



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

Processo nº 14474.000298/2007-71
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2202-005.401 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E PREVIDENCIÁRIAS
Embargante FAZENDA NACIONAL/PRESIDENTE DA 2ªTO/2ªCÂMARA/2ªSEÇÃO
Interessado ETHICOMPANY SERVICOS TEMPORARIOS LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONSTATAÇÃO. ACOLHIMENTO. CORREÇÃO.

Constatado que o acórdão contém obscuridade, os Embargos de Declaração opostos pelo legitimado devem ser acolhidos para corrigir tal obscuridade e prolatar novo acórdão.

EMBARGOS INOMINADOS. INEXATIDÃO MATERIAL. LAPSO MANIFESTO. ACOLHIMENTO. CORREÇÃO.

Constatado que houve inexatidões materiais devidas a lapso manifesto, os Embargos Inominados opostos pelo legitimado devem ser acolhidos para a correção dos erros materiais e a prolação de um novo acórdão.

LANÇAMENTO. FALTA DE CLAREZA. PRETERIÇÃO DO DIREITO À DEFESA. VICIO FORMAL. NULIDADE.

Ocorrendo falta de clareza no lançamento, caracteriza-se preterição ao direito à defesa, de forma a configurar vício formal e tornar nulo o lançamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher os embargos inominados sem efeitos infringentes e de forma integrativa, para corrigir as inexatidões demonstradas e também acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para retificar o Acórdão nº 2403-002.055 embargado, para negar provimento ao recurso de ofício, e para dar provimento ao recurso voluntário para anular o lançamento por vício formal, vencidos os conselheiros Marcelo de Sousa Sáteles e Ronnie Soares Anderson,

que acolhiam os embargos de declaração para, no tocante ao recurso voluntário, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo de Sousa Sáteles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correia, Leonam Rocha de Medeiros, Gabriel Tinoco Palatnic (suplente convocado) e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional (fls. 3.497/3.500) e de Embargos inominados opostos pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF (fls. 3.508/3.511).

Em relação aos Embargos opostos pela Fazenda Nacional, nota-se que foram em face do Acórdão nº 2202-004.526, proferido, em 07/06/2018, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, (fls. 3.486/3.495).

No que diz respeito aos Embargos opostos pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, nota-se que foram em face do Acórdão nº 2403-002.055 (fls. 3.459/3.471), proferido em sessão de 14/05/2013, pela extinta 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, integrado pelo Acórdão nº 2202-004.526 (fls. 3.486/3.495), proferido em sessão plenária de 07/06/2018, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Acórdão nº 2403-002.055 proferido pela 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara

Quando da análise do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário, o Colegiado da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara apreciou o lançamento e proferiu o Acórdão nº 2403-002.055 nos seguintes termos (fl. 3.459): "ACORDAM os membros do Colegiado, em preliminar, por unanimidade de votos, em determinar a nulidade do lançamento em razão da presença de vício material e por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso de ofício."

O Colegiado julgou o Recurso Voluntário e o Recurso de Ofício, conforme Acórdão, apresentando a seguinte ementa (fl. 3.459):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO.NULIDADE.VÍCIO INSANÁVEL.

Na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, sob pena de caracterizar cerceamento de defesa, é compulsório constituir o crédito tributário demonstrando efetivamente a ocorrência dos fatos geradores e demais comandos de forma a não ensejar dúvidas quanto ao lançamento.

Verificando-se a ocorrência de vício insanável o lançamento resta nulo.

Processo Anulado.

Embargos de Declaração Opostos pela Fazenda Nacional Contra o Acórdão nº 2403-002.055

A Fazenda Nacional, por meio de sua representante, apresentou as razões dos embargos de declaração contra o Acórdão nº 2403-002.055, alegando, em síntese, que (fls. 3.473/3.477):

A União (Fazenda Nacional), por sua procuradora infra-assinada, vem, com fulcro no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, opor os presentes Embargos de Declaração em face de omissão e obscuridades verificadas no acórdão nº 2403-002.055, exarado por essa Colenda Câmara, requerendo seja o mesmo provido para sanar os vícios apontados nas razões a seguir aduzidas.

Dos vícios apontados pela Fazenda Nacional:

I – omissão quanto à falta de análise do recurso de ofício

II – obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário

III – obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza

Ao final, a embargante requer:

Diante do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer que os presentes embargos de declaração sejam recebidos, conhecidos e providos para sanar a omissão e as obscuridades apontadas.

Acórdão nº 2202.004.526: Apreciação dos Embargos de Declaração Opostos pela Fazenda Nacional Contra o Acórdão nº 2403-002.055

Os Embargos apresentados pela Fazenda Nacional, por meio de sua representante, contra o Acórdão nº 2403-002.055, foram apreciados pelos Membros do Colegiado, que proferiram o Acórdão nº 2202.004.526, no qual decidiram, por maioria de votos, acolher os Embargos, nos seguintes termos (fls. 3.486/3.495):

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher os Embargos de Declaração, vencidos Dilson Jatamy

Fonseca Neto (relator) e Júnia Roberta Gouveia Sampaio que os rejeitaram. Acordam ainda, por unanimidade de votos, sanar a omissão no acórdão recorrido, sem efeitos infringentes, Integralizando-o quanto à análise do recurso de ofício, devendo o dispositivo passar a constar a seguinte redação: "Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício por não atingir o limite de alçada e, quanto ao recurso voluntário, dar-lhe provimento para determinar a nulidade do lançamento em razão da presença de vício material". Designado para redigir o voto vencedor relativamente ao acolhimento dos Embargos o conselheiro Waltir de Carvalho.

