



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 14041.000158/2009-54
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-008.030 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 23 de julho de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VIA ENGENHARIA S. A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/10/1998

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. DEFINITIVIDADE DO LANÇAMENTO.

Considera-se não impugnado e incontroverso o lançamento em relação a matéria não esteja contestada, o que o torna definitivamente consolidado na esfera administrativa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO. SEGUNDA INSTÂNCIA. DEFINITIVIDADE.

São definitivas as decisões de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, com retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciação das demais questões do recurso voluntário, vencidas as conselheiras Ana Paula Fernandes (relatora), Patrícia da Silva, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho. Nos termos do Art. 58, §5º, Anexo II do RICARF, a conselheira Mirian Denise Xavier (suplente convocada) não votou quanto ao conhecimento, por se tratar de questão já votada pela conselheira Maria Helena Cotta Cardozo na reunião anterior.

(Assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Redator designado e Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Patrícia da Silva, Miriam Denise Xavier (suplente convocada), Ana Paula Fernandes, Denny Medeiros da Silveira (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Mário Pereira de Pinho Filho (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, substituída pela conselheira Miriam Denise Xavier.

Relatório

O presente Recurso Especial trata de pedido de análise de divergência motivado pela Fazenda Nacional face ao acórdão 2402-003.768, proferido pela 2ª Turma Ordinária / 4ª Câmara / 2ª Seção de Julgamento.

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP, lavrado sob DEBCAD nº 37.210.013-9, em 03/02/2009, no qual foram incluídas as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga a segurados (cota patronal e cota destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), além dos juros e multa correspondentes, totalizando o crédito tributário no valor de R\$ 95.326,14. O período fiscalizado é de 03/1996 a 03/2001, sendo que o lançamento abrange a(s) competência(s) 03/1996 a 01/1997, 03/1997 a 12/1997 e 03/1998 a 10/1998. O Relatório Fiscal de fls. 31/39 informa que o presente lançamento é realizado em substituição as Notificações de Lançamento de Débito - NFLD, nº 35.019.609-5 e 35.019.608-7, anuladas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS por erro de fundamentação legal. A anulação das NFLD mencionadas foi cientificada à Via Engenharia S/A a partir de 18/02/2004, de forma, que, considerando o disposto no artigo 173, II, do CTN, a Fazenda Pública pode constituir o crédito em epígrafe em até 5 anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

O Contribuinte apresentou a impugnação, às fls. 50/80.

A DRJ/SDR, às fls. 84/95, julgou pela improcedência da impugnação.

O Contribuinte apresentou **Recurso Voluntário** às fls. 99/109.

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, às fls. 135/141, **DEU PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, a fim de que o presente lançamento seja **anulado por vício material**, em virtude da deformidade do conteúdo do lançamento, que acaba por exigir indevidamente tributos do sujeito passivo, em ofensa, inclusive, ao princípio da legalidade, situação inaceitável nas relações do fisco com o contribuinte. A Decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/10/1998

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE FOI REALIZADO DENTRO DO PRAZO DECADENCIAL. VÍCIO MATERIAL.

Conforme previsto no art. 173, II, do CTN, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Não tendo o Fisco comprovado a expedição da intimação ou a data em que o sujeito passivo teve ciência da decisão que anulou o lançamento anterior, o lançamento é nulo por vício material, vez que não restou comprovado que o lançamento substituto foi realizado dentro do prazo decadencial.

Recurso Voluntário Provido.

Às fls. 143/146, a Fazenda Nacional apresentou Embargos de Declaração, arguindo contradição e omissão no Acórdão *a quo*. Porém, às fls. 151/154, os mesmos restaram rejeitados.

Às fls. 156/160, a Fazenda Nacional interpôs **Recurso Especial**, arguindo, divergência jurisprudencial acerca da seguinte matéria: **Matéria não impugnada torna os fatos incontroversos (Matéria Não Controvertida)**. A Fazenda Nacional alega que o Contribuinte, em nenhum momento, arguiu que a intimação teria ocorrido em data diversa daquela apontada pelo Fisco – 18 de fevereiro de 2004 – ou seja, não contraditou aquele fato, restando, pois, incontroverso; e, por conseguinte, com fulcro no Código de Processo Civil, art. 334, inciso III, o fato relativo à prova da intimação da Recorrida era incontroverso, ou seja, não dependia de prova. Acrescenta que os atos administrativos estão revestidos de presunção de veracidade, cabendo nessa toada e por força do CPC, art. 334, inciso IV, serem admitidos como válidos. Porém, para o v. acórdão recorrido o fato não contraditado pela Recorrida – fato incontroverso – **dependeria de prova de sua existência**. De outra banda, os r. paradigmas pontificam que o **fato incontroverso independe de prova da sua existência**. Outrossim, a teor do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, art. 10, inciso II, § 2º, inciso I, c/c art. 11, considera-se feita a intimação se por via postal, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação.

Ao realizar o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial interposto pela União, às fls. 215/218, a 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, **DEU SEGUIMENTO** ao recurso, expondo que, do exame dos autos, vê-se que o que estava em discussão entre o sujeito passivo e o Fisco era **a data em que se iria considerar que a decisão anulatória dos lançamentos por vício formal se tornou definitiva, para que com base no CTN, art. 173, II, a Fazenda Pública pudesse constituir novamente o crédito tributário**. O Fisco efetuou o lançamento com base na data da emissão da correspondência que deu ciência ao contribuinte das decisões que anularam os primitivos lançamentos.

E, o sujeito passivo, na sua peça impugnatória, atesta a existência da correspondência que lhe deu ciência dos acórdãos que anularam as notificações de débito, mas silencia quanto a data deste recebimento, apenas sustentando que o prazo decadencial deve ser contado da data da prolação dos acórdãos em 31/10/2003, e por isso o novo lançamento estaria decadente. Desta forma se vê que o sujeito passivo não contradita o fato de que recebeu a correspondência datada de 18/02/2004, pelo contrário, até afirma que realmente recebeu a CARTA/SERVREC/23.401.3 nº 95/04, que lhe deu ciência das decisões que anularam os

lançamentos e apenas se insurge quanto ao fato de que a data do prazo decadencial deveria contar da prolação dos acórdãos. **Pelo exposto, como não houve impugnação quanto à data da ciência das decisões anulatórias do crédito, pode-se dizer que o fato tornou-se incontroverso e está configurada a divergência com os acórdãos paradigmas apontados.** Restou, portanto, admitida a divergência em relação à seguinte matéria: **matéria não impugnada torna os fatos incontroversos (Matéria Não Controvertida).**

Os Contribuintes VIA ENGENHARIA S/A e PLANTÃO INSTALAÇÕES E TERRAPLANAGEM LTDA foram cientificados, respectivamente, às fls. 223 e 224, tendo apenas o Contribuinte VIA ENGENHARIA S/A apresentado **Contrarrazões**, de fls. 227/231, arguindo, em sede de preliminar, **ausência de similitude fática.**

Os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Paula Fernandes - Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP, lavrado sob DEBCAD nº 37.210.013-9, em 03/02/2009, no qual foram incluídas as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga a segurados (cota patronal e cota destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), além dos juros e multa correspondentes, totalizando o crédito tributário no valor de R\$ 95.326,14. O período fiscalizado é de 03/1996 a 03/2001, sendo que o lançamento abrange a(s) competência(s) 03/1996 a 01/1997, 03/1997 a 12/1997 e 03/1998 a 10/1998. O Relatório Fiscal de fls. 31/39 informa que o presente lançamento é realizado em substituição as Notificações de Lançamento de Débito - NFLD, nº 35.019.609-5 e 35.019.608-7, anuladas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS por erro de fundamentação legal. A anulação das NFLD mencionadas foi cientificada à Via Engenharia S/A a partir de 18/02/2004, de forma, que, considerando o disposto no artigo 173, II, do CTN, a Fazenda Pública pode constituir o crédito em epígrafe em até 5 anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

O Acórdão recorrido deu provimento Recurso Ordinário.

O Recurso Especial, apresentado pela Fazenda Nacional trouxe para análise a seguinte divergência: **Matéria não impugnada torna os fatos incontroversos (Matéria Não Controvertida).**

Para melhor compreender a questão se faz importante compreender o que foi decidido pelo acórdão recorrido:

Muito embora não vingue o entendimento do contribuinte neste ponto, entendo que, por outro motivo, deve o presente recurso ser julgado procedente. Explica-se.

No presente caso, como já mencionado, este Conselho determinou a conversão do julgamento em diligência, para que restasse comprovada a expedição da intimação da Recorrente, por meio de cópia da carta encaminhada à parte, a respeito das decisões que anularam as NFLD's nº 35.019.6095 e 35.019.6087, bem como cópia do AR assinado pela Recorrente, comprovando a sua ciência dessas decisões.

No entanto, a autoridade fiscal informou que não localizou os documentos solicitados. Ou seja, a autoridade fiscal não comprovou o marco inicial do prazo decadencial para o lançamento substituto, qual seja, a data da intimação da Recorrente das decisões que anularam os lançamentos anteriores.

Consequentemente, não restou comprovado que o lançamento substituto foi efetuado dentro do prazo decadencial previsto no artigo 173, II, do CTN. Importa salientar que a previsão do artigo 23, II, §2º, II do Decreto 70.235/1972 não se aplica ao presente caso. Isso porque, o objetivo do referido dispositivo é fixar a data de recebimento quando há prova inequívoca de que a intimação do sujeito passivo foi expedida.

No entanto, no presente caso, a autoridade fiscal sequer fez prova da expedição da intimação. Assim, considerando que o Fisco deixou de fundamentar no relatório fiscal, bem como por ocasião das demais oportunidades concedidas pelo órgão julgador, o termo inicial do prazo decadencial para efetuar o lançamento substituto, verifica-se que houve desrespeito ao artigo 50 da Lei 9.784/1999, que determina que os atos administrativos deverão ser motivados e, consequentemente, ofensa ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que garante ao sujeito passivo o contraditório e a ampla defesa, requisitos indispensáveis para a validade da autuação.

Sendo assim, entendo que a atuação padece de vício material, ante a deficiência de conteúdo do lançamento, em razão de não ter sido demonstrado pela fiscalização o termo inicial para contagem da decadência, para se verificar se o lançamento substituto foi efetuado dentro do prazo ou não, devendo ser a autuação anulada com base no artigo 59, II, do Decreto 70.235/1972.

Quando a fiscalização não observa na sua atividade os elementos intrínsecos do lançamento (no caso, comprovação de que o lançamento foi efetuado dentro do prazo decadencial), ela certamente estará infringindo a disposição legal pertinente, importando na existência de um vício material.

Da presente decisão foram interpostos embargos de declaração por parte da Fazenda Nacional, para os quais a Turma Ordinária adotou o seguinte entendimento:

Analisando os embargos opostos tempestivamente, constata-se que os mesmos não atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 65 do Regimento Interno do CARF, conforme apreciação realizada abaixo. Como se verifica no presente caso, foi travada discussão acerca da data em que o contribuinte teria sido intimado das decisões que anularam os lançamentos

paradigmas, de forma a possibilitar a correta contagem do prazo decadencial previsto no art. 173, inc. II do CTN.

Diante das questões levadas à apreciação, este Conselho determinou que a fiscalização juntasse aos autos o documento que comprovasse a data em que o contribuinte foi notificado das decisões anuladas. Após a fiscalização ter informado que os documentos solicitados não foram localizados, este Conselho anulou o lançamento por vício material, sob o argumento de que a comprovação da data da intimação das decisões anuladas é condição material para o lançamento realizado sob a égide do art. 173, inc. II do CTN.

Mesmo após as dúvidas levantadas no processo e a resposta dada pela fiscalização quando da realização da diligência, a Fazenda Nacional interpôs os presentes embargos sustentando que “é fato incontroverso neste feito que o Embargado foi intimado 18 de fevereiro de 2004, por via postal”.

Contudo, vale reprimir que não há nos autos qualquer documento que ateste o recebimento da intimação pelo Embargado, para fins de contagem do prazo decadencial, não havendo que se falar em “fato incontroverso”.

Como já exposto no v. acórdão embargado, a fiscalização não comprovou a data da intimação das decisões que anularam os lançamentos anteriores, não sendo possível realizar a contagem do prazo decadencial de que trata o art. 173, inc. II do CTN. Não é possível utilizar-se de teses subjetivas para buscar suprir requisito inerente a qualquer lançamento realizado com suporte no art. 173, inc. II do CTN, qual seja, a data da intimação da decisão que anulou o lançamento anterior.

Outrossim, o fato é tão controverso que a própria Embargante pontuou que, “ainda que se entenda não existir prova do recebimento da intimação”, deve ser considerado que o embargado foi intimado quinze dias após a data da expedição da intimação, nos termos do Decreto nº 70.235/72, art. 23, § 2º, inciso II, abaixo transcrito: “Art. 23. Far-se-á a intimação: (...) II por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário 4 eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) § 2º Considera-se feita a intimação: (...) II no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)”

Para a aplicação do dispositivo acima, é essencial que haja a comprovação do envio da intimação e a “prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo”, hipótese em que, sendo omitida a data do recebimento, serão considerados quinze dias após a data da expedição da intimação. Entretanto, não se verificam tais requisitos no processo, não havendo que se falar na aplicação da referida norma.

Alega a Embargante também que o Embargado nunca arguiu que a intimação teria ocorrido em data diversa daquela apontada pelo Fisco, ou ainda que não teria sido intimado das referidas decisões, tornando-se incontroversa a data da intimação.

Contudo, independentemente de ter atacado os pontos acima, arguiu o Embargado a decadência do lançamento, a qual só pode ser devidamente

analisada com a comprovação da data da intimação da decisão que anulou o lançamento anterior.

Nesse sentido, caso não fosse esse o entendimento, estar-se-ia convalidando um lançamento com fundamentação deficiente, possivelmente decaído, em patente ofensa ao art. 142 do CTN, o que não se admite. Por essas razões, conclui-se que não há contradição ou omissão no v. acórdão embargado, visando os presentes embargos apenas a rediscussão da matéria, o que não é possível nos termos do art. 65 do Regimento Interno do CARF.

Observo que assiste razão ao acórdão recorrido, isso por que em sede de impugnação fora levantada a discussão acerca da decadência, por óbvio quem alega o mais alega o menos e todas as razões para reconhecimento ou não da matéria formulada como objeto de defesa podem vir a baila durante o julgamento para comprovação de sua procedência.

Aqui não há que se falar em momento oportuno para apresentação da prova ou preclusão consumativa temporal, isso por que o caso dos autos é uma questão nítida de discussão a respeito da amplitude do argumento de defesa e da liberdade do julgador em motivar seu posicionamento ao acolher determinado pedido.

O que fica claro a meu ver é que a Fazenda Nacional manejou mal seu recurso, isso por que pretende reverter a decisão de nulidade com paradigma que trata de preclusão da prova.

A matéria nulidade não foi objeto do recurso, quanto menos restou admitida no despacho de admissibilidade, logo a decisão acerca da preclusão não tem o condão de afastar a nulidade declarada no acórdão a quo.

Diante do exposto voto por conhecer do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional para no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Ana Paula Fernandes

Voto Vencedor

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho - Redator designado

Não obstante as considerações trazidas no voto da i. Relatora, delas divirjo pelas razões de fato e de direito que exponho a seguir.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no intuito de substituir Notificações Fiscais de Lançamento – NFLD de Débito anteriormente anuladas em virtude de vício formal.

Extraí-se do acórdão desafiado que o Colegiado *a quo* anulou o novo lançamento, por considera-lo eivado de vício material. Consta da decisão recorrida que “*a autoridade fiscal não comprovou o marco inicial do prazo decadencial para o lançamento substituto, qual seja, a*

data da intimação da Recorrente das decisões que anularam os lançamentos anteriores” e, em virtude disso, não teria restado comprovado que o lançamento substituto fora formalizado dentro do prazo decadencial previsto no artigo 173, II do CTN.

A Impugnação apresentada pela Contribuinte (fls. 50/74) dá conta que as NFLD substituídas “*foram anuladas pela 2ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) pelos Acórdãos n. 02/002488/2003 (doc. 3) e 02/02487/2003 (doc.4)*”. Consta do Relatório Fiscal (fls. 35/43) que a Contribuinte teve ciência de tais decisões em 18/02/2004. Ademais, a Contribuinte também reproduz no corpo da Impugnação, correspondência do INSS, datada 18/02/2004, informando o Sujeito Passivo da Anulação das NFLD.

Fácil concluir que ciência das decisões que anularam, por vício formal, os lançamentos efetuados anteriormente ocorreu em data posterior a 18/02/2004, eis que a correspondência do INSS com a ciência dos acórdãos do CRPS foi emitida, por via postal, nesta data.

Certamente por essa razão o Sujeito Passivo, em momento algum, insurgiu-se contra esse fato. Observe que a tese intentada pela contribuinte no intuito de ver declarada a decadência, já afastada pela própria decisão recorrida, é a de que a decisão do CRPS teria se tornado definitiva na data sessão em que os recursos respectivos foram julgados, ou seja em 31/10/2003.

Nesse ponto, entendo que assiste razão à Fazenda Nacional no sentido de que, não tendo a Recorrida contraditado o fato de que a ciência das decisões que anularam os lançamentos originários se deu em 18/02/2004, este se tornou incontroverso, nos termos do art. 374 do Código de Processo Civil, cuja transcrição mostra-se imperiosa:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.
(Grifou-se)

Por outro lado, das decisões do CRPS era cabível o recurso denominado “pedido de revisão”, no prazo de 30 (trinta) dias contados, nos termos do **caput** do art. 27 c/c o § 3º do art. 60 de seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria MPS nº 88/2004, da data da ciência. Esclareça que nenhuma das partes socorreu-se dessa espécie recursal

Nessa linha, considerando-se como incontroverso o fato de que a Contribuinte fora cientificada das decisões que anularam, por vício formal, as NFLD relativas aos lançamentos originários em 18/02/2004 e tendo-se em conta que o prazo para apresentação de pedido de revisão era de 30 (trinta) dias, contados da data da ciência, têm-se que tais decisões tornaram-se definitivas em 19/03/2004.

Assim, não há que se falar em decadência, pois a Contribuinte foi cientificada do novo lançamento em 18/02/2009, isto é, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, estabelecido no inciso II do art. 173 do CTN.

Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional, e, no mérito, dou-lhe provimento, com retorno dos autos ao Colegiado de origem para a análise das razões do recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho