



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

Processo nº 15586.002463/2008-13
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 2301-003.434 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de março de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ARCELOMITAL TUBARÃO COMERCIAL S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 31/12/2001 a 31/10/2007

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EMPRESA. PROCEDIMENTO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO.

No Auto de Infração deve haver a expressa fundamentação legal do arbitramento procedido, além de demonstrar de maneira clara e precisa a situação que motivou o uso do procedimento, nos termos da legislação.

A inobservância das formalidades legais na constituição do crédito tributário acarreta vedação ao direito de defesa do contribuinte. A violação dessas regras é vício insanável, configurando a sua nulidade.

Recurso de Ofício Negado

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Mauro Jose Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso de ofício em face de acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil e Julgamento no Rio de Janeiro que acolheu as alegações do contribuinte, lançadas em sua impugnação, para reconhecer a existência de nulidade formal no lançamento, exonerando o crédito tributário em sua totalidade.

2. Discute-se, no presente caso, crédito lançado pela fiscalização (DEBCAD nº 37.178.0322) referente às contribuições previdenciárias devidas, incidentes sobre o total das remunerações dos segurados contidas nas notas fiscais ou faturas de serviços, a cargo da empresa, destinadas ao financiamento da Seguridade Social e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), no período de 12/2001 a 10/2007.

3. No relatório de fls. 907/909, a autoridade fiscal informou que:

a) Solicitou ao contribuinte os contratos de prestação de serviços celebrados com terceiros, contratos de empreitadas e subempreitadas de obras de construção civil, as notas fiscais, faturas e recibos de mão de obra ou serviços prestados, os quais não foram integralmente apresentados, o que motivou a lavratura do auto de infração nº 37.199.5825;

b) Juntou ao auto de infração cópias dos documentos apresentados pelo contribuinte, cujos serviços prestados estão sujeitos à retenção de 11%, mas que não foi realizada, nem recolhida pelo mesmo;

c) A motivação do lançamento foi a falta de recolhimento da contribuição de 11% incidente sobre as notas fiscais e faturas dos serviços prestados ao contribuinte, que estão enquadrados dentre o relacionados no artigo 31, § 4º, da Lei nº 8.212/91, c/c o artigo 219, §§ 2º e 3º do RPS e com os artigos 145 e 146 e anexo III, da IN SRP nº 03/2005, estando sujeitos à retenção, quando executados mediante cessão ou empreitada de mão de obra;

d) Não integraram o auto de infração os serviços prestados ao contribuinte, relacionados no artigo 170 da IN SRP nº 03/2005, que versa sobre os serviços não sujeitos à retenção na construção civil;

e) A identificação das empresas prestadoras e dos serviços executados com cessão ou empreitada de mão de obra foi feita através da análise dos contratos e das notas fiscais apresentados pelo contribuinte, bem como pelas informações constantes dos arquivos digitais fornecidos pelo sujeito passivo;

f) Em relação ao levantamento de dados dos serviços prestados, a partir das informações digitais, fez se prejudicada a verificação da existência contratual de fornecimento de materiais ou utilização de equipamentos, bem como a discriminação de valores dos mesmos em nota fiscal ou fatura de prestação

de serviços, motivo pelo qual considerou como base de cálculo o valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços;

g) Discriminou nos anexos II, III e IV as empresas prestadoras de serviços, as notas fiscais, faturas e recibos com a data de emissão, os valores, a descrição e os contratos dos serviços prestados. No anexo V, correlacionou as empresas prestadoras de serviços identificadas pelo CNPJ e razão social, com o respectivo código de levantamento utilizado na apuração do débito. No anexo VI, apresentou a relação das empresas prestadoras de serviços que possuem empregados trabalhando continuamente dentro da CST.

