrogação de MPF, na forma do exigido no art. 13, § 2º da PORTARIA MPS/SRP Nº 3.031, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2005 e ainda do artigo 19 que determina a obrigação do documento constar no processo administrativo fiscal para que o procedimento seja válido ou efetivamente convalidado :

“ PORTARIA MPS/SRP Nº 3.031, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2005 - DOU DE 22/12/2005

Retificada no DOU DE 09/06/2006

(...)

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o art. 12 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observados, a cada ato o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para

procedimentos de diligência.

§ 1º A prorrogação de que trata o caput poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o servidor responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo após cada prorrogação, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo IX.

(...)

Art. 19. Os MPF emitidos e o demonstrativo de que trata o § 2º do art. 13, incluindo as modificações efetuadas no curso do procedimento fiscal, constarão no processo administrativo fiscal fiscal que venha a ser formalizado e convalidarão o procedimento fiscal em si. (grifei)

,Art. 20. Os MPF de que trata esta Portaria serão emitidos em três vias, que terão as seguintes destinações:

I - sujeito passivo;

II - processo administrativo fiscal, quando instaurado;

III - arquivo da Delegacia da Receita Previdenciária do domicílio do sujeito passivo. ”

É relevante notar que a Junta Fiscal foi econômica na descrição dos fatos quando da produção de seu Relatório Fiscal. Neste sentido, consta no item 3 às fls 43, que a Autoridade Fiscal baseou sua apuração nos registros contábeis dos exercícios de 2000 a 2002 :

*“Nos registros contábeis da notificada nos quais constam remunerações à empresa S/A Fábrica de Tecidos Maria Cândida **nos exercícios de 2000 a 2002**, apuramos a média aritmética destas remunerações no período e lançamos o resultado no levantamento "CMA — Cessão de MO Maria Cândida Arb". Caracterizamos tais remunerações como prestação de serviços mediante a cessão de mão de obra, portanto sujeitos a retenção, tendo em vista o fato do quadro de segurados empregados da prestadora efetuar nas dependências da notificada as atividades fabris típicas desta. A não apresentação dos documentos relacionados as contribuições previdenciárias ensejou a emissão do AI 37.076.223-1.”*

Consta, ainda, no Relatório Fiscal, item 4, que o Livro Diário de 2000 a 2002 que serviu de base para a apuração **não tinha registro**:

“4. Foram examinados os seguintes documentos:

Livro Diário de 2000 a 2002, sem registro;

Livro Razão de 2000 a 2002;”

Do acima constata-se que a caracterização do fato gerador ocorreu não com base legal ou fática mas segundo subjetivo juízo de valor da Autoridade Fiscal. Aduz que não se verificaram eventuais contratos demonstrando o tipo de serviço, quantidade de mão de obra, valor e os prazos. Para agravar, os livros contábeis eram imprestáveis posto que não estavam registrados.

Assim, se fosse demonstrado que efetivamente os fatos geradores ocorreram e foram mal formalizados, seria o caso de retornar a empresa para sanar o auto procedendo às formalidades não observadas. Entretanto, neste sentido, não há o que retificar.

Muito relevante notar que o fato gerador apontado não restou verídico uma vez que presumida sua ocorrência de forma insustentável conforme também concluiu a instância “ad quod” a respeito da consistência do fato gerador.

Então, considerando que o vício se mostrou instalado na produção, na dinâmica do lançamento, o conteúdo do ato e não a forma, está, por conseguinte, 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 representa influência de principal relevo na solução do litígio.

Reiterando o supracitado que 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. **É o que a jurisprudência deste Conselho** denomina de **vício material**

Finalmente, respeitando o laborioso Acórdão de primeira instância, concordo, na essência, com a decisão de nulidade mas divirjo nas conclusões.

CONCLUSÃO

Desse modo, por tudo que foi exposto, EM PRELIMINAR, determino a NULIDADE do lançamento em virtude de ter ocorrido VÍCIO MATERIAL AB INITIO.

Ivacir Júlio de Souza

