



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 19515.722417/2011-16
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-004.332 – 2ª Turma
Sessão de 23 de agosto de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CTEEP - COMPANHIA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PAULISTA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARQUIVOS DIGITAIS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES EM MEIO DIGITAL EM DESCONFORMIDADE COM NORMAS ESTIPULADAS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL EQUIVOCADA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

O Recurso Especial de Divergência somente poderá ser conhecido quando caracterizado que perante situações fáticas similares os colegiados adotaram decisões diversas em relação a uma mesma legislação.

Recurso Especial do Procurador Não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em Exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

O Auto de Infração - AI nº DEBCAD 51.016.204-5, foi lavrado em desfavor do contribuinte por descumprimento de obrigação acessória, que vem definida na legislação tributária, porque a empresa comprovadamente utilizava sistema eletrônico de processamento de dados, sendo obrigada a prestar as informações de folhas de pagamento e as de natureza financeira no leiaute do Manual Normativo de Arquivos Digitais - Manad - Versão 1.0.0.1, aprovado pela Portaria MPS/SRP nº 58, de 28/01/2005, para o período de 01/01/2005 a 31/05/2006, e no leiaute do Manad - Versão 1.0.0.2, aprovado pela IN MPS/SRP nº 12, de 20/06/2006, para o período de 01/06/2006 a 11/12/2009. Destarte, apresentou os arquivos digitais com inconsistências e incorreções no que concerne às informações relativas às folhas de pagamento do período de 01/2006 a 12/2006, referentes às remunerações dos segurados empregados, menores aprendizes, diretores e conselheiros não empregados.

De acordo com o relatório fiscal, o dispositivo legal infringido foi o art. 11, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.218/91 e a multa aplicada foi calculada nos termos do art. 12, II, e parágrafo único, da mesma lei, no valor equivalente a 5% do valor da operação correspondente, limitada a 1% da receita bruta no período.

A autuação foi considerada procedente por decisão da 11ª Turma da DRJ em São Paulo/SP I, consubstanciada no Acórdão nº 16-39.086, de fls. 23.917/23.946. De tal decisão o contribuinte recorreu a este Conselho.

Em sessão plenária de 15/05/2013, foi dado provimento ao recurso voluntário prolatando-se o Acórdão nº 2402-003.573 (fls. 24.655/24.661), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES MAGNÉTICAS EM DESCONFORMIDADE COM AS NORMAS ESTABELECIDAS PELA RFB. MULTA CALCULADA COM BASE NA LEI Nº 8.218/91. FUNDAMENTO LEGAL EQUIVOCADO.IMPOSSIBILIDADE.

Não há qualquer razão em se aplicar a multa prevista no art. 12, inc. II, da Lei nº 8.218/91 (que trata essencialmente sobre PIS e COFINS), quando se está tratando de contribuições previdenciárias (e respectivos deveres instrumentais), tendo em vista que estas possuem legislação específica.

Recurso Voluntário Provido.

A decisão foi registrada nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade da autuação por vício material.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN foi cientificada do acórdão em 05/07/2013, (fls.24.662) e ofereceu o recurso especial em análise (fls. 24.663/24.685). Ao Recurso Especial foi dado seguimento parcial, conforme o Despacho de Exame de Admissibilidade às fls.24.688/24.690 e o respectivo Despacho de Reexame de Admissibilidade, fls. 24.691.

Importante destacar que a única matéria devolvida a este colegiado, por meio do Recurso Especial da Fazenda Nacional, diz respeito à nulidade da autuação por erro na capitulação legal da infração. A segunda divergência apontada pela recorrente, acerca da qualidade do vício que maculou o lançamento, não preencheu os requisitos de admissibilidade quanto à apresentação de julgados paradigmas.

A recorrente traz como alegações:

- Que acórdão recorrido ao entender que eventual equívoco na indicação do fundamento legal do instrumento que subsidia a autuação é por si só causa de nulidade, diverge frontalmente da jurisprudência do CARF.
- Que, de forma contrária, os paradigmas afirmam que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração não é causa suficiente para provocar a nulidade do lançamento.
- Requer o provimento do recurso especial para reformar o acórdão recorrido, restabelecendo-se o lançamento em sua integridade.

As contrarrazões do Contribuinte apresentam os seguintes argumentos (fls.24.701/24.748):

- A inexistência de divergência jurisprudencial acerca da matéria - nulidade total do lançamento por capitulação equivocada - porque os paradigmas apresentados não guardam relação com a matéria em discussão, já que o lançamento se deu em função de erro no preenchimento do MANAD e os paradigmas tratam de imposto de renda pessoa jurídica- IRPJ.
- Que o acórdão recorrido trata da nulidade por vício material, uma vez que a multa aplicada consta de legislação que não versa sobre contribuições previdenciárias e suas obrigações acessórias, enquanto a jurisprudência mencionada pela Fazenda Nacional fala em nulidade por erro na capitulação legal.
- Que a jurisprudência do CARF é no sentido de que o vício material enseja a nulidade do lançamento.
- Que a autuação é nula, porquanto foi embasada em capitulação legal totalmente diversa da aplicável, que deveria ser específica de obrigações acessórias, resultando em vício insanável.
- Discorre sobre a nulidade que envolveu a autuação e ao vício material relativo à normas jurídicas aplicáveis ao caso.

- Diz que o Fisco utilizou capitulação equivocada para aplicar uma multa milionária ao sujeito passivo, uma vez que tinha conhecimento da regra específica.
- Que a legislação aplicada, qual seja, a Lei n.º 8.218/91, art. 12, inciso II é anterior à criação do MANAD, e possui caráter genérico, não podendo ser aplicada ao descumprimento de obrigações acessórias em matéria previdenciária, que possui legislação específica, Lei n.º 8.212/91.
- Que existindo divergência na Receita Federal quanto à aplicação da penalidade a ser imposta ao contribuinte relativa a supostos erros de preenchimento no MANAD, a controvérsia deveria ser solucionada nos termos do CTN, art. 112.
- Que as penalidades previstas na Lei n.º 8.218/91, referem-se às Contribuições para a Seguridade Social -COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto de Renda, não guardando relação com as aqui debatidas contribuições previdenciárias.
- Alega que multa aplicável ao caso é a prevista na Lei n.º 8.212/91, devendo ser mantida a decisão recorrida que deu provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo, determinando a nulidade da autuação.
- Discorre também sobre o valor elevado da multa e seu caráter confiscatório, dizendo que na hipótese da reforma do Acórdão recorrido, a multa deve ser limitada ao valor máximo de R\$ 161.710,08, nos termos dos arts.32 e 92 da Lei n.º 8.212/91.
- Por fim, requer o não provimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, mantendo-se o acórdão atacado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O Recurso Especial interposto pelo Procurador é tempestivo, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial S/N, de 03/11/2014, a fls. 24688/24690.

Quanto ao conhecimento, entendo necessário apreciar de forma mais detida, uma vez os argumentos trazidos pelo sujeito passivo em sede de contrarrazões, quanto ao não conhecimento:

Da análise dos autos, se vê que em julgamento de segunda instância a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF deu provimento ao Recurso Voluntário, declarando a nulidade da autuação por vício material, devido a erro na capitulação legal da infração cometida.

Transcrevo a seguir, os fundamentos adotados no julgado:

[...]

Nesse sentido, analisando os autos, entendo que estamos diante de um caso de vício material, assistindo razão à recorrente quando sustenta a nulidade da autuação em razão de capitulação equivocada.

Conforme se verifica no Relatório Fiscal (fls. 23621/23622), em virtude do procedimento de fiscalização, foi lavrado o presente auto de infração, exigindo da Recorrente multa por não ter atendido a forma estabelecida pela RFB para apresentação de informações em meio digital.

De acordo com o item I do Relatório Fiscal, a conduta infratora da Recorrente foi caracterizada em virtude do desatendimento dos padrões estabelecidos na Portaria MPS/SRP nº 58/2005 e Instrução Normativa MPS/SRP nº 12/2006, nos seguintes termos:

“A empresa, quando comprovadamente utilizar sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigada a prestar as informações de folha de pagamento e as de natureza financeira no leiaute do Manual Normativo de Arquivos Digitais – Manad – Versão 1.0.0.1, aprovada pela Portaria MPS/SRP nº 58, de 28/01/2005, para o período de 01/01/2005 a 31/05/2006, e no leiaute do Manad – Versão 1.0.0.2, aprovada pela IN MPS/SRP nº 12, de 20/06/2006, para o período de 01/06/2006 a 11/12/2009.

A infração ocorre nos casos em que, atendida a forma prevista para apresentação das informações em meio digital estabelecida pela RFB, for constatado que as informações não são íntegras,

isto é, não correspondem ao valor real das operações escrituradas, seja por omissões, seja por incorreções.

Intimada a apresentar informações da folha de pagamento (bloco K) e da contabilidade (bloco I), em meio digital e no padrão Manad, [...] a empresa, dentro do prazo estabelecido no Termo de Início de Procedimento Fiscal, entregou em 19/03/2010 arquivo digital no leiaute da versão 1.0.0.2 do Manad, com informações incorretas das folhas de pagamento de 01 a 12/2006 em relação às remunerações dos empregados, menores aprendizes, diretores e conselheiros, não empregados

[...]. Diversos outros arquivos foram gerados pela empresa, analisados e, por persistirem as inconsistências, não foram sequer recebidos por esta fiscalização.”

Como se pode ver na aludida Portaria MPS/SRP nº 58/2005 e na IN MPS/SRP nº 12/2006, estas estabelecem os procedimentos para apresentação dos referidos arquivos digitais, nos padrões estabelecidos, respectivamente, nas versões 1.0.0.1 e 1.0.0.2 do Manad.

Não há dúvidas de que os referidos atos normativos encontram respaldo no art. 32, inc. III, da Lei nº 8.212/91 e art. 8º da Lei nº 10.666/03, que assim especificam:

“Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

III – prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de seu interesse, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”

“Art. 8º A empresa que utiliza sistema de processamento eletrônico de dados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária é obrigada a arquivar e conservar, devidamente certificados, os respectivos sistemas e arquivos, em meio digital ou assemelhado, durante dez anos, à disposição da fiscalização.”

Como é cediço, nos termos do art. 92 da Lei nº 8.212/91, a infração a qualquer dispositivo da Lei nº 8.212/91, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, será verificada na forma que dispuser o Regulamento da Previdência Social – RPS.

Nesse sentido, assim prevê o art. 283, inc. II, alínea “j”, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

(...)

j) deixar a empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça ou o titular de serventia extrajudicial, o síndico ou seu representante, o comissário ou o

*liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial, de exibir os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento **ou apresentá-los sem atender às formalidades legais exigidas** ou contendo informação diversa da realidade ou, ainda, com omissão de informação verdadeira; (...)*

Constata-se, portanto, que no âmbito das contribuições previdenciárias, há penalidade específica para a apresentação de documentos que não atendem as formalidades exigidas.

Entretanto, em que pese a fiscalização ter apurado que as informações apresentadas pela Recorrente estavam em desconformidade com os padrões estabelecidos na Portaria MPS/SRP nº 58/2005 e na IN MPS/SRP nº 12/2006, a multa imposta tomou como base o art. 11, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.218/91, com a redação dada pela MP nº 2.15835/ 01, tendo sido calculada com base no art. 12, inc. II e parágrafo único da Lei nº 8.218/91, que assim prescrevem:

“Art. 11. As pessoas jurídicas que utilizarem sistemas de processamento eletrônico de dados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, ficam obrigadas a manter, à disposição da Secretaria da Receita Federal, os respectivos arquivos digitais e sistemas, pelo prazo decadencial previsto na legislação tributária. (Redação dada pela Medida Provisória nº 215835, de 2001) (Vide Mpv nº 303, de 2006) (...)

§ 3º A Secretaria da Receita Federal expedirá os atos necessários para estabelecer a forma e o prazo em que os arquivos digitais e sistemas deverão ser apresentados. .(Incluído pela Medida Provisória nº 215835, de 2001)

§ 4º Os atos a que se refere o § 3º poderão ser expedidos por autoridade designada pelo Secretário da Receita Federal.

(Incluído pela Medida Provisória nº 215835, de 2001)”

“Art. 12 A inobservância do disposto no artigo precedente acarretará a imposição das seguintes penalidades: (...)

II multa de cinco por cento sobre o valor da operação correspondente, aos que omitirem ou prestarem incorretamente as informações solicitadas, limitada a um por cento da receita bruta da pessoa jurídica no período; (Redação dada pela Medida Provisória nº 215835, de 2001) (...)

Parágrafo único. Para fins de aplicação das multas, o período a que se refere este artigo compreende o ano-calendário em que as operações foram realizadas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 215835, de 2001)”

Ocorre que tal fundamento legal advém da edição da Medida Provisória nº 2.15835/ 01, que dispõe, essencialmente, sobre a “legislação das Contribuições para a 6 Seguridade Social COFINS, para os Programas de Integração Social e de

Formação do Patrimônio do Servidor Público PIS/ PASEP e do Imposto sobre a Renda”.

No meu entender, tal dispositivo é nitidamente voltado para fins de regulamentação do PIS e da COFINS (e seus deveres instrumentais), haja vista que leva em consideração, para fins de apuração da penalidade, a receita bruta da empresa, bem como “o ano-calendário em que as operações foram realizadas”.

Assim, não há qualquer razão em se aplicar a referida legislação quando se está tratando sobre contribuição previdenciária (e respectivos deveres instrumentais), tendo em vista que esta possui regra de incidência totalmente dissociada do PIS e da COFINS, além do fato de que, como dito acima, possui legislação específica.

Em vista disso, entendo que este lançamento adotou fundamento legal equivocado, situação que implica no descumprimento do art. 142 do CTN

[...]

Desse modo, entendo que o lançamento objeto do presente auto de infração deve ser anulado por vício material, por incorrer em erro na capitulação da infração apontada.

A PGFN apresentou Recurso Especial de Divergência alegando que o eventual equívoco na indicação do fundamento legal não é suficiente para provocar a nulidade do lançamento, ainda mais quando o fato está corretamente descrito na autuação fiscal, conforme preconizam os artigos 11, 59 e 60 do Decreto n.º 70.235/72. Para confirmar suas assertivas acosta como paradigmas os Acórdãos n.º 1401-000894, proferido pela 1ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes e n.º 1802-001.296, exarado pela 2ª Turma Especial da 2ª Câmara da 1ª Seção do Conselho de Contribuintes.

Entretanto, cotejando os acórdãos recorrido e paradigmas, não vislumbrei a similitude da situação fática apontada pela recorrente, senão vejamos:

O acórdão recorrido é expresso ao dar provimento ao recurso voluntário porque no entender do Colegiado a infração cometida pelo contribuinte, quanto à entrega de arquivos digitais com incorreções ou inconsistências tem capitulação legal específica na lei previdenciária, e a autuação considerou legislação diversa da previdenciária, centrada na regulamentação do PIS e da COFINS, que não seria aplicável ao caso. De fato, se vê que não se trata de insuficiência ou erro na capitulação legal, sanada com a correta descrição do fato gerador no relatório da autuação, mas efetivamente de infração regulada por outra legislação, inclusive com penalidade distinta, o que impede o prosseguimento do auto de infração como lançado.

O Colegiado *a quo*, entendeu pela nulidade do lançamento, porque não se trata apenas de constar no auto de infração a capitulação legal errônea ou insuficiente, mas porque a infração praticada pelo contribuinte foi autuada com base numa legislação que não se aplica ao caso exposto. Ou seja, o fato gerador descrito no relatório fiscal da infração refere-se ao descumprimento da legislação previdenciária, mas a fundamentação legal exposta para sustentar a autuação referiu-se aos tributos PIS e COFINS.

Por outro lado os acórdãos paradigmas apontados se posicionam pela não nulidade do lançamento nos casos em que apesar da fundamentação legal ser insuficiente ou errônea, nas razões da autuação o sujeito passivo teve pleno conhecimento da legislação infringida e que, aparentemente, se aplicava aqueles casos concretos.

Transcrevo a seguir o teor das ementas e excertos dos votos condutores de cada paradigma acostado:

Acórdão n.º 1401-000.894

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA

IRPJ Ano-calendário: 2000

NULIDADE. ERRO NA CAPITULAÇÃO LEGAL.

O erro na capitulação legal da infração cometida não acarreta a nulidade do lançamento, quando comprovado, pela correta descrição dos fatos nele contida e pela defesa apresentada pela contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que não ocorreu cerceamento do direito de defesa

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTOS. REGRA DO ART. 173 DO CTN.

O lançamento por homologação ocorre quando o sujeito passivo da obrigação tributária apura o montante tributável e efetua o pagamento do imposto devido, ainda que parcialmente, sem prévio exame da autoridade administrativa, hipótese em que a contagem do prazo decadencial se rege pelo disposto no art. 150, § 4o, do CTN, quando ausentes dolo, fraude ou simulação. Somente a falta do pagamento antecipado, aplicar-se-ia a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN, o que não foi o caso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, EM REJEITAR a preliminar de nulidade, ACOLHER a decadência para DAR provimento ao recurso.”

Voto

[...]

Preliminar de nulidade

Preliminarmente, a recorrente imputa o presente AI com o vício da nulidade, por conter enquadramentos legais alternativos e absolutamente incompatíveis entre si, fato este que teria gerado cerceamento do seu direito de defesa.

[...]

Por conseguinte, considera-se nulo o ato, se praticado por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, não tendo se caracterizado quaisquer das situações, pois não se põe em dúvida a competência do autor, nem há que se falar em

preterição do direito de defesa, vez que os fatos apurados foram descritos com o respectivo enquadramento legal, e levados ao conhecimento, da autuada, levando a mesma a defender-se plenamente através da peça impugnatória acostada aos autos

Cabe salientar que em relação especificamente ao suposto erro no enquadramento legal, é pacífico o entendimento deste Colegiado no sentido de que o mero erro no enquadramento legal não é suficiente para inquinar o auto de infração quando os fatos estão suficientemente bem descritos, permitindo plenamente o livre exercício do direito de defesa, como efetivamente aconteceu.

[...]

Acréscete-se que, quando muito, em se admitindo o fato da autoridade lançadora ter cometido algum engano com relação à matéria de fato e a sua subsunