



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14098.000011/2007-47
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-009.333 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 26 de janeiro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONCREMAX CONCRETO ENGENHARIA E SANEAMENTO LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. VÍCIO FORMAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Erros, imprecisões e contradições na descrição dos fatos e na fundamentação legal da exigência, quando implicam em cerceamento do direito de defesa, ensejam a nulidade do lançamento, por vício formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2302-01.458, proferido na Sessão de 1º de dezembro de 2011, que negou provimento ao Recurso de Ofício, nos termos do dispositivo e ementa, a seguir reproduzidos.

Dispositivo:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Acórdão:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

Ementa: DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, e a fundamentação legal pertinente, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade. Recurso de Ofício Negado

O recurso visa rediscutir a seguinte matéria: ausência de nulidade por vício formal.

Em exame preliminar de admissibilidade, o Presidente da Câmara de origem deu seguimento ao apelo.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que, da disciplina dos arts. 59 c/c 60 do Decreto n.º 70.235/72, os termos do processo administrativo fiscal somente serão declarados nulos na ocorrência de uma das seguintes hipóteses: a) quando se tratar de ato/decisão lavrado ou proferido por pessoa incompetente; b) resultar em inequívoco cerceamento de defesa à parte; que a jurisprudência desta CSRF, de longa data, firmou orientação no sentido de que *“Não existe prejuízo à defesa quando os fatos narrados e fartamente documentados nos autos amoldam-se perfeitamente às infrações imputadas à empresa fiscalizada. Não há nulidade sem prejuízo”*; que na hipótese dos autos, o voto do acórdão guerreado decidiu por anular o auto de infração, sustentando a ausência de motivação do lançamento, vez que não houve descrição clara dos fatos geradores e do fundamento legal; que a descrição dos fatos, bem como a metodologia utilizada para cálculo do crédito tributário encontram-se satisfatoriamente postas no relatório fiscal e nos demais termos que acompanham o procedimento fiscal; que todos os elementos essenciais à autuação estão presentes, não restando evidenciada situação de prejuízo ao direito de defesa a ensejar a decretação de nulidade do processo; que, portanto, os termos do procedimento fiscal contêm os elementos necessários e suficientes para o atendimento do Decreto n.º 70.235/72, devendo prevalecer os princípios da instrumentalidade e economia processual em lugar do rigor das formas.

Cientificada do Acórdão de Recurso de Ofício, do Recurso Especial da Procuradoria e do despacho que lhe deu seguimento em 25/05/2016 (e-fls. 2101), a contribuinte apresentou, em 07/06/2016 (e-fls. 2.116), as Contrarrazões de e-fls. 2.103 a 2.115 nas quais defende o não conhecimento do Especial por ausência dos seus pressupostos de admissibilidade. Quanto ao mérito, defende a manutenção do Recorrido com base, em síntese, em seus próprios fundamentos.

É o relatório,

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. A afirmação da contribuinte em sede de contrarrazões de que não teriam sido atendidos os pressupostos de admissibilidade não procedem. A meu juízo, A Fazenda Nacional logrou demonstrar a divergência, apresentado paradigma em que, em situação na qual houve descrição

imprecisa dos fatos, não se declarou a nulidade, por entender que não teria havido prejuízo ao contribuinte. Neste caso, que também trata de descrição imprecisa dos fatos, se entendeu pela ocorrência do prejuízo, caracterizando a divergência.

Conheço, pois, do recurso.

Quanto ao mérito, como se tratava de Recurso de Ofício e, como se verá mais adiante, o Acórdão corrobora integralmente os fundamentos do Acórdão da DRJ, transcrevo fragmentos do Acórdão de primeira instância em que se fundamenta a declaração de nulidade. Confira-se:

39. Sabe-se, portanto, que a auditoria fiscal tinha ao seu dispor notas fiscais das empresas prestadoras de serviços, mas não foi possível identificar quantas e quais eram estas notas fiscais. Isto porque, ao invés de constituir levantamentos distintos por prestador de serviço, para aqueles cujas notas fiscais estavam à sua disposição, a autoridade fiscal optou por lançar todos os fatos geradores de "forma global".

40. Mesmo tendo em mãos uma quantidade não revelada de notas fiscais dos prestadores de serviços, a auditoria fiscal deixou de prestar ao contribuinte e a este relator informações sobre o método de aferição adotado, e dos critérios para a identificação dos fatos geradores e das bases de cálculo para todos os lançamentos, já que, a simples transcrição de artigos da legislação da época, como se apresenta nos itens 4.1 e seguintes do REFISC (fls. 77/78), não supre esta necessidade. Por outro lado, em nenhum ponto do REFISC está informada a adoção do procedimento de arbitramento por aferição indireta para a constituição do crédito previdenciário, que é o pressuposto inicial para a descrição de todo o trabalho realizado.

41. Em sede de diligência, houve a necessidade de analisar o conteúdo de cada nota fiscal apresentada na impugnação, que resultou na redução do crédito originário, que despencou do patamar de R\$ 838.223,30 para R\$ 418.815,70. Por meio deste retrabalho, a auditoria fiscal entendeu que mais da metade do levantamento é improcedente.

42. O fato de ter sido necessário rever todos os lançamentos em confronto com as notas fiscais apresentadas na impugnação, e ter elaborado a tabela "*Relatório de Alteração; Esclarecimentos e Justificativas*" (fls. 1910/1968) com o intuito de justificar a manutenção ou não de cada lançamento, denota prévia ausência de critérios claros e objetivos para a seleção dos lançamentos contábeis, que foram indiscriminadamente utilizados na constituição do presente crédito.

43. Poder-se-ia alegar que nem todas as notas fiscais estavam à disposição da auditoria fiscal durante a fiscalização. No entanto, pelo menos em relação às notas fiscais apresentadas, estas deveriam ter sido processadas; seus fatos geradores definidos e suas bases de cálculos determinadas e lançadas de forma agrupada por prestador de serviço (assunto relatado no tópico LANÇAMENTO POR PRESTADOR DE SERVIÇOS). Este procedimento, que deixou de ser executado, viabilizaria, também, a identificação dos lançamentos contábeis cujas notas fiscais não haviam sido apresentadas, para que fossem, somente eles, agrupados em levantamento distinto.

44. A auditoria fiscal, ao rever os lançamentos e elaborar o "*Relatório de Alteração; Esclarecimentos e Justificativas*", ao invés de se ater às normas contemporâneas dos fatos geradores, minuciosamente transcritas por ela no item 4.1 do REFISC (fls. 77/78), balizou suas análises na Instrução Normativa SRP nº.3, publicada somente em 14 de julho de 2005, data posterior ao período do crédito previdenciário discutido, e, obviamente, posterior à emissão de todas as notas fiscais.

[...]

Portanto, não há como aceitar este procedimento e protegê-lo sob as sombras do § 1º do art. 144 do CTN, já que se trata de alteração, durante o transcorrer do processo, da fundamentação que supostamente serviu para a definição das hipóteses de incidências

dos fatos geradores que, diga-se, não estão aqui sendo questionados quanto à ocorrência. Seria como alterar as regras de um jogo durante o seu transcorrer.

49. O *"Relatório de Alteração; Esclarecimentos e Justificativas"* (fls. 1910/1968) demonstra que, para inúmeras notas fiscais analisadas, houve contradição na tentativa de adequar a norma aos fatos. A contradição mais comum identificada é a justificativa para manter o lançamento em razão da não apresentação de contratos de prestação serviços, mesmo nos casos em que esta exigibilidade não está prevista na norma balizada, entretanto, para outras situações similares, o mesmo procedimento deixou de ser aplicado.

50. Outra contradição cometida pela ação fiscal, está na fundamentação legal do débito, apresentada no Relatório de Fundamentos Legais do Débito — FLD (fls. 57/60). No tópico Fundamentos Legais das Rubricas estão relacionados, por período de aplicação, as normas referentes à contribuição da empresa sobre a remuneração de empregados, quando o correto seria constar os fundamentos legais para a retenção e antecipação de recolhimentos sobre fatos geradores ocorridos em serviços prestados à título de cessão de mão-de-obra.

51. Instada a acatar decisão judicial que, no período de 06/08/1999 a 19/11/2002, proibia as empresas tomadoras de descontar 11% dos serviços prestados a título de cessão de mão-de-obra das empresas filiadas a SINDUSCON — MT, no item 2 do seu relatório de Diligência Fiscal (fl.1910), a auditoria fiscal descumpriu parcialmente esta imposição da justiça, com a justificativa de que *"deve a contratante, solicitar, mensalmente, comprovante de filiação das empresas cedentes à entidade, haja vista o fato recorrente de algumas empresas somente ingressarem na entidade para tirar proveito da decisão judicial, abandonando-a logo após. Assim, por razões óbvias, somente serão excluídas do levantamento, as retenções relativas às empresas Eldorado Construções e Obras de Terraplenagem Ltda. e Saneoste Construções Centro Oeste Ltda., cujos documentos juntados as fls.187 e 188, respectivamente, certificam estarem filiadas ao SINDUSCON - MT no período de vigência da respectiva decisão judicial"*.

52. Caberia à autoridade fiscal, no mínimo, encaminhar Subsidio Fiscal — SF ou diligenciar-se junto ao SINDUSCON-MT com a finalidade de obter a relação das empresas que, durante o período de validade do Mandado de Segurança, eram a ele filiadas, pois, sem que haja embasamento fático, não é "óbvio" aceitar mera conjectura de que algumas empresas abandonam o sindicato após tirarem proveito da decisão judicial. Entretanto, mesmo que em alguns casos esta suposição tivesse de fato ocorrido, deveria ter sido identificado, para cada empresa prestadora, o período em que foi beneficiada pela referida decisão judicial.

53. Em sede de julgamento, foi realizada uma rápida pesquisa ao sitio da internet <http://www.sindusconmt.org.br> da SINDUSCON — MT, e este simples procedimento possibilitou a identificação de mais duas empresas prestadoras de serviços que deveriam ter suas notas fiscais parcialmente suprimidas do levantamento, mas que não foram, são elas: HIDROSAN ENGENHARIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, filiada desde 22/09/2001 e GEMINI PROJETOS, INCORP. E CONSTRUÇÕES LTDA, filiada desde 24/09/2001.

54. No entanto, mesmo após afirmar que *"deve a contratante, solicitar, mensalmente, comprovante de filiação das empresas cedentes a entidade"* a auditoria fiscal, contrapondo-se à sua justificativa, contraditoriamente, pôs-se a analisar os atestados emitidos pelo sindicato (fls. 187 e 188), e decidiu retirar do levantamento as empresas Eldorado Construções e Obras de Terraplenagem Ltda e Saneoste Construções Centro Oeste.

55. No atestado de fl. 187 está informado que a Eldorado *"foi associada a este sindicato desde 1990"*. Se ela foi associada, subentende-se que não é mais. Portanto, esta declaração, por si só, não deveria ser decisiva para levar à conclusão de que durante o período de validade do Mandado de Segurança a referida empresa era associada ao SINDUSCON. Trata-se de mais um exemplo de insuficiência de atenção no trato de informações, que, neste caso, poderia resultar em prejuízo ao interesse público.

56. Em razão das contradições identificadas no processo de triagem dos lançamentos e da insuficiência de clareza e objetividade no encaminhamento da ação fiscal, cujos procedimentos adotados trilharam caminhos ao largo das regras exaradas pela legislação pertinente, e cujo resultado inicial não foi sanado nem mesmo após a realização da diligência fiscal, entende-se que, de fato, assiste razão ao defendente, quando alega que lhe foi cerceado o seu direito de defesa e de contraditório.

Além desses fatos, o Acórdão de Impugnação considerou como fundamento para a nulidade, o fato de não ter sido feito o levantamento individualizado, com a identificação de cada prestador de serviços, nos casos de lançamento por prestação de serviços, e por contradição quanto à consideração/desconsideração da contabilidade do contribuinte pela auditora que ora considerou, ora desconsiderou essa contabilidade.

O Acórdão de Recurso de Ofício, por sua vez, após corroborar os fundamentos do Acórdão de Primeira Instância, acrescenta, de maneira sintética:

A legislação que deveria sustentar o lançamento não guarda qualquer relação com o mesmo e o relatório fiscal e a diligência efetuada não se prestaram a evidenciar o fato gerador da contribuição previdenciária, com a certeza que deve prevalecer numa peça elaborada pelo fisco, levando o contribuinte a ter seu direito de defesa cerceado, posto que não pode identificar quais as contribuições que são efetivamente devidas e com que respaldo legal.

Ora, os fatos apontados como fundamento para a declaração da nulidades são vastos e estão amplamente demonstrados, caracterizando o cerceamento do direito de defesa, e, portanto, com prejuízo para o sujeito passivo.. Assim, entendo correta a decisão que anulou o lançamento, por vício formal.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa