



Processo nº 19515.003358/2009-69
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-009.115 – CSRF / 2^a Turma
Sessão de 25 de setembro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CONSTRUTORA LIX DA CUNHA S/A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 25/08/2009

JULGAMENTO EXTRA PETITA. LIMITES DO PRINCIPIO DA DEMANDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DILIGÊNCIAS.

Não há que se falar em julgamento extra petita quando apontado pelo julgador ponto que macule a existência do auto de infração e leve ao seu cancelamento.

Do mesmo modo, observada a deficiência do auto de infração em condição que macule sua existência, tal fato não permite convalidação. De modo que não é necessário ao julgador promover diligências para constituição do auto de infração quando desde o início observada a sua inadequação material.

NULIDADE. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DO FATO GERADOR.

A falta de demonstração clara e inequívoca da constituição do fato gerador enseja a declaração de vício material.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas quanto à conversão do julgamento em diligência e, no mérito, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Redatora *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Paula Fernandes (Relatora), Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, João Victor Ribeiro Aldinucci, Maurício Nogueira Righetti, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Tendo em vista que a Relatora original não mais integra o CARF, a Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz foi designada Redatora *ad hoc* pela Presidente da Turma, para formalização do acórdão, conforme a minuta depositada no diretório corporativo do CARF.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial motivado pela Fazenda Nacional face ao acórdão 2803-003.201, proferido pela 3ª Turma Especial / 2ª Seção de Julgamento.

O crédito decorre do Auto de Infração (DEBCAD no 37.164.755-0), lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória prevista no artigo 32, inciso IV e parágrafo 3º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.528, de 10/12/1997, e no artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo em vista que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fls 05, empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nas competências 01/2004 a 13/2004. A multa aplicada é correspondente ao valor de R\$ 86.396,70, (oitenta e seis mil e trezentos e noventa e seis reais e setenta centavos), valor este consolidado em 25/08/2009.

O Contribuinte apresentou impugnação, às fls. 57/66.

Em 10/06/2010, a DRJ, no acórdão nº 16-25.657, às fls. 383/390, julgou improcedente a impugnação do Contribuinte.

Em 14/04/2014, a 3ª Turma Especial da 2ª Seção de Julgamento, às fls. 412/421, exarou o Acórdão nº 2803-003.201, **DANDO PROVIMENTO** ao Recurso Ordinário interposto pelo Contribuinte. A Decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 25/08/2009

DIVERGÊNCIA ENTRE O RELATÓRIO FISCAL E O ACÓRDÃO A QUO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ESSÊNCIAS À TRIBUTAÇÃO. TAIS COMO: OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DO PAGAMENTO QUANDO DA ENTREGA DA GFIP INICIAL E DA OCORRÊNCIA DO PAGAMENTO REDUZIDO QUANDO DA ENTREGA DA GFIP RETIFICADORA.

Recurso Voluntário Provido.

Em 25/06/2014, às fls. 422/441, a Fazenda Nacional interpôs **Recurso Especial**, arguindo divergência jurisprudencial acerca da seguinte matéria: 1. **julgamento extra petita não condizente com o pedido feito pelo contribuinte**. Segundo a União, ao analisar matéria não requerida no pedido pela contribuinte, o qual impugnou acerca do prazo para contagem do prazo decadencial, procedeu a e. Turma *a quo*, a julgamento extra petita, configurando divergência em relação ao Acórdão 930301.705 proferido pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos

Fiscais- CSRF. 2. **Conversão do julgamento em diligência**. Requereu a União, na hipótese de ser constatado erro na apuração da matéria tributável, seja promovida a retificação do lançamento. Assim, na hipótese de ser possível a conversão do julgamento em diligência e em divergência ao entendimento exposto, deve ser preferida a diligência e a revisão do lançamento fiscal, em lugar do cancelamento da autuação. Ressaltou, ainda, que, conforme dispositivo do acórdão recorrido, o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima votou pela conversão do julgamento em diligência. 3. **Nulidade do lançamento fiscal por vício**. Afirmou, ainda, ser competência do CARF o pronunciamento acerca da classificação da nulidade, bem como que, no caso em que o sujeito passivo compreende as infrações que lhe foram imputadas, não se configura cerceamento de defesa. Assim, há que se reconhecer a nulidade por vício formal. Citou os acórdãos configuradores da divergência apontada, proferidos pela 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Terceira Seção do CARF no Acórdão 3102001.748 e pela antiga Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes no Acórdão 104-20.731, em que foi declarada a ocorrência de vício formal.

Ao realizar o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial interposto pela União, às fls. 442/451, a 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, **DEU SEGUIMENTO** ao recurso, restando admitida a divergência em relação à seguinte matéria: 1. **julgamento extra petita não condizente com o pedido feito pelo contribuinte**; 2. **conversão do julgamento em diligência**; e 3. **Nulidade do lançamento fiscal por vício**.

Cientificado do Acórdão e da admissibilidade do Recurso Especial da União, à fl. 454, o Contribuinte manteve-se inerte.

Os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, Redatora *ad hoc*.

DO CONHECIMENTO

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

DO MÉRITO

O crédito decorre do Auto de Infração (DEBCAD no 37.164.755-0), lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória prevista no artigo 32, inciso IV e parágrafo 3º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei 9.528, de 10/12/1997, e no artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo em vista que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fls 05, empresa

apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nas competências 01/2004 a 13/2004. A multa aplicada é correspondente ao valor de R\$ 86.396,70, (oitenta e seis mil e trezentos e noventa e seis reais e setenta centavos), valor este consolidado em 25/08/2009.

O Acórdão recorrido deu provimento ao Recurso Ordinário.

O Recurso Especial, apresentado pela Fazenda Nacional trouxe para análise a seguinte divergência: 1. julgamento extra petita não condizente com o pedido feito pelo contribuinte; 2. conversão do julgamento em diligência; e 3. nulidade do lançamento fiscal por víncio.

1. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CONDIZENTE COM O PEDIDO FEITO PELO CONTRIBUINTE; 2. PEDIDO SUBSIDIÁRIO - conversão do julgamento em diligência;

Aduz a União que decisão ora recorrida cancelou o lançamento por entender que “o fisco não se desincumbiu de provar a existência do crédito, com a ocorrência do fato gerador e nascimento da obrigação tributária, nos termos do artigo 333, I, da Lei 5.869/73, bem como do artigo 9º e 10, do Decreto 70.235/72, e, ainda, do artigo 37, da Lei 8.212/91 c/c o 243, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, que lhe permitia promover a constituição do crédito pelo lançamento.”

Contudo, alega que conforme visto no pedido do recurso voluntário, a contribuinte se opôs acerca do prazo para contagem da decadência, defendendo a aplicação do art. 150, §4º do CTN, e afastando o art. 173, inc. I do CTN.

Pois bem, a insurgência da Fazenda Nacional tem fundamento no entendimento de que o julgador deve decidir a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, não lhe sendo permitido perquirir fatos não alegados nem provados por elas.

Citou em sua defesa o princípio dispositivo e o da demanda. Segundo o princípio do dispositivo, preserva-se o livre arbítrio das partes na determinação das ações que elas pretendem litigar. Conforme o princípio da demanda, define-se e limita-se o poder de iniciativa do juiz com relação às ações efetivamente ajuizadas pelas partes.

Deste modo, a Fazenda Nacional requer a revisão do recorrido, pois não poderia o julgador de ofício ter aplicado a nulidade do auto de infração. Sendo desnecessária e ilegal a anulação do presente lançamento, bastando-se sua revisão pela autoridade julgadora, excluindo-se os valores indevidos, até mesmo em sede de execução do julgado, para sanar eventuais equívocos na determinação da matéria tributável.

Entendo aqui que embora a fundamentação dada no recurso especial este pleito não deve prosperar. A meu ver as nulidades do auto de infração pode ser suscitadas de ofício pelo julgador ou pelo colegiado, não tendo aqui como se falar em julgamento extra petita.

Quando se fala em nulidade, não há que se falar de preclusão do direito das partes em suscitá-la, quanto menos falta do direito do julgador em aponta-la.

Quanto ao pedido subsidiário de diligência, entendo este como desnecessário, pois embora as alegações da União quanto a diferença entre motivo e deficiência de fundamentação, vejamos:

Com efeito, não há que se confundir falta de motivo com falta ou **deficiência de fundamentação/motivação**. A falta de motivo equivale à inexistência do próprio pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Já a deficiência na motivação diz respeito a vicissitudes na **externalização** dos motivos, na expressão textual das situações de fato que levaram o agente à manifestação de vontade.

No caso em debate, o voto condutor é veemente ao afirmar que **a contribuinte entendeu as infrações apontadas, tendo havido deficiência quanto à aferição da matéria tributável**. Reconheceu-se, portanto, que a **motivação do ato administrativo encontrava-se deficiente, pois motivação compreende os fundamentos fáticos e jurídicos**. Com efeito, se os **fundamentos fáticos estavam deficientes, dificultando a aferição da matéria tributável**, trata-se de deficiência na motivação e não ausência de motivo, eis que as infrações ocorreram e foram compreendidas pela contribuinte.

Requeru a União, na hipótese de ser constatado erro na apuração da matéria tributável, seja promovida a retificação do lançamento. Assim, na hipótese de ser possível a conversão do julgamento em diligência e em divergência ao entendimento exposto, entende ela que deve ser preferida a diligência e a revisão do lançamento fiscal, em lugar do cancelamento da autuação.

Contudo tal premissa não procede, observada a deficiência do auto de infração em condição que macule sua existência, tal fato não permite convalidação. De modo que não é necessário ao julgador promover diligências para constituição do auto de infração quando desde o início observada a sua inadequação material.

3. NULIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL

Como disse anteriormente não se trata de julgamento extra petita quando for observada a nulidade por parte do julgador capaz de invalidar o lançamento fiscal.