4. Inconformado com a autuação, o sujeito passivo apresentou peça impugnatória, de fls. 2159/2185, através da qual contestou o lançamento do débito, alegando, em síntese, que:

a) Cumpriu o prazo para apresentação da defesa, logo, é tempestiva;

b) Requereu a prova pericial sob pena de cerceamento de defesa;

c) O CNPJ autuado pertence a uma empresa que tem sede em São Paulo e o nome refere-se a uma empresa que não mais existe, portanto, caberia a decretação da nulidade por vício formal, pois, não se consegue saber quem é o real sujeito passivo do crédito tributário;

d) A ARCELOMITTAL BRASIL S/A, incorporadora por cisão parcial da CST, e ARCELOMITTAL TUBARÃO COMERCIAL S/A, empresa que resultou do mesmo processo de cisão parcial, entendem que a incorporadora deve arcar e assumir eventuais passivos, portanto, apresentaram a impugnação, em conjunto, para evitar qualquer prejuízo de defesa;

e) Os diretores elencados no relatório REPLEG devem ser excluídos da autuação como corresponsáveis pelo débito;

f) Parte do Auto de Infração foi alcançado pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, por força da Súmula Vinculante STF nº 08/2008. Nem se diga que a hipótese é do artigo 173, I do CTN, pois, houve o pagamento ordinário das contribuições previdenciárias, mas, ainda que assim não fosse, a atividade do lançamento não se dá sobre o valor pago ou não, mas sobre o procedimento da atividade do contribuinte;

g) A retenção de 11% é mero dever instrumental, obrigação de fazer, para se eximir da responsabilidade solidária na contratação com cessão de mão de obra, mas aquela poderia ser dispensada, quando o prestador comprovasse o recolhimento prévio das contribuições. Ademais, em relação ao período não decadente, realizou os recolhimentos das retenções que eram devidas, mas os mesmos foram desconsiderados pela fiscalização, de maneira que juntou ao processo, DOC 06 a 10, requerendo a exclusão;

h) A fiscalização exigiu a retenção sobre contratos de serviços não incluídos na lista taxativa, sujeitos à retenção, bem como deixou de aplicar as hipóteses de redução das bases de cálculo;

i) A peça fiscal deve ser cancelada por absoluta falta de motivação, pois em momento algum a fiscalização elenca os fatos que levam a subsunção à norma. A motivação é elemento de validade do ato administrativo, assim, o ônus de provar que o serviço caracteriza-se como cessão de mão de obra é todo da fiscalização, mas em momento algum o relatório fiscal descreveu as atividades da contratada;

j) Ainda que a fiscalização entendesse que não deveria listar os motivos de cada contrato ou nota fiscal estarem enquadrados como cessão de mão de obra, pois estaria a arbitrar os valores pela suposta falta de apresentação de documentação, permaneceria a necessidade de cancelamento do crédito, ainda que formal, pois deixou de realizar e até mesmo citar os ditames do artigo 33, § 3º, da Lei 8.212/91;

k) Sem a fiscalização ou notificação do prestador de serviços não é possível dizer se há débito a pagar ou não, enfim, a obrigação instrumental não cumprida pode ensejar a solidariedade no pagamento do tributo (vez que os 11% são mera antecipação), mas para cobrança deste é preciso verificar se houve o recolhimento ordinário no prestador dos serviços;

l) Mesmo que os contratos configurassem a cessão de mão de obra, não significa que a falta de retenção faz nascer o dever de pagar um tributo, pois, do contrário, ter-se-ia como fato gerador desta contribuição um ato ilícito (a não retenção). Ato ilícito não gera tributo, não faz nascer a hipótese de incidência;

m) A fiscalização permaneceu um ano na empresa e o contribuinte teve 30 dias para se defender. Aquela simplesmente pegou uma listagem no computador e arbitrou o valor cobrado, aliás, sequer arbitrou, apenas aplicou 11% sobre os valores das notas fiscais. Sem prejuízo de demonstrar os demais contratos quando a autoridade fiscal assim entender, juntou alguns exemplos de insubsistência da fiscalização, através dos DOC 11 a 22;

5. Em 03/08/2009, foi solicitado, através da Resolução nº 12-225-12ª Turma da DRJ/RJ1, de fls. 4.327/4.329, a realização de diligência, a fim de que fossem fornecidos esclarecimentos adicionais, por parte da fiscalização e pelo contribuinte, sobre: a) processo de reestruturação da companhia, a não aplicação pela fiscalização da Súmula Vinculante nº 08 da STF, c) quais levantamentos foram efetuados com base na análise de contratos e notas fiscais e quais foram realizados com as informações em arquivos digitais.

6. No relatório de fls. 8.326/8.331, em resposta à diligência, a autoridade fiscal informou, em síntese, que:

a) Tinha conhecimento de que havia um processo de reestruturação da CST, mas que na data de 17/10/2008, quando intimou a empresa para apresentação de documentos, questionou sobre o seu andamento e foi informada de que não se havia concluído, por morosidade na Junta Comercial de Minas Gerais. Naquela ocasião recebeu do procurador da CST, procuração datada de 17/01/2008, constando como outorgante a Companhia Siderúrgica de Tubarão, com a logomarca da Arcelormittal;

b) Os nomes Arcelor Brasil, ArcelorMittal, AcelorMittal Tubarão e a logomarca ArcelorMittal apareciam em documentos da empresa, desde muito antes da reestruturação, fato que levou a fiscalização a indicar, no relatório fiscal, que o nome ArcelorMittal Tubarão era de fantasia;

c) Num prazo de 5 meses o nome da ArcelorMittal Tubarão Comercial S/A foi instituído, 29/02/2008, quando da cisão parcial da Veja do Sul S/A; foi extinto, em 30/06/2008, quando da incorporação total pela CST; e ressuscitado em 01/09/2008, quando da

cisão da CST, porém, nenhum destes documentos foram apresentados à fiscalização que se desenvolvia na empresa;

d) Até a emissão e entrega dos Autos de Infração, em 29/12/2008, a fiscalização não havia sido informada pela CST, da conclusão da sua reestruturação, motivo pelo qual não sabia que havia ocorrido a cisão parcial e alteração do nome para ArcelorMittal Tubarão Comercial S/A;

e) Considerou, sim, o teor da Súmula Vinculante STF nº 08/2008, razão pela qual se absteve de lançar os fatos geradores ocorridos entre 01/2000 a 11/2001, conforme autorizava o MPF, de fls. 892/893. Utilizou-se, no entanto, para contagem do prazo decadencial da regra contida no artigo 173, I do CTN, haja vista inexistirem quaisquer pagamentos feitos pelo contribuinte relativos ao lançamento em questão, referente aos serviços tomados com cessão de mão de obra;

f) Não havendo confissão de dívida ou qualquer pagamento em relação aos fatos geradores lançados, aplicou a regra do artigo 173, I do CTN, para fluência do prazo decadencial, considerando como marco final, a data de notificação ao contribuinte do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, em 06/11/2007;

g) A empresa apresentou na sua impugnação apenas 13 contratos, às fls. 3.924/4.315, e que esta relacionada nesta informação fiscal, representando somente parte dos serviços discriminados nos anexos II, III e IV integrantes do lançamento fiscal.

h) As guias de recolhimentos apresentadas na impugnação referem-se somente a uma parcela dos valores lançados, e, como não foi possível relacioná-los aos fatos geradores levantados, solicitou-se esclarecimentos através do TIF nº 1, após o que foi possível analisar a documentação juntada;

i) Procedeu à retificação dos valores autuados e elaborou as planilhas 1 a 4, de fls. 7.818/8.234, com a identificação das notas fiscais sobre as quais houve ou não recolhimento da contribuição de 11%. Na planilha 5, de fls. 8.235/8.325, colocou os valores a serem excluídos do lançamento.

7. O contribuinte se manifestou às fls. 8.357/8.406, em 01/08/2011, sobre os esclarecimentos prestados no relatório da diligência, reiterando o inteiro teor da defesa apresentada em 28/01/2009, de fls. 2.159/2.185, e, em adição, que:

a) A obrigação é *ex lege*, não cabendo dados fáticos que ficam apenas no campo das alegações, não comprovados;

b) A fiscalização autuou uma empresa que havia sido extinta antes mesmo do recebimento do Termo de Intimação Fiscal nº 1, o que torna necessário a imediata decretação da insubsistência formal da autuação, por não ter identificado corretamente o sujeito passivo do lançamento;

c) A data da autuação poderia ter sido comprovada a qualquer momento por meio de consulta ao endereço eletrônico da Junta Comercial do Estado do Espírito Santo;

d) Caso não se conclua pela anulação do auto de infração por vício formal entendeu o contribuinte que a ARCELORMITTAL BRASIL S/A é quem deve figurar no pólo

passivo da autuação substituindo a que consta atualmente. Consequentemente, os autos deveriam ser enviados para julgamento perante a DRF de Julgamento em Belo Horizonte, sede da incorporadora;

e) A homologação é da atividade procedural tendente a verificar a ocorrência da hipótese de incidência e a subsunção do fato à norma. A homologação não é do pagamento.

f) Absurdo o argumento de que o prazo decadencial se extingue com o início da fiscalização, ou seja, através das medidas preparatórias ao lançamento;

g) Requer seja decretada a extinção do crédito tributário no que se refere às parcelas anteriores a 12/2003, aplicando-se a regra do artigo 150, § 4º, do CTN, ou anteriores a 12/2002, caso se entenda pela aplicação do artigo 173, I do mesmo código;

h) Analisando os documentos juntados pelo contribuinte a fiscalização abateu os recolhimentos efetuados de maneira indevida, sem recompor a base de cálculo. Nos casos em que havia fornecimento de materiais e equipamentos deveria ter ajustado a base de cálculo;

i) A fiscalização desprezou os contratos juntados pelo contribuinte que demonstravam ser os serviços prestados de natureza diversa da cessão de mão de obra e que apresentavam equívocos na quantificação da base de cálculo;

j) Os contratos juntados na impugnação são apenas uma amostra para demonstrar a insubsistência da autuação, e de que houve o fornecimento de mercadorias e equipamentos, não considerados na apuração da base de cálculo;

k) Foram apresentadas guias que comprovam o recolhimento da retenção previdenciária, mas que não foram consideradas na retificação realizada;

l) Sem a notificação do prestador do serviço não é possível dizer se há débito a pagar ou não, em fim, a obrigação instrumental não cumprida pode ensejar a solidariedade no pagamento do tributo, mas para cobrança deste é preciso verificar se não houve o recolhimento ordinário no prestador dos serviços;

m) Requereu, por fim, dilação de prazo por 180 para juntada de documentos e maiores esclarecimentos.

8. Encaminhado os autos a DRJ/RJ, esta, como já mencionado alhures, julgou improcedente o lançamento, acolhendo as alegações da recorrente no tocante à existência de nulidade formal, restando o acórdão assim ementado (fls. 10.565/10.578)

*LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ARBITRAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA.
FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA. VÍCIO INSANÁVEL.
NULIDADE.*

A fundamentação legal que autoriza o lançamento por arbitramento é requisito essencial à sua validade, cuja ausência determina a nulidade do ato em decorrência de vício formal insanável.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

9. Nos termos do artigo 1º da Portaria MF nº 03, de 03 de janeiro de 2008, a Presidente Substituta da Turma de Julgamento interpôs recurso de ofício a este Conselho, sendo a relatoria a mim confiada.

10. É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

ADMISSIBILIDADE RECURSAL

1. O recurso de ofício foi respaldado pelo primeiro órgão julgador no art. 34 do Decreto 70.235/1972, no art. 366 do Regulamento da Previdência Social, abaixo colacionados:

DECRETO 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

“Art. 34. A autoridade de primeira instância recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) a ser fixado em ato do Ministro de Estado da Fazenda.(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada à infração denunciada na formalização da exigência.

§ 1º O recurso será interposto mediante declaração na própria decisão.

§ 2º Não sendo interposto o recurso, o servidor que verificar o fato representará à autoridade julgadora, por intermédio de seu chefe imediato, no sentido de que seja observada aquela formalidade.”

DECRETO 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999 – REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

“Art. 366. O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil recorrerá de ofício sempre que a decisão: (Redação dada pelo Decreto nº 6.224, de 2007).

I - declarar indevida contribuição ou outra importância apurada pela fiscalização; e (Redação dada pelo Decreto nº 6.224, de 2007).

II - relevar ou atenuar multa aplicada por infração a dispositivos deste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 6.224, de 2007).

§ 1º No caso de decisão de autoridade delegada, o recurso de ofício será dirigido, por intermédio do delegante, à autoridade

competente. (Renumerado com nova pelo Decreto nº 6.032, de 2007) (Revogado pelo Decreto nº 6.224, de 2007).

§ 2º O Ministro de Estado da Previdência Social poderá estabelecer limite abaixo do qual será dispensada a interposição do recurso de ofício previsto neste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

§ 2º O recurso de que trata o caput será interposto ao Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. (Redação dada pelo Decreto nº 6.224, de 2007).

§ 3º O Ministro de Estado da Fazenda poderá estabelecer limite abaixo do qual será dispensada a interposição do recurso de ofício previsto neste artigo. (Incluído pelo Decreto nº 6.224, de 2007)."

2. A interposição de recurso de ofício pelas Turmas de Julgamento das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) sofreu modificação, conforme o artigo. 1º da Portaria MF 03/2008:

Portaria MF 3, de 3 de janeiro de 2008

DOU de 7.1.2008

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo."

3. Verifico que o valor apurado inicialmente pela fiscalização foi de R\$ 86.267.458,45 (oitenta e seis milhões, duzentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e quarenta e cinco centavos), conforme se observa do relatório fiscal de fls. 907/909, sendo o crédito exonerado em sua totalidade, sucumbindo, assim, a Fazenda Nacional em valor superior ao valor de alçada estipulado pela legislação de regência do recurso de ofício.

4. Assim, conheço do recurso de ofício, visto que o mesmo atinge o valor de alçada de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), estipulado pela Portaria MF 03/2008.

DA NULIDADE DO LANÇAMENTO

5. No que diz respeito ao mérito, entendo que deve prevalecer incólume o acordão vergastado que anulou o Auto de Infração de contribuições previdenciárias por vício insanável decorrente da ausência da expressa fundamentação para o arbitramento.

6. Isso porque, não comungo inteiramente com a tese daqueles que defendem que a invalidade processual há de ser entendida como uma sanção e somente será aplicada caso se constate a presença do binômio defeito e prejuízo.

7. Com efeito, o princípio *pas de nullité sans grief* tem a sua aplicação com evidente propriedade ao processo civil, que serve para tutelar o interesse privado das partes, o qual possui como objetivo maior assegurar a utilidade do resultado alcançado ao final da demanda. Enquanto que no processo administrativo fiscal, diferentemente daquele, busca-se

com maior ênfase assegurar o controle da legalidade do ato administrativo, bem como determinar a certeza e a liquidez do crédito tributário.

8. A partir daí, verifica-se que o prejuízo é perfeitamente presumível, sendo desnecessário valorizar em demasia a eventual avaria causada pelo ato atípico. É bom ter em mente que, partindo-se da premissa de que o controle de legalidade deve ser feito pela administração pública, um ato eivado de nulidade irá ocasionar inevitavelmente um prejuízo, pois, desde logo, macula o princípio do contraditório estabelecido pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, partindo então para a seara do interesse público.

9. Sobre o controle de legalidade, que deve ser o objetivo maior do processo administrativo tributário, merecem destaque as considerações de Troianelli (2000):

"Tratando-se o processo administrativo fiscal, essencialmente uma forma de controle, pela Administração Pública, da legalidade de seus próprios atos, é condenável o antigo hábito, já denunciado por Hely Lopes Meirelles e levado ao extremo pelas alterações efetuadas pela Lei no 87748/93 no Decreto no 70235/72, de "judicializar" o processo administrativo tributário, como se fosse a função desse resolver litígios, e não buscar elementos que façam transparecer a verdade material, a verdade real nos fatos, a única capaz de conduzir o processo administrativo tributário ao seu verdadeiro fim, que é o de controlar os atos praticados pela administração no exercício da atividade de lançamento tributário. Se dirimir conflitos, e de forma terminativa, é função do processo judicial, é quase intuitivo que essa não possa ser a função do processo administrativo, sob a pena de absoluta inutilidade deste último."

10. Evidentemente que o processo administrativo fiscal permite a simplificação na busca da justiça tributária e não estou aqui a negar o festejado princípio da instrumentalidade das formas, mas não se pode afastar como garantia mínima, a segurança jurídica na relação entre o contribuinte e a Administração Pública.

11. Urge destacar que, com a revisão dos atos praticados pela Administração, busca-se exatamente a verdade material. Para Cabral (1993, p. 21), "o processo não tem por função atuar no interesse de uma ou outra parte e sim no interesse de ambas".

12. Nesse sentido, Carvalho e Murgel (1999, p. 29) entendem que ambas as partes, Fazenda e Contribuinte, devem buscar a verdade material, ficando a verdade formal em segundo plano. Segundo os mesmos autores, outra função primordial do processo administrativo seria buscar a paz jurídica entre ambos, de tal forma que, alcançada a verdade material, não haja mais interesse de qualquer das partes acionar o Poder Judiciário.

13. Não é demais falar que, ao se efetuar a revisão dos atos de lançamento fiscal, evitar-se-á o ajuizamento pela Fazenda de créditos indevidos ou equivocados que, mais tarde, poderão levar a gastos com custas processuais e honorários advocatícios.

14. No caso concreto, é possível considerar, ainda, que o ato não logrou êxito em atingir sua finalidade, pois em momento algum o relatório fiscal ou seus anexos trouxeram a fundamentação fática e legal de que o contribuinte foi submetido ao procedimento de arbitramento do débito, medida necessária por se tratar de método excepcional de aferição do tributo devido, inclusive com a inversão do ônus da prova para o contribuinte.

15. Considero ainda que, além de não constar dos autos a expressa fundamentação legal do arbitramento adotado na ação fiscal, outro erro foi destacado no acórdão guerreiro como causa para a nulidade do lançamento do débito, qual seja a ausência de demonstração clara e precisa da situação que motivou a adoção do procedimento de arbitramento, nos termos da legislação de regência da matéria (art. 33, §3º, da Lei nº 8.212/91).

16. Ressalto, outrossim, que o contribuinte foi diligente ao apresentar guias de recolhimentos e contratos por amostragem, apontando faltas na identificação dos fatos geradores e na apuração da base de cálculo, corroborando, assim, a existência de vício insanável para o arbitramento.

17. Ademais, não se pode abandonar o conceito de que o relatório fiscal é parte integrante do ato constitutivo do lançamento e serve para demonstrar de forma clara e precisa todos os procedimentos e critérios adotados pela fiscalização, devendo por isso mesmo observar as regras estabelecidas no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN e art. 37 da Lei nº 8212/91.

18. É dizer: a autoridade lançadora tem o dever de informar à empresa fiscalizada que arbitrará o tributo que reputar devido, ante a constatação de que as informações e documentos necessários ao desenvolvimento da auditoria encontram-se deficientes, cabendo ainda demonstrar expressamente os motivos que ensejaram o emprego de tal procedimento, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção e possibilitar a ampla defesa do contribuinte e o controle de legalidade pelo julgador administrativo.

19. E a inobservância da formalidade legal na lavratura do ato acarreta preterição do direito de defesa do contribuinte, causa de nulidade por vício insanável ante a patente visualização da hipótese trazida no art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, como bem restou asseverado no acórdão ora guerreiro (fl. 10.575):

27. A fiscalização deve mencionar o procedimento adotado e o dispositivo legal que lhe amparou o emprego do procedimento de arbitramento, para que o contribuinte possa exercer plenamente o seu direito de defesa, orientando suas razões e indicando os pontos de discordância como lhe exige o artigo 16, III, do Decreto nº 70.235/72. A irregularidade detectada na presente atuação conduziu ao cerceamento do direito de defesa do contribuinte e enseja a declaração de nulidade do lançamento, com fulcro no artigo 59, II, do Decreto nº 70.235/72.

20. Não obstante isso, a jurisprudência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é uníssona sobre o tema:

NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável. Processo anulado.(Recurso nº 149.178 – 5ª Câmara – Acórdão nº 20501.531, 04/02/2009)

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE APOSENTADORIA ESPECIAL. AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL.

NULIDADE. A ausência do fundamento de direito que autoriza o procedimento de arbitramento, determina a nulidade do lançamento em decorrência de vício formal insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/91, /c artigo 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72. Processo Anulado. (Recurso nº 251.118 –6ª Câmara – Acórdão nº 20601.851, 05/02/2009)

NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito -FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72.

RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar, de forma clara e precisa, todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório. Omissões ou incorreções no Relatório Fiscal, relativamente aos critérios de apuração do crédito tributário levados a efeito por ocasião do lançamento fiscal, que impossibilitem o exercício pleno do direito de defesa e contraditório do contribuinte, enseja a nulidade da notificação. Processo Anulado. .(Recurso nº 245.059 –6ª Câmara – Acórdão nº 20600.295, 12/12/2007)

CONCLUSÃO

21. Pelo acima exposto, meu voto é por CONHECER do recurso de ofício, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, para manter a nulidade por vício formal, tal como corretamente declarada no acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator