



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.720995/2012-87
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-009.560 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de março de 2021
Recorrente ASSOCIAÇÃO CULTURAL ORQUESTRA SINFONICA DE SANTA CATARINA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA OU ERRO NA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário, de natureza material, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, anular o lançamento, de ofício, por vício material, nos termos do voto do relator, não sendo, desse modo, apreciadas as alegações recursais. Vencidos os Conselheiros Luís Henrique Dias Lima, Francisco Ibiapino Luz, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Denny Medeiros da Silveira, que não reconheceram a nulidade do lançamento.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rafael Mazzer de Oliveira Ramos - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Gregório Rechmann Júnior, Francisco Ibiapino Luz, Ana Claudia Borges de Oliveira, Luís Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Rafael Mazzer de Oliveira Ramos.

Fl. 2 do Acórdão n.º 2402-009.560 - 2ª Sejl/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11516.720995/2012-87

Relatório

Por transcrever a situação fática discutida nos autos, adoto o relatório do Acórdão nº 14.53.125, da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto/SP (fls. 158-164):

Relatório

O presente auto de infração destina-se ao lançamento das contribuições sociais previdenciárias apuradas pela fiscalização, incidente sobre a remuneração paga a contribuintes individuais, tendo como sujeito passivo o contribuinte acima identificado, sendo composto pelos seguintes debcads:

Debcad nº 37.359.891-2 – destinado ao lançamento da contribuição descontada dos segurados, apurados à alíquota de 11% sobre o salário de contribuição, até o limite máximo mensal;

Debcad nº 37.359.892-0 – destinado ao lançamento da contribuição previdenciária devida pela empresa à alíquota de 20%, incidente sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais, identificada no anexo I;

Debcad nº 37.359.890-4 – destinado ao lançamento da multa decorrente do descumprimento da obrigação acessória prevista no artigo 32, IV da Lei nº 8.212/91, por ter deixado a empresa de declarar em GFIP a remuneração objeto deste auto de infração.

De acordo com os fatos relatados pela fiscalização, o sujeito passivo, apesar de devidamente intimado para tanto, deixou de apresentar a folha de pagamento e as GFIPs, fato que determinou a lavratura do presente auto de infração com fundamento nos valores declarados em DIRF com o código 0588 – ‘Trabalho sem vínculo empregatício’, constante no sistema informatizado da Receita Federal do Brasil.

IMPUGNAÇÃO

Por não concordar com os termos da autuação, apresentou, a autuada, impugnação ao débito contendo os argumentos abaixo sintetizados:

Afirma tratar-se de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, não praticando atividade comercial, sobrevivendo de recursos provenientes do governo do Estado. Apresenta um longo arrazoado com a intenção de demonstrar que os recursos recebidos são decorrentes de incentivo fiscal e possuem vinculação com os projetos que determinaram o seu pagamento, não podendo dispor desses valores para pagamento dos encargos sociais, sob pena de responsabilidade.

Afirma ainda que em relação ao período fiscalizado, teve as suas contas aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, demonstrando a lisura na administração dos recursos.

Apresenta, em seguida, impugnação específica para cada debcad.

Debcad nº 37.359.890-4: alega a existência de *bis in idem* em relação à multa aplicada, afirmando já estar sendo penalizada pela mesma conduta, qual seja, o não pagamento do tributo, cuja multa já foi imposta em outro debcad. Além disso, afirma não ter efetuado o recolhimento por absoluta falta de recursos e por impedimento legal de utilizar os recursos disponíveis para esse fim.

Debcad nº 37.359.891-2: alega que os prestadores de serviço também prestavam serviços a outras pessoas jurídicas e que os mesmos informaram à impugnante a desnecessidade de retenção da contribuição. Que esse fato pode ser aclarado com a realização de uma simples diligência, determinando que o INSS traga aos autos relatório com o recolhimento de contribuição previdenciária de todos os segurados constantes no Relatório de Lançamentos. Que também não pode ser mantida a multa aqui imposta devido à ausência de dolo na conduta do contribuinte. Que não sendo contribuinte de

fato da contribuição, não pode ser sancionada pelo não recolhimento do tributo, uma vez que deixou de efetuar a retenção.

Debcad nº 37.359.892-0: repete aqui os argumentos já apresentados acerca da impossibilidade de utilização dos repasses recebidos para pagamento dos encargos sociais, argumentando não possuir atividade comercial com vistas à obtenção de lucro. Que seria o caso de reconhecimento de imunidade tributária à impugnante. Repete também a ocorrência de *bis in idem* em relação à multa aplicada nos demais debcads, pugando pela nulidade da autuação.

DILIGÊNCIA

Em 11 de abril de 2014 os autos foram encaminhados à unidade de origem para inclusão entre os fundamentos legais do débito, do dispositivo relativo à aferição indireta.

Foi, então, emitido relatório fiscal complementar mencionando a fundamentação da autuação no artigo que faz referência à aferição indireta da base de cálculo, com a devida ciência do contribuinte e reabertura do prazo para impugnação ao débito.

Apesar de cientificado sobre o novo prazo para impugnação ao débito, o contribuinte deixou de apresentar manifestação.

É o relatório.

Em julgamento pela DRJ/RPO, por unanimidade de votos, julgou procedente o lançamento, conforme ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. REMUNERAÇÃO PAGA OU CREDITADA A CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

Incide contribuição previdenciária sobre a remuneração paga ou creditada pela empresa aos contribuintes individuais que lhe prestarem serviços, equiparando-se à empresa a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, em relação aos segurados que lhe prestem serviços.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONTRATANTE.

A empresa é obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo.

Deve ser retificado o lançamento quando constatada a arrecadação da contribuição do segurado em valor superior ao limite máximo estabelecido em legislação própria.

MULTA DE MORA APLICADA CONCOMITANTEMENTE COM A MULTA PUNITIVA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM.

Não enseja dupla tributação a aplicação concomitante de multa de mora e multa punitiva, conforme legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O parcial provimento se deu sobre a exclusão dos recolhimentos realizados pelos segurados envolvidos no presente lançamento, conforme constou no acórdão recorrido:

Considerando a alegação da defesa, foi efetuada por esta julgadora consulta junto ao sistema informatizado para verificação de eventuais valores já arrecadados pelos segurados envolvidos no presente lançamento fiscal. Foram identificados recolhimentos

esparcos em nome de apenas alguns segurados, os quais foram considerados para limitação da contribuição devida, conforme planilha abaixo:

[...]

PELO EXPOSTO, voto pela procedência em parte da impugnação apresentada, retificando o crédito tributário lançado no decad nº 37.359.891-2 na forma estabelecida abaixo:

Comp.	Valor Lançado	Valor Excluído	Valor Mantido
out/08	R\$ 17.829,79	R\$ 115,50	R\$ 17.714,29
nov/08	R\$ 1.649,50	R\$ 165,00	R\$ 1.484,50
dez/08	R\$ 17.238,74	R\$ 307,99	R\$ 16.930,75

Intimada em 17/09/2014 (AR de fl. 169), a Contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 171-185), no qual protestou pela reforma da decisão.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Relator.

Da Admissibilidade do Recurso Voluntário

O recurso voluntário (fls. 171-185) é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço.

Da Preliminar de Nulidade

Da Identificação do Sr. Auditor Fiscal

Embora não alegada no início do recurso como preliminar, em pedido final a Contribuinte alega a ausência de identificação do Sr. Auditor Fiscal responsável pela formalização dos Termos e do Auto de Infração, como destaque:

Ao final, cabe levantar a ocorrência de nulidade constante do AI imposto à recorrente reside na falta de identificação da autoridade que o lavrou, conforme o art. 10 do Decreto 70.325/72, que traz a seguinte redação:

Assim, em análise ao contido no mencionado artigo 10, do Decreto nº 70.325, de 6 de março de 1972, tem-se:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

E, neste sentido, não vislumbro a nulidade alegada, visto que a identificação do Sr. Auditor consta nos documentos que fundamentam e formalizam o auto de infração.

Aqui, destaco o acórdão nº 2402-008.222 de relatoria do I. Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, desta C. Turma, que honrei o acompanhamento, conforme ementa abaixo:

Numero do processo: 10980.725751/2018-37

Turma: Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção

Câmara: Quarta Câmara

Seção: Segunda Seção de Julgamento

Data da sessão: Wed Mar 04 00:00:00 BRT 2020

Data da publicação: Fri Apr 03 00:00:00 BRT 2020

Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015 TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL. TDPF. VÍCIOS FORMAIS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Eventuais omissões ou vícios no Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF) não acarretam na automática nulidade do lançamento de ofício promovido, se o contribuinte não demonstrar o prejuízo à realização da sua defesa. ADICIONAL NOTURNO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. STF. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a incidência de contribuições previdenciárias sobre o adicional noturno, no tema 20 da repercussão geral fixou a tese de que “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

Numero da decisão: 2402-008.222

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. (documento assinado digitalmente) Denny Medeiros da Silveira - Presidente (documento assinado digitalmente) Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Júnior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Nome do relator: MARCIO AUGUSTO SEKEFF SALLEM

Assim, voto no sentido de negar provimento a esta nulidade alegada.

Do Mérito

Da Preliminar – Da Ausência do Fundamento Legal no Lançamento

Conforme destacado acima, reza o art. 10, do Decreto nº 70.325/1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Quando do julgamento pela DRJ, converteu-se em diligência para (fls. 150-151):

De acordo com os fatos relatados pela fiscalização, o sujeito passivo, apesar de devidamente intimado para tanto, deixou de apresentar a folha de pagamento e as GFIPs do período, fato que determinou a lavratura do presente auto de infração com fundamento nos valores declarados em DIRF com o código 0588 – ‘Trabalho sem vínculo empregatício’, constante no sistema informatizado da Receita Federal do Brasil.

Não obstante a utilização de meios indiretos para apuração da base de cálculo do tributo lançado, **não foi incluído entre os fundamentos legais do débito os dispositivos atinentes à aferição indireta, fato que acarreta o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.**

Apesar desse vício não se encontrar entre as alegações apresentadas pela impugnante, **por se tratar de matéria de ordem pública e que seria capaz de macular todo o procedimento administrativo e ainda, por considerar ser este o momento adequado para saneamento dos vícios porventura constatados,** manifesto-me pelo retorno dos presentes autos à unidade de origem para saneamento, devendo, para tanto, ser emitido relatório fiscal complementar contendo os fundamentos legais relativos à aferição indireta.

Do resultado da diligência e antes do retorno dos autos a esta Delegacia de Julgamento, deverá ser cientificado o contribuinte, concedendo-lhe novo prazo para impugnação ao débito, especificamente sobre os temas aqui abordados, informando-lhe, ainda, que os demais argumentos expostos em sua impugnação serão apreciados no momento oportuno.

(destaquei)

Cumprida a diligência (fl. 154), com o seguinte teor:

RELATÓRIO COMPLEMENTAR

Em cumprimento ao despacho exarado pela 17-9ª Turma da DRJ/POR no processo de nº. 11516.720995/2012-87, acrescentamos informações que são complementares no que diz respeito a descrição da FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO DÉBITO, pertinente a este processo, conforme abaixo:

Código 062 - CONTRIBUIÇÕES APURADAS POR AFERIÇÃO INDIRETA-EMPRESA EM GERAL

062.05 Competências: 03/2008, 07/2008, 10/2008 a 12/2008 **MP n. 222, de 04.10.2004, artigos 1.º e 3.º; Decreto n. 5.256, de 27.10.2004, art. 18, I; Lei n. 5.172, de 25.10.66 (CTN), art. 148; Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 33 (com a redação posterior da Lei n. 10.256, de 09.07.2001), parágrafos 3.º e 6.º; Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, artigos 231, 234 e 235.**

O contribuinte deverá ser cientificado desta correção e lhe será concedido novo prazo para impugnação do débito.

A Contribuinte foi devidamente intimada para exercer o contraditório (fl. 156), e permaneceu inerte.

Quando do julgado, a DRJ validou o lançamento quanto às Contribuições Apuradas por Aferição Indireta-Empresa em Geral, como destaque:

DILIGÊNCIA

Em 11 de abril de 2014 os autos foram encaminhados à unidade de origem para inclusão entre os fundamentos legais do débito, do dispositivo relativo à aferição indireta.

Foi, então, emitido relatório fiscal complementar mencionando a fundamentação da autuação no artigo que faz referência à aferição indireta da base de cálculo, com a devida ciência do contribuinte e reabertura do prazo para impugnação ao débito.

Apesar de cientificado sobre o novo prazo para impugnação ao débito, o contribuinte deixou de apresentar manifestação.

É o relatório.

(grifei)

Todavia, entendo diferente. Explico.

Por se tratar de vício material, a ausência do dispositivo legal atinente à aferição indireta acarreta, além do cerceamento de defesa, a nulidade do lançamento.

Assim, destaco o Acórdão nº 9303003.811, com decisão unânime, de relatoria da I. Conselheira Vanessa Marini Cecconello, da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, cuja ementa abaixo transcrevo:

AUTO DE INFRAÇÃO. RECLASSIFICAÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação e indicação das normas de interpretação adotadas na reclassificação fiscal de mercadoria importada alcança a própria substância do crédito tributário, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal. A ausência de motivação no Auto de Infração acarreta a sua nulidade, por vício material.

Também, outro recente precedente da CSRF (Acórdão nº 9101002.146):

NULIDADE DE LANÇAMENTO. VÍCIO MATERIAL. VÍCIO FORMAL. ASPECTOS QUE ULTRAPASSAM O ÂMBITO DO VÍCIO FORMAL.

Vício formal é aquele verificado de plano no próprio instrumento de formalização do crédito, e que não está relacionado à realidade representada (declarada) por meio do ato administrativo de lançamento. Espécie de vício que não diz respeito aos elementos constitutivos da obrigação tributária, ou seja, ao fato gerador, à base de cálculo, ao sujeito passivo, etc. A indicação defeituosa ou insuficiente da infração cometida, da data em que ela ocorreu, do montante correspondente à infração (base impositiva); e dos documentos caracterizadores da infração cometida (materialidade), não configura vício formal.

Mais recente, destaco o Acórdão nº 9303-004.582, de relatoria do I. Conselheiro Rodrigo da Costa Possas, também da CSRF que, por unanimidade, reconheceu a nulidade por vício material:

Numero do processo: 16024.000441/2007-58

Turma: 3ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS

Câmara: 3ª SEÇÃO

Seção: Câmara Superior de Recursos Fiscais

Data da sessão: Tue Jan 24 00:00:00 BRST 2017

Data da publicação: Wed May 17 00:00:00 BRT 2017

Ementa: Assunto: Normas de Administração Tributária Período de apuração: 01/01/2003 a 30/06/2006 AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA OU ERRO NA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. Sendo a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, os equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material, uma vez que o mesmo não poderá ser convalidado ou sanado sem ocorrer um novo ato de lançamento. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário, de natureza material, não havendo de se cogitar em vício de ordem formal. Recurso Especial do Contribuinte Provido.

Numero da decisão: 9303-004.582

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, em dar-lhe provimento. (assinado digitalmente) Rodrigo da Costa Possas - Presidente em exercício e Relator Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Júlio César Alves Ramos, Tatiana Midori Migiyama, Andrada Márcio Canuto Natal, Demes Brito, Charles Mayer de Castro Souza (Suplente convocado), Érika Costa Camargos Autran, Vanessa Marini Cecconello e Rodrigo da Costa Possas.

Nome do relator: RODRIGO DA COSTA POSSAS

Assim, sendo a descrição dos fatos, a correta determinação da matéria tributável e da fundamentação legal elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, a ausência enseja a sua nulidade por vício material, visto que não há como retificar lançamento nesta condição.

Diante do exposto, considero que a nulidade do lançamento efetuado possui natureza material, razão pela qual, de ofício, dou provimento para cancelar o lançamento.

Conclusão

Face ao exposto, voto no sentido anular o lançamento, de ofício, por vício material.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Mazzer de Oliveira Ramos