Para o melhor deslinde da questão é importante observar a questão de prova bem delimitada e decidida pelo acórdão do colegiado *a quo*:

O Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC – AI, e fls. 23 a 25, apenas informa no item 4, segundo parágrafo, o que a seguir transcrevo.

O presente lançamento está sendo efetuado com base nos valores da folha de pagamento da empresa e os valores lançados não foram declarados em GFIP — Guia de Recolhimento de FGTS e Informações à Previdência Social.

Ou seja, o REFISC é de uma singeleza e parcimônia absoluta e não traz as justificativas do lançamento, nem se quer cita a ocorrência da apresentação de

GFIP's retificadoras e a supressão de informações de GFIP apresentadas anteriormente as supostas GFIP retificadoras. Desta forma, a matéria tributável não está devidamente demonstrada e muito menos a ocorrência do fato gerador pela existência de diferenças e existência de divergência de informações.

Aliás, ainda, que tenha havido a apresentação de GFIP para a competência XX/XXXX com base de cálculo de R\$ 100.000,00 e depois seja está retificada na competência XX+2/XXXX+1, com base de cálculo de 30.000,00, com a retificadora na versão 8.0 em diante, isso não implica necessariamente em pagamento a menor, pois é de se esperar que o pagamento da GFIP na competência original já tenha ocorrido e naquela foi declarado o total da remuneração e das contribuições ou pelo menos tem a primitiva GFIP, base de cálculo maior do que a suposta retificadora.

Só para constar a versão do SEFIP 8.3 passou a ser exigida apenas em 12/2006, ou seja, mais de dois anos após a primeira competência lançada e com dois anos em relação a última competência lançada.

A simples retificação com redução da base de cálculo, não implica necessariamente em ausência de pagamento, quando da apresentação da primeira GFIP, isto é, a GFIP da competência, pois tal pagamento pode ter ocorrido, necessário se faz verificar a situação caso a caso, junto ao sistema de cobrança e controle da instituição, devendo tal circunstância estar demonstrada nos autos.

Nas planilhas, de fls. 344 a 348, Anexo I – Relação dos Empregados não incluídos em GFIP, da comparação com a própria GFIP juntada aos autos pela recorrente, relativamente para a competência 03/2004, todos os trabalhadores listados na planilha estão na relação de trabalhadores da GFIP, ou seja, não se verifica a omissão suscitada.

Quanto a planilha Construtora Lix da Cunha S/A – Contribuinte Individual, de fls. 349 e 350, não se observa esses trabalhadores na GFIP, da competência 03/2004. A Fazenda Nacional argumenta que das situações exigidas pelo art. 60 para fins de nulidade tiveram lugar nestes autos: nem houve cerceamento de defesa, nem tampouco as decisões foram proferidas por autoridade incompetente. Em verdade, a defesa do autuado foi exercida plenamente, e, mesmo que assim não fosse, consoante os dizeres do voto vencido, *"não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados"*.

Nas planilhas, de fls. 351 a 359, Anexo I – Relação dos Empregados não incluídos em GFIP, da comparação com a própria GFIP juntada aos autos pela recorrente, relativamente para a competência 03/2004, todos os trabalhadores listados na planilha estão na relação de trabalhadores da GFIP, ou seja, não se verifica a omissão suscitada.

Por outro lado, verifica-se das GFIP's, de fls. 89 a 199, para o estabelecimento 46.014.635/0001-49, que estão ausentes as GFIP's das competências 01/2004 e 02/2004.

No que tange as GFIP's supramencionadas, verifiquei que na competência 03/2004, ocorre a seguinte discrepância.

A capa da GFIP está com - cód. Rec. 908; Protocolo de Envio com cód. Rec. 908 e o corpo da GFIP com cód. Rec. 155, o que demonstra que os documentos não têm relação um com o outro. Para as GFIP's do estabelecimento 46.014.635/0003-00 estão ausentes as GFIP's de 01/2004 e 02/2004

Entendo, que o fisco não se desincumbiu de provar a existência do crédito, com a ocorrência do fato gerador e nascimento da obrigação tributária, nos termos do artigo 333, I, da Lei 5.869/73, bem como do artigo 9º e 10, do Decreto 70.235/72, e, ainda, do artigo 37, da Lei 8.212/91 c/c o 243, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, que lhe permitia promover a constituição do crédito pelo lançamento.

Assim com esses esclarecimentos deixo de analisar todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente.

A Fazenda Nacional requer que caso mantida a nulidade esta seja declarada de ordem formal, a fim de permitir seu relançamento. Não assiste razão neste caso a Recorrente Fazenda Nacional, o prejuízo a meu ver não é requisito inerente a declaração de nulidade, mas sim o alcance da arbitrariedade na lavratura de auto de infração desconforme a legislação.

No caso em apreço houve falha da fiscalização na correta demonstração do fato gerador, **devendo ser mantida a decisão do acórdão recorrido no sentido da improcedência do lançamento fiscal.**

Em face ao exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional para no mérito dar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz (voto de Ana Paula Fernandes)