



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 13617.000272/2007-98
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-003.280 – 2ª Turma
Sessão de 30 de julho de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado COMERCIAL PAIZÃO LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

LIMITE DE COGNIÇÃO NA INSTÂNCIA ESPECIAL.

O recurso especial é destinado à eliminação de divergências na aplicação da legislação tributária entre colegiados, em casos semelhantes. No caso, não está comprovada, em quaisquer dos paradigmas colacionados pela recorrente, a existência de divergência quanto ao critério jurídico adotado para situação fática idêntica.

Recurso especial não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Relator

EDITADO EM: 07/08/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Gustavo Lian Haddad, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Alexandre Naoki Nishioka (suplente convocado), Ronaldo de Lima Macedo (suplente convocado), Manoel Coelho Arruda Junior, Pedro Anan Junior (suplente convocado), Maria Helena Cotta Cardozo, Gustavo Lian Haddad e Elias Sampaio Freire. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcelo Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA até 11/1999 e Salário Educação, INCRA, SEBRAE e SESCOOP, a partir de 12/1999).

Os fatos geradores das contribuições lançadas referem-se a pagamentos “por fora” e “horas extras”, efetuados sem registros na contabilidade, cuja ocorrência foi verificada na análise de diversas reclamatórias trabalhistas, não incluídos nas Folhas de Pagamentos apresentadas pela empresa (levantamentos AF1 e AF2), bem como os valores pagos aos segurados apurados nas folhas de pagamento denominadas “extracontábeis” no período de 09/2000 a 01/2001 e 03/2001, as quais foram apreendidas por meio de Auto de Apreensão (levantamento AFE).

O período da ação fiscal abrangeu as competências de janeiro de 1997 a dezembro de 2006, com o crédito tributário tendo constituído através da NFLD 37.064.841-2, cientificada ao contribuinte em 10/05/2007 (fls. 01 a 85).

Com os débitos oriundos dos levantamentos AF1 e AFE tendo já sido anteriormente completamente fulminados pelo feito decadencial em sede de julgamento de 1ª instância (fls. 913 a 926), remanesce em litígio em 2ª instância tão somente parcela do levantamento AF2.

A propósito, o Acórdão nº 2.402-02.187, da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 998 a 1002), julgado na sessão plenária de 26 de outubro de 2011, por unanimidade de votos, optou por anular o lançamento, tendo em vista a ocorrência de vício material. Transcreve-se a ementa e decisão do julgado:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

AFERIÇÃO INDIRETA – RAZOABILIDADE A utilização do procedimento de aferição indireta é prerrogativa do fisco prevista em lei, porém, a sua utilização deve obedecer ao Princípio da Razoabilidade para que os valores apurados sejam

os mais próximos possíveis dos efetivamente devidos. Representa vício no lançamento de natureza material a aferição efetuada com base em elementos pontuais que não representam a totalidade do período lançado

NULIDADE – VICIO MATERIAL Considera-se vício material aquele que na lavratura de novo lançamento com o objetivo de sanear-lo altera os elementos intrínsecos do lançamento descritos no art. 142 do CTN, quais sejam, fato gerador, obrigação tributária, matéria tributável, cálculo do montante devido e identificação do sujeito passivo. A descrição precária do fato gerador que resulta em dívida quanto à sua própria existência se consubstancia em vício material Processo Anulado Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em anular o lançamento por vício material

Cientificada desta decisão, a Fazenda Nacional manejou recurso especial de divergência com fulcro no art. 67, inciso II, do Regimento Interno deste CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (e-fls. 1033 a 1039), onde alega a existência de divergência em relação ao decidido pela Terceira e Sexta Câmaras do então Segundo Conselho de Contribuintes, no âmbito dos acórdãos de nº 203-09.332 e 206-01.026, assim utilizados como paradigmas.

Alega a Fazenda Nacional, inicialmente, que, naqueles acórdãos, a deficiência na fundamentação ensejou anulação do lançamento por vício formal, e não material. Tece considerações acerca da distinção entre motivo e motivação do auto de infração, os quais, a despeito de estarem intimamente ligados, têm natureza diametralmente opostas: um (o motivo) teria natureza material, enquanto o outro (motivação) teria natureza formal.

Nesse passo, entende a Fazenda Nacional que, em se verificando que o motivo alegado não existe, ou que, à luz da legislação, não gera os efeitos pretendidos, ter-se-á vício de ordem material. Por outro lado, em se constatando deficiência na descrição dos fatos pelo fiscal, de modo a prejudicar a defesa do contribuinte ou a dificultar a adequada compreensão do ocorrido, ter-se-á vício de ordem formal.

Ressalta o recorrente que tal distinção é de extrema relevância, pois os atos eivados de vício material não são passíveis de convalidação, i. e., não podem ser corrigidos, devendo ser obrigatoriamente anulados. Por sua vez, os atos com vício de forma, podem ser convalidados ou repetidos, dessa vez sem o defeito original.

Entende, a partir de excerto do voto vencedor, que, uma vez que o problema apontado pelos julgadores para anular o auto de infração por suposto vício material diz respeito à precária demonstração da ocorrência do fato gerador, se houver de ser declarada nulidade no caso *in foco*, isso deve ocorrer em face de vício formal, e não por vício material, resguardando-se, assim, o teor do art. 173, II, do CTN.

Propugna, assim, pela reforma do acórdão recorrido, considerando-se a nulidade como vício formal, o que permitirá o reinício do prazo para lançamento, nos termos do art. 173, II, do CTN.

O recurso especial da Fazenda foi admitido por meio do despacho de e-fls. 1065 a 1068, em 15 de março de 2012.

Em sede de contrarrazões (e-fls. 1072 a 1092), alega o contribuinte que a tese trazida à baila pela recorrente já estaria superada, com fulcro no Acórdão CSRF 9.202-01.924 (...), concluindo que a NFLD em questão está “avariada de forma irreparável”, caracterizada, assim a ocorrência de vício material, requerendo, assim, o contribuinte que o recurso não seja conhecido e, caso conhecido seja, seja julgado improcedente.

Restituem-se, assim, os autos, agora a esta Câmara Superior para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator

O recurso é tempestivo.

Passo agora a analisar os requisitos de admissibilidade, em especial a existência ou não de identidade fática e divergência interpretativa entre o recorrido e os acórdãos paradigmas trazidos pela Fazenda Nacional.

Com a devida vênua ao despacho de e-fls. 1065 a 1068, entendo se tratar de caso de não-conhecimento do recurso, a partir das seguintes constatações:

a) Verifico que se está, no presente feito, diante fática de situação diferente daquela tratada no âmbito do primeiro acórdão-paradigma (de nº. 203-09.332, da Terceira Câmara do então 2º. C.C.), onde o cerne da nulidade diz respeito à fundamentação legal do auto de infração, *verbis*:

“Compulsando os autos, verifico que a fundamentação no artigo 32 da Lei nº 9.430/96 não diz respeito à COFINS (g.n.), objeto do presente processo administrativo, ainda que a suspensão da imunidade, operada por ato administrativo, possa servir como subsidio para aplicabilidade do direito (...).

(...)Note-se que o caput do artigo 32 acima transcrito reporta-se aos impostos (IR) e os que possuem a mesma base de cálculo (CSLL), regra esta que deverá igualmente ser aplicada ao seu parágrafo 9º., ao se referir: “Caso seja lavrado auto de infração, as impugnações contra o ato declaratório e contra a exigência de crédito tributário serão reunidas em um único processo, para serem decididas simultaneamente.”

Em se tratando da COFINS, há de se observar que o comando legal inserido está originariamente no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal. Em decorrência, reitero que o lançamento é um ato declaratório da obrigação tributária, devendo-se reportar à legislação específica do tributo em análise. Pela independência da COFINS, os atos praticados, ou faltas cometidas, devem, obrigatoriamente, ser descritos no auto

específico da contribuição e regidos pela lei do tempo em que foram praticados. Estas considerações preliminares são importantes, sobretudo no tocante à prova, pois "a prova" regida pelo direito substantivo há de se ater aos fatos trazidos no processo e com estes ter dependência. Não há como tratar a COFINS como decorrente do IR porque assim não o quis o legislador.

(...)"

Assim, ao compulsar o excerto do mesmo paradigma reproduzido em sede de exame de admissibilidade (fls. 1066 a 1068) agora à luz dos arestos acima, entendo estar caracterizada, em verdade, a nítida **existência de situação fática diversa no âmbito do acórdão nº 203-09.332**, qual seja, a utilização de norma jurídica de Imposto de Renda e CSLL em sede de lançamento de PIS/COFINS (ali caracterizada, assim a fundamentação equivocada como motivadora de vício de natureza formal), não se tratando ali de falta de certeza da existência do fato gerador à luz da norma correta aplicável em concreto, esta última, sim, entendida pelo Acórdão vergastado como caracterizadora de vício material.

b) Por sua vez, entendo que o segundo paradigma trazido pela Fazenda Nacional (acórdão nº 206-01.026) em verdade explicita uma vez mais a mesma diferença de situação fática do primeiro paradigma em relação ao vergastado, ao mesmo tempo que demonstra inexistir, neste mesmo segundo paradigma, agora para situação fática idêntica, qualquer divergência interpretativa em relação ao recorrido.

Afirma-se isto ao se constatar que a Fazenda Nacional, aqui, volta a alicerçar seu recurso na parte do paradigma que caracteriza a existência de vício formal em parte do lançamento ali sob análise por deficiência de fundamentação fática e legal, devendo-se, porém, também notar que **o mesmo acórdão, agora ao analisar a parte do lançamento que apresenta real identidade fática com o acórdão vergastado (levantamentos para o qual há dúvida sobre a existência do fato gerador), é nítido em afirmar a existência de vício material insanável, verbis:**

" (...)

*A observância de tais procedimentos, isto é, a **indicação dos fundamentos de fato e de direito do procedimento fiscal é imprescindível** (g.n.) face à observância ao Princípio Constitucional da Legalidade Estrita, que deve ser observado tanto pela Administração, quanto pelo Administrado, além de observar ao comando constitucional de que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º inciso LIV da Constituição).*

Não se pode olvidar que a omissão desta cautela vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação do Princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Diante de tais constatações fica evidenciado que o presente lançamento não está revestido de todas as formalidades essenciais para que se considere que houve a regularidade do mesmo. Dessa forma, entendo que a parte do lançamento, relativo ao levantamento VAL: Valdemir Pellenz —

arbitramento salarial período anterior GFIP, deve ser excluído do lançamento, declarado nulo, por vício formal. (g.n.)

(...) não basta a autoridade lançadora afirmar, como consta do relatório a presença de elementos formadores da relação empregatícia, é necessário demonstrar, no relatório fiscal, de forma incontestada, a existência, não um, mas todos os elementos caracterizadores da citada relação. No caso vertente, autoridade fiscal não se preocupou em demonstrar a existência dos referidos elementos. Assim, o lançamento da maneira como foi efetuado não pode prevalecer, uma vez que não houve por parte da autoridade notificante a quem compete motivar o ato administrativo do lançamento, demonstrar com clareza a existência do fato gerador, o que permeia o ato de vício material insanável, ensejando a decretação de sua nulidade (g.n.), na parte relativa aos levantamentos: BEN: BENTO Antônio de Borba e NAD: Nadir da Silva Passos.

(...)"

Assim, uma vez que se está, no caso do acórdão recorrido, diante de **entendimento da Câmara a quo no sentido de não ter havido demonstração clara da existência do fato gerador para os períodos sob litígio** (e não de deficiência na indicação de fundamentos de fato e direito do lançamento), entendo que a parte da situação sob análise no segundo paradigma que se amolda ao critério de identidade fática é justamente aquela onde se concluiu pela existência de vício material, assim inexistindo, aqui, qualquer divergência de critério jurídico adotado.

Não caracterizada assim, seja no caso do primeiro ou no do segundo paradigma a condição de identidade fática e diverso critério jurídico adotado, não havendo, assim, que se falar em divergência caracterizada quando da análise dos requisitos de admissibilidade recursal.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Processo nº 13617.000272/2007-98
Acórdão n.º **9202-003.280**

CSRF-T2
Fl. 311

CÓPIA