Embargos de Declaração Opostos pela Fazenda Nacional em Face de Omissão Verificada no Acórdão nº 2202.004.526

A Fazenda Nacional, por meio de sua representante, apresentou novamente Embargos Declaratórios em face de omissão verificada no Acórdão nº 2202.004.526 que foi proferido pelos Membros do Colegiado, após apreciação dos Embargos de Declaração apresentados contra o Acórdão nº 2403-002.055. Em síntese, a Fazenda Nacional apresentou as razões dos Embargos (fls. 3.497/3.500):

A União (Fazenda Nacional), por sua procuradora signatária, vem, com fulcro no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, opor, tempestivamente, os presentes Embargos de Declaração em face de omissão verificada no acórdão nº 2202-004.526, exarado por essa Colenda Câmara, requerendo seja o mesmo provido para sanar a omissão / erro material apontado nas razões a seguir aduzidas.

A Fazenda Nacional, intimada do acórdão nº 2403-002.055, opôs tempestivamente embargos de declaração suscitando três vícios no aresto, a saber:

I - omissão quanto à falta de análise do recurso de ofício

II- obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário

III- obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza

O despacho de admissibilidade nº 2403-008 - 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária Tratou tão somente de um dos pontos suscitados nos embargos, a saber, da omissão quanto à falta de análise do recurso de ofício, restando absolutamente silente quanto aos outros dois pontos também suscitados pela via dos embargos de declaração, a saber: Obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário e Obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza.

A Fazenda Nacional esclareceu que, dos três vícios apontados anteriormente quando apresentou os Embargos contra o Acórdão nº 2403-002.055, dois vícios não foram considerados, inexistindo qualquer tipo de análise, seja por ocasião do despacho de admissibilidade, seja por ocasião da prolação do Acórdão nº 2202.004.526, que julgou os

Embargos. Por isso, requer pronunciamento do Colegiado sobre tais pontos suscitados, nos seguintes termos:

Nesse contexto, devidamente demonstrada a existência de erro material omissão no acórdão, faz-se mister que a Turma se pronuncie sobre os seguintes pontos suscitados nos embargos declaração opostos pela União em 29/10/2013: 1) Obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário, e 2) Obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza.

Diante do exposto, a União (Fazenda Nacional) requer que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos e providos, a fim de que seja sanado o vício acima

Admissibilidade dos Embargos de Declaração Opostos Pela Fazenda Nacional em Face de Omissão Verificada no Acórdão nº 2202.004.526

De acordo com o Despacho de Admissibilidade de Embargos de 23 de novembro de 2018 (fls. 3.503/3.507), o Presidente da 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, da 2ª da Seção de Julgamento do CARF, no uso de suas atribuições regimentais, admitiu os Embargos Declaratórios apresentados pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 2202.004.526, nos seguintes termos:

Compulsando os autos, verifica-se que no despacho que admitiu os primeiros aclaratórios interpostos pela Fazenda Nacional, apenas o vício da omissão de análise do recurso de ofício foi verificado (e acolhido).

Os demais vícios apontados (de obscuridade) sequer foram analisados pelo despacho de admissibilidade, devendo portanto, ser feita análise da admissibilidade quanto à existência dos seguintes vícios apontados nos embargos acostados, tempestivamente, às efls. 3473 a 3477:

a) Obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário:

b) Obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza

Portanto a obscuridade reside na demonstração de quais das irregularidades observadas tomou o lançamento nulo, com a sua consequente categorização.

Conclusão

Pelo exposto, com fundamento no art. 65, do Anexo II do RICARF, Acolho os embargos de declaração interpostos pela Fazenda Nacional, conforme detalhado acima.

Embargos Inominados Opostos pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª da Seção de Julgamento do CARF

O Presidente da 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, da 2ª da Seção de Julgamento do CARF apresentou Embargos Inominados (fls. 3.508/3.511) em face do Acórdão nº 2403-002.055 proferido em sessão de 14/05/2013, pela extinta 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento (fls. 3.459 a 3.471), integrado pelo Acórdão nº 2202-004.526, proferido em sessão plenária de 07/06/2018, pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (fls. 3.486 a 3.495), nos seguintes termos:

Da leitura do voto condutor do Acórdão nº 2403-002.055 constata-se a existência de erros materiais devidos a lapso manifesto, conforme a seguir expostos:

a) às efls. 3465 o relator apresenta tabela contendo valores constantes do lançamento como sendo da competência 01/2004, todavia, compulsando os autos, especialmente o DADR de efls. 1374, constata-se tratarem-se de valores referente à competência 06/2002.

b) às efls. 3467 a referência à competência maio/06, quando o correto é maio de 2002 (período abrangido pela decadência), conforme decisão de 1ª instância.

c) às efls. 3467 no tópico intitulado "Da Divergência dos Valores Excluídos" o relator atesta que houve "nova confusão" na exclusão de valores do lançamento procedida pela DRJ, verbis:

DA DIVERGÊNCIA DOS VALORES EXCLUÍDOS

Verificando-se os valores excluídos às fls. 1.345, percebe-se nova confusão posto que o procedimento até o mês de maio expurgou não só os valores da rubrica segurados mas a totalidade das rubricas. Só partir do mês de junho se observa exclusões apenas para a rubrica segurados.

Todavia no parágrafo antecedente de seu voto atesta que para o período anterior a maio/06 (sic, leia-se maio/02) havia sido reconhecida a decadência, de tal forma que toda a competência deve ser excluída do lançamento e não somente a parte dos segurados.

Verificada a existência de erros de fato devidos a lapso manifesto em decisão proferida por este Conselho, os mesmos podem ser corrigidos por meio de Embargos Inominados, conforme o art. 66, do mesmo RICARF.

Pelo exposto, proponho os presentes embargos inominados para a prolação de novo acórdão, visando o saneamento dos erros materiais apontados, nos termos do art. 66 do Anexo II do RICARF

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rorildo Barbosa Correia - Relator

Conhecimento dos Embargos de Declaração

No que diz respeito à tempestividade do recurso interposto pela Fazenda Nacional, transcrevo a análise realizada no despacho de admissibilidade (fl. 3.504), a qual adoto para efeito de considerar os Embargos de Declaração tempestivos.

O processo foi encaminhado à PGFN em 13/08/2018 (Despacho de Encaminhamento de efls. 3496). De acordo com o disposto no art. 79, do Anexo H, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, com a redação da Portaria MF nº 39, de 2016, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorreu em 13/09/2018. Em 17/09/2018, tempestivamente, foram opostos os Embargos de Declaração de efls. 3497 a 3500 (Despacho de Encaminhamento de efls. 3501).

Assim, nota-se que os Embargos de Declaração são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, deles tomo conhecimento.

Conhecimento dos Embargos Inominados

Em relação a tempestividade dos Embargos interpostos pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, da 2ª da Seção de Julgamento do CARF (fls. 3.508/3.511), em face do Acórdão nº 2403-002.055 integrado pelo Acórdão nº 2202-004.526, cabe esclarecer que, por se tratar de Embargos Inominados opostos com fundamento no art. 66, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, não há que se apreciar a questão da tempestividade, pois não há prazo para a correção de erro manifesto. Portanto, conheço do recurso, uma vez que estão presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito

Embargos Inominados / Inexatidão Material no Acórdão nº 2403-002.055

De acordo com os Embargos Inominados apresentados pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária, da 2ª Câmara, nota-se que foi constatada a existência de erros materiais devidos a lapso manifesto. Diante desta constatação (ocorrência de inexatidão material) passou-se a apreciar os Embargos Inominados com o objetivo de sanar tais erros.

Analisando os autos, especialmente às folhas 1.374 e 3.465/3.471, percebe-se que assiste razão ao Embargante quando apontou a existência de erros materiais verificados no citado acórdão. Dessa forma, entendo que cabe acolher os Embargos Inominados, sem efeitos infringentes, para corrigir as inexatidões materiais apontadas, nos termos do art. 66, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, que passam a vigorar com a seguinte redação:

No caso da tabela que foi apresentada com informações sobre valores referentes à competência 01/2004, quando na realidade os valores são correspondentes à competência 06/2002 (fls. 3.465), a redação alterada passou a vigorar nos seguintes termos:

O presente lançamento constituiu créditos também sobre a parte da empresa para efeito de demonstração transcrevo os registro da competência 06/2002.

Rubricas	Aliquotas	Apurado	Dedução	Diferença
11 Segurados	8,00	11.457,13	11.457,13	
12 Empresa	20,00	28.642,82	28.642,82	
13 Sat/rat	2,00	2.864,28	2.864,28	
15 Terceiros	2,50	3.580,35	291,64	3.288,71

No caso do texto do voto condutor (fls. 3.467), observa-se que o relator se equivocou ao referir à competência maio/2006, quando deveria se referir à competência maio/2002. Nota-se ainda que houve falta de clareza no texto do relator para informar que, conforme o Acórdão proferido pela DRJ/CTA (fls. 1.376/1.400), o lançamento da contribuição referente à parte de segurados foi considerado indevido para todo o período de janeiro a dezembro de 2002 e que houve o reconhecimento da decadência para todas as contribuições lançadas em relação ao período de janeiro a maio de 2002 (segurados, patronal, Sat/Rat e Terceiros).

Portanto, verificou-se que, em relação à parte de segurados, referente ao período de janeiro a maio de 2002, houve concomitância tanto pelo reconhecimento da decadência quanto pelo lançamento considerado indevido, mas em relação ao período de junho a dezembro de 2002, somente a parte correspondente ao segurados foi considerada como lançamento indevido.

Assim, de acordo com a decisão proferida pela DRJ/CTA, nota-se que, foram excluídas todas as contribuições lançadas para o período de janeiro a maio de 2002 (Segurados, Patronal, Sat/Rat e Terceiros), e para o período de junho a dezembro de 2002, foi excluída somente a contribuição referente à parte dos segurados.

Dessa forma, entendo que, para esclarecer os fatos, cabe alterar a parte dispositiva do acórdão, passando a redação vigorar nos seguintes termos:

Voto-condutor do acórdão:

Redação original

Conforme o Acórdão de fls.1.347, os lançamentos sobre a parte dos empregados foram considerados viciados. Aduz que as exclusões abrangeram tão-somente as competências compreendidas entre 01 a 12/2002. A soma dos valores expurgados mais os excluídos pelo reconhecimento da decadência das competências maio/06 e anteriores exigiu que a instância “ad quod” interpusesse Recurso de Ofício que ora , também , se aprecia. (Grifo não faz parte do original.)

Redação alterada

Conforme o Acórdão de fls. 1.376/1.400, o lançamento da contribuição referente à parte dos empregados, correspondente às competências de janeiro a dezembro de 2002, foi considerado indevido, houve também o reconhecimento da decadência das

contribuições lançadas para as competências de janeiro a maio de 2002, de forma a exigir que a instância "ad quod" interpusse Recurso de Ofício que ora, também, se aprecia.

Embargos Declaratórios

De acordo com o Despacho de Admissibilidade (fls. 3.503/3.507), os Embargos Declaratórios opostos pela Fazenda Nacional foram admitidos para verificar os vícios apontados: a) Obscuridade quanto à falta de consideração da retificação do crédito tributário; b) Obscuridade quanto aos vícios que maculam o lançamento e sua natureza.

À vista disso, passou-se a apreciar os referidos Embargos Declaratórios:

Obscuridade Quanto à Falta de Consideração da Retificação do Crédito Tributário:

Inicialmente cabe esclarecer que o crédito tributário formalmente constituído neste processo, por meio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.041.833-6 (fl. 03), corresponde exatamente a contribuição apurada referente ao período de janeiro a dezembro de 2002, como pode ser verificado pelo somatório registrado no Demonstrativo Sintético de Débito - DSD (fls. 16/17):

Competência : 12/2002					
Levantamento	ORIGINÁRIO	ATUALIZADO	JUROS	MULTA	TOTAL
FD2	461.295,89	461.295,89	337.622,46	138.388,77	937.307,12
Total da Competência	461.295,89	461.295,89	337.622,46	138.388,77	937.307,12

Total de Estabelecimento	2.147.064,75	2.147.064,75	1.686.051,78	644.119,43	4.477.235,96
FD2		2.147.064,75	1.686.051,78	644.119,43	4.477.235,96
TOTAL DA EMPRESA		2.147.064,75	1.686.051,78	644.119,43	4.477.235,96
=====					

Neste caso, apesar de constar nos autos documentos com valores referentes às competências 01/2003 a 12/2005, conforme Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 08/15), percebe-se que tais valores não fazem parte do crédito formalmente constituído pelo lançamento exigido na NFLD deste processo, mas que houve erro por anexação de relatórios com informações sobre créditos tributários lançados e exigidos em outro processo.

No mesmo sentido, nota-se que as informações prestadas no Relatório de Diligência Fiscal (fls. 1.140/1.141) esclareceu que a anexação dos relatórios DAD (fls. 08/15), com valores correspondentes a competências 01/2003 a 12/2005, tratava-se de erro e não deveriam ser lavados em consideração, porque o lançamento já estava delimitado pelas competências 01/2002 a 12/2002:

Quanto as divergências entre competências, lastreemos nosso pensamento para o relatório de lançamentos (RL). Naquele documento (folhas 16 usque 440) estão descritos o tipo de levantamento, competência, valor e nome do beneficiário. E delimita as competências de janeiro de 2002 a dezembro de 2002, como repetido no relatório DSD (folhas 14 d 15) e confirmado no Relatório Fiscal, folhas 706. Outras competências, trazidas erroneamente no DAD, devem ser desconsideradas.

Assim, os valores referentes às competências 01/2003 a 12/2005, registrados no DAD (fls. 08/15), o qual indevidamente anexado aos autos, não devem ser levados em consideração, quando da apreciação deste caso, pois não afeta o crédito devidamente constituído por meio da NFLD nº 37.041.833-6 (fl. 03), pois tal NFLD se refere exclusivamente ao lançamento de contribuições relativas às competências 01 a 12 de 2002.

Ora, se os valores referentes a competências 01/2003 a 12/2005, informados nos Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 08/15), não fazem parte do lançamento do crédito constituído por meio da NFLD nº 37.041.833-6 (fl. 03), portanto não há que se falar em retificação do crédito, uma vez que não se pode retificar aquilo que não faz parte do lançamento e o crédito apreciado nestes autos corresponde exclusivamente às competências 01/2002 a 12/2002.

Além do mais, nota-se que após a apreciação do feito pela 5ª Turma DRJ/CTA por meio do Acórdão nº 06-23.988 (fls. 1.376/1.400), o lançamento do crédito, constituído pela NFLD nº 37.041.833-6, foi revisado, com a retificação, excluindo os créditos correspondentes a parte dos segurados, referentes a competências 01 a 12 de 2002 e reconhecendo a decadência dos créditos referentes a competências 01 a 05 de 2002. Acrescenta-se que os créditos foram excluídos mediante emissão do Discriminativo Analítico de Débito Retificado DADR (fls. 1.373/1.375).

Diante do exposto, entendo que houve equívoco por parte do I. Relator, Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, ao proferir seu voto no Acórdão nº 2403-002.055, quando afirmou que os valores referentes às competências 01/2003 a 12/2005, registrados no Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 08/15), correspondiam a créditos formalmente constituídos neste lançamento e por isso, afirmou que havia a necessidade de proceder a retificação de tais créditos (fls. 3.466):

Cumpra-se notar que o questionamento tem por base créditos formalmente constituídos que não podem simplesmente serem ignorados apesar de as Autoridades autuantes terem assumido indevidos. Assumido o vício pela impropriedade do lançamento, as retificações teriam de ser formalmente providenciadas de modo a efetivamente restarem desconstituídos os créditos.

Igualmente entendo que houve equívoco também, por parte do Relator, quando afirmou que foram utilizadas as mesmas bases de cálculo e os mesmos créditos em processos distintos, ocorrendo uma possível duplicidade de lançamento para o período 01/2004 a 12/2004, pois como já demonstrado, o presente lançamento se refere apenas ao período de 01 a 12 de 2002. Em relação a este ponto, não há que falar em retificação, uma vez que não houve duplicidade.

Obscuridade Quanto aos Vícios que Maculam o Lançamento e sua Natureza

A Fazenda Nacional questionou quanto aos vícios que maculam o lançamento e a sua natureza, nos seguintes termos (fls. 3.476/3.477).

Observa-se que o contribuinte suscitou a existência de diversas nulidades no lançamento, as quais foram objeto de comentários no voto condutor do acórdão. Todavia, não há uma definição clara acerca de quais vícios o Colegiado entende que estariam

maculando o lançamento, nem qual seria sua natureza (formal ou material).

De fato, na parte final do voto condutor do acórdão há apenas a afirmação de lançamento está "eivado de vícios formais e materiais" (fl. 8). Não há, entretanto, a especificação de qual (is) das irregularidades observadas seria (m) capaz(es) de tomar nulo o lançamento, nem a vinculação do vício acolhido à sua categorização (formal ou material).

Observando o voto condutor do Acórdão nº 2403-002.055 (fls. 3.465/3.471), nota-se realmente que o entendimento do Relator é de que "o lançamento em apreço é eivado de vícios formais e materiais não resta pois outro procedimento senão selar sua nulidade." E por isso, decidiu por "determinar a nulidade do lançamento que motivou sua interposição em razão da presença de vício material"

No mesmo sentido, percebe-se que do rol dos vícios apontados na fundamentação do seu voto, não consta de forma clara, quais foram os vícios formais e/ou materiais que o levaram a entender que "o lançamento em apreço é eivado de vícios formais e materiais".

Diante destes fatos, passou-se a analisar os vícios apontados pelo Relator nas preliminares de nulidades, para fundamentar seu voto, à luz do Decreto nº 70.235/72, bem como da legislação tributária e previdenciária, com o objetivo de identificar qual a natureza dos vícios apontados, se material ou formal, e a partir dessa análise, sanar a obscuridade levantada pela Fazenda Nacional.

De acordo com o voto do relator, os pontos utilizados para fundamentar as preliminares de nulidades acolhidas por unanimidade pelo Colegiado para determinar a nulidade do lançamento (fls. 3.465/3.471), são:

a) dos períodos lançados e das divergências nos anexos discriminativos (fls. 3.466/3.467):

O Relator apontou como vício, o fato de constar no processo o Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 08/15), com valores referentes a competências 01/2003 a 12/2005, enquanto que no Discriminativo Sintético de Débito - DSD (fls. 16/17) registrava créditos somente para o período de 01/2002 a 12/2002:

cumpre notar que o questionamento tem por base créditos formalmente constituídos que não podem simplesmente serem ignorados apesar de as Autoridades autuantes terem assumido indevidos. Assumido o vício pela impropriedade do lançamento, as retificações teriam de ser formalmente providenciadas de modo a efetivamente restarem desconstituídos os créditos.

Em relação a esse ponto, nota-se que não se trata de vício, pois os valores referentes a competências 01/2003 a 12/2005, informados no Discriminativo Analítico de Débito - DAD não estão sendo exigidos na NFLD nº 37.041.833-6 (fl. 03), ora em análise, mas que se trata de erro, com a anexação indevida do DAD para tais competências, porém não causou prejuízo e não afetou a análise do crédito que está sendo exigido neste processo.

Portanto, entendo que o fato de tais informações constarem no processo, além de não causar prejuízo, não se torna vício que possa macular o processo.

b) das mesmas bases de cálculo e dos mesmos créditos em processos distintos (fls. 3.466/3.467).

O Relator afirmou que apreciou, da mesma Recorrente, o processo de nº 14474.000313/200781, NFLD DEBCAD: 37.041.836-0 com levantamento efetuado para o período 01/2004 a 12/2004 e quando comparou com o processo em análise referente à NFLD nº 37.041.833-6, verificou que as mesmas bases de cálculo foram utilizadas como parâmetro.

Observa-se que a informação prestada pelo Relator está equivocada, pois de acordo com os documentos que embasaram o lançamento (fls. 03/05, 16/17 e 1.373/1.375), não consta exigência de contribuição referente a competências 01/2004 a 12/2004. Percebe-se que o lançamento se refere à exigência de créditos correspondentes às competências 01/2002 a 12/2002.

Portanto, à vista disso, nota-se que não há hipótese de utilização das mesmas bases de cálculos em processos distintos, assim, entendo que pelo fato de não haver duplicidade de lançamento de contribuição, não há prejuízo e nem vício que possa macular o processo.

c) da divergência dos valores excluídos

O Relator afirmou que "percebe-se nova confusão posto que o procedimento até o mês de maio expurgou não só os valores da rubrica segurados mas a totalidade das rubricas. Só partir do mês de junho se observa exclusões apenas para a rubrica segurados." Em verdade não houve confusão, o Relator talvez tenha se equivocado no entendimento da decisão tomada pela DRJ/CTA, quando decidiu considerar indevido o lançamento da contribuição referente à parte de segurados para todo o período de janeiro a dezembro de 2002 e ao mesmo tempo reconheceu a decadência referente a toda a contribuição lançada para o período janeiro a maio de 2002.

Assim, de acordo com a decisão proferida pela DRJ/CTA, foram excluídas todas as contribuições lançadas para período correspondente a janeiro e maio de 2002 (Segurados, Patronal, Sat/Rat e Terceiros), e para o período correspondente a junho e dezembro de 2002, foi excluída somente a contribuição referente à parte dos segurados.

Neste caso, percebe-se que, em relação a contribuição parte de segurados referente ao período de janeiro a maio de 2002, houve concomitância tanto pelo reconhecimento da decadência quanto pelo lançamento considerado indevido, porém em relação ao período de junho a dezembro de 2002, somente a parte de segurados foi considerada como lançamento indevido. Portanto, em relação a este ponto, entendo que não houve prejuízo e nem vício que pudesse macular o lançamento.

d) das divergências dos momentos da exclusão e da decisão de exclusão

O Relator afirmou que o "Recurso Voluntário ora em apreço resulta da decisão exarada no Acórdão de nº 06-23.988 quando a 5ª Turma da DRI/CTA o prolatou em, 07 de outubro de 2009. Entretanto, o documento de exclusão às fls. 1.345, registra que o

mesmo fora emitido em 05/10/2009, data anterior, portanto, à decisão que lhe autorizara a emissão."

De acordo com o Acórdão proferido pela DRJ/CTA, foi determinado que a contribuição decadente e a parte de segurados fossem excluídas. Todavia, o fato de o documento que confere a exclusão está com data de 05/10 (fls. 1.373/1.375) e o acórdão que decide a exclusão está com data 07/10 do mesmo ano (fls. 1.376/1.400), não causou nenhum prejuízo à Recorrente, pelo contrário, reduziu o valor do crédito lançado, beneficiando-a, inclusive cabe ressaltar que a pequena diferença de datas pode ter sido resultado de ajuste de sistema na preparação do julgamento, por está em uma data muito próxima. Portanto, em relação a este ponto, percebo que não há prejuízo e nem vício que possa macular o processo

e) dos débitos das filiais lançados para a matriz

O Relator afirmou que "a recorrente, desde a inicial reclama o fato de o débito levantado exclusivamente contra a matriz da empresa, quando as folhas de pagamento e as GFIPs foram elaboradas por estabelecimento." Este ponto cabe um aprofundamento para verificar, por que a Fiscalização apurou todos os fatos geradores na matriz e não os individualizou por estabelecimento, para depois consolidar o total do crédito lançado no estabelecimento matriz.

Compulsando os autos, nota-se que a DRJ/CTA, por meio do despacho nº 007/2008 (fls. 1.137/1.138), diligenciou junto à Autoridade Lançadora com o objetivo de esclarecer entre outros pontos, o seguinte:

c) por que o lançamento foi formalizado integralmente contra a matriz, sem relacionar os demais estabelecimentos da empresa.

Em resposta, por meio do Relatório Fiscal de Diligência (fls. 1.139/1.141), o Auditor- Fiscal apresentou os seguintes esclarecimentos:

Ocorre, Senhores Julgadores, que a empresa Ethicompany não mantinha escrituração contábil em boa ordem e separada pelas filiais, e que observamos irregularidade no fluxo das receitas e despesas, encontrando emissão de notas fiscais de prestação de serviços em uma filial, por exemplo, Quatro Barras, onde o imposto sobre serviços (ISS) era menor que em Curitiba, e as folhas de pagamento emitidas pela base Curitiba, ou Joinville.

Desta forma, para não prejudicar o contribuinte, e tendo em vista não haver contabilidade descentralizada na empresa, por filial, optamos por efetuar o crédito de todas as guias de recolhimento (GRPS/GPS) no estabelecimento da matriz, reunindo naquela unidade todos os créditos efetuados, inclusive as retenções dos onze por cento de que trata a Lei 9.711, em seguida lançando o valor as folhas de salários correspondentes.

Analisando os esclarecimentos apresentado no Relatório Fiscal de Diligência (fls. 1.139/1.141), verifica-se que o Auditor Fiscal justificou que a empresa "não mantinha escrituração contábil em boa ordem e separada pelas filiais" e para não prejudicar o contribuinte, optou por efetuar o lançamento no estabelecimento matriz.

Do mesmo modo, nota-se que a Fiscalização constatou que a empresa não lançou os fatos geradores em títulos próprios da contabilidade, conforme o Auto de Infração DEBCAD 37041825-5 (fl. 720), Código de Fundamento Legal 34.

Todavia, de acordo com o Relatório da NFLD, a Fiscalização não informou se a empresa apresentou as folhas de pagamento por estabelecimento ou se apresentou somente as folhas de pagamento da matriz (fls. 716/717):

No decorrer da auditoria fiscal foram examinadas as folhas mensais de pagamento relativas aos segurados empregados (embora incompletas) Notas Fiscais de Prestação de Serviço — NFPS dos tomadores, termos de rescisões de contrato de trabalho, pagamentos bancários (transferências) e demais documentos de caixa, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2002. Também para a lavratura deste débito foram examinadas DIRF apresentadas ao Ministério da Fazenda, CNIS do Ministério do Trabalho e GFIP.

Nota-se que a Fiscalização aplicou a multa, por meio do Auto de Infração, por falta de apresentação das folhas de pagamento para os anos de 1998 e 1999, período não abarcado pelo lançamento que consta no Auto de Infração objeto de análise destes autos (fl. 717).

As folhas de pagamento dos segurados da empresa relativos ao exercício de 1998 e de 1999, a despeito de solicitação por intermédio de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos específico, datado de 07/01/2005, não foram apresentados à fiscalização de forma completa, o que ensejou a lavratura dos Autos de Infração nos. 37.041.822-0; 37.041.823-9 e 37.041.825-5.

Por outro lado, de acordo com o Voto do Relator no Acórdão nº 2403.002.055, há a informação de que a Contribuinte elaborava as folhas de pagamento por estabelecimento: “a recorrente, desde a Inicial reclama o fato de o débito levantado exclusivamente contra a matriz da empresa, quando as folhas de pagamento e as GFIPs foram elaboradas por estabelecimento.” (fls. 3.468).

Assim, percebe-se que não ficou claro se a Fiscalização verificou se a empresa deixou de elaborar as folhas de pagamento por estabelecimento, ou se elaborou as folhas por estabelecimento e deixou de apresentá-las, ou se a empresa apresentou as folhas por estabelecimento e mesmo assim a Auditoria Fiscal optou por lançar todos os fatos geradores no estabelecimento matriz.

A clareza em relação a este ponto se faz necessário, pois caso a empresa não tenha elaborado as folhas de pagamento por estabelecimento ou se não apresentou as referidas folhas à Fiscalização, estaria dando causa para que o lançamento do crédito fosse realizado no estabelecimento matriz. Em outro sentido, caso a empresa tivesse apresentado as folhas de pagamento por estabelecimento, a Fiscalização poderia fazer a individualização dos fatos geradores por estabelecimento ou, se fosse o caso, registrasse que as folhas foram apresentadas por estabelecimento, mas que não foram utilizadas, com as devidas justificativas. Até mesmo porque, conforme determina o art. 225, I e § 9º, do Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1.998, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, a empresa está obrigada a elaborar folha de

pagamento por estabelecimento. Assim, neste ponto, percebe-se que a Autoridade Fiscal não deixou claro quanto à apresentação ou não das folhas de pagamento por estabelecimento, por parte da empresa.

Diante do exposto, observo que o fato de a Autoridade Fiscal não ter deixado claro se a empresa elaborou as folhas de pagamento por estabelecimento e deixou de apresentá-las, ou se não elaborou tais folhas, ou se apresentou as folhas por estabelecimento e não foram consideradas pela Fiscalização, causou preterição à defesa da contribuinte, pois a análise deste ponto dependia da clareza da informação. Assim, entendo que a falta de clareza configura vício formal, nos termos do inciso II, do art. 59 do Decreto 70.235 de 06 de março de 1972.

f) da base de cálculo

O Relator do Acórdão entendeu como vício o fato de que o "Relatório de Lançamentos RL não demonstra quais os serviços prestados de modo a caracterizar as efetivas incidências." (fls. 3469/3.470).

À vista desse entendimento, passou-se a analisar o Relatório de Lançamentos - RL (fls. 18/445) e após analisar o Relatório, percebe-se que constam no relatório diversas informações sobre os elementos que subsidiaram a ação fiscal, como informações sobre o lançamento, o valor lançado, o nome do empregado e o documento que originou tal lançamento.

Do mesmo modo, nota-se que no Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito NFLD nº 37.041.833-6 (fls. 713/723), a Equipe de Fiscalização demonstrou que apurou a base de cálculo pela diferença extra folha (como folha suplementar) e acrescentou que apurou divergências entre os valores da folha de pagamento, da GFIP, da DIRF e os valores informados no CNIS, nos seguintes termos (fl. 714):

Este lançamento ocupa-se de contribuições sobre folha de salários, diferenças apuradas extra folha (folha suplementar). A rigor da técnica contábil, quando esta auditoria constatou divergências nos valores pagos (diferenças entre a folha de pagamento, a GFIP, a DIRF entregue para a Receita Federal e os valores informados ao CNIS do Ministério do Trabalho e Emprego - MTb), considerou os valores informados em GFIP como "oficiais", sendo que as remunerações pagas e informadas a maior estão sendo lançadas neste crédito complementar, como novos pagamentos, sempre considerando os maiores valores informados pelo contribuinte.

Este lançamento foi lançado no seguinte levantamento:

FD2 - SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO, diferenças não lançadas em folha, que correspondem ao período posterior a implantação da Guia de Recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

O argumento de que houve "cerceamento de defesa, esclarecendo que a notificação não discriminava, de forma clara e precisa, os fatos geradores das contribuições devidas, recolhidas, confessadas e a recolher." (fl. 1.429) não procede, pois a Fiscalização elaborou o Relatório de Lançamento com informações sobre a apuração da base de cálculo e

também apresentou as informações sobre a exigência do crédito no Relatório da NFLD (fls. 18/445 e 713/723).

Diante do exposto, entendo que a Fiscalização apresentou o Relatório de Lançamentos com a informações sobre a composição de base de cálculo, o nome das pessoas que prestaram serviço e todas as informações necessárias ao lançamento do tributo. Portanto, em relação a este ponto, não percebo a existência de prejuízo para a defesa da contribuinte e nem a ocorrência de vício que pudesse macular o processo.

g) da ausência de planilhas demonstrativas

O Relator entendeu como vício o fato alegado pela contribuinte de que a equipe de auditores fiscais deveria ter produzido planilhas para demonstrar o montante dos salários incluídos nas folhas de pagamento, na GFIP, na DIRF, na RAIS, bem como os valores registrados na contabilidade, o montante pago, a base sobre a qual a empresa efetuou os recolhimentos e as diferenças apuradas.

Neste caso, observo que este entendimento não procede, pois a Fiscalização elaborou o Relatório de Lançamentos (fls. 18/445) no qual consta informações, no campo observações, sobre o nome do prestador de serviço e outras informações relevantes. Portanto, o Relatório de Lançamentos e o Relatório da NFLD apresentaram conteúdo demonstrando os elementos para apurar o crédito e efetuar o lançamento (fls. 18/445 e 713/723).

Vício Formal

Após analisar os motivos apontados pelo Relator para fundamentar as razões de decidir sobre a nulidade, percebe-se que alguns dos motivos elencados não passaram de erros e que não causaram prejuízo ao direito de defesa. Todavia, verificou-se que a Autoridade Fiscal não deixou totalmente claro quanto à apresentação pela empresa das folhas de pagamento por estabelecimento. Dessa forma, entendo que o fato de a Autoridade Fiscal não ter deixado claro esta situação causou preterição à defesa da contribuinte, configurando vício formal.

Por outro lado, não percebi a ocorrência de vício material, apesar de que no seu voto, o Relator, de forma genérica, decidiu que o "lançamento em apreço é eivado de vícios formais e materiais" (fl. 3.471), sem contudo apontar quais foram os vícios formais e materiais.

Diante do exposto e com base nos pontos analisados, entendo que houve apenas vício de natureza formal nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, não sendo constatado nenhum vício de natureza material. Portanto, entendo que o lançamento deve ser anulado por ocorrência de vício formal, aplicando-se ao caso o disposto do art. 173, II, da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (CTN).

Ademais, com base no § 2º, artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 06 de março de 1972, entendo que os autos devem retornar à Unidade de Origem para que sejam tomadas as providências que o caso requer.

Decisão

Processo nº 14474.000298/2007-71
Acórdão n.º **2202-005.401**

S2-C2T2
Fl. 3.529

Diante do exposto, voto por acolher, sem efeitos infringentes e de forma integrativa, os Embargos Inominados para corrigir as inexatidões demonstradas e também acolher os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para retificar o Acórdão nº 2403-002.055 embargado, com a prolação de novo Acórdão, para negar provimento ao recurso de ofício e dar provimento ao recurso voluntário para anular o lançamento por vício formal.

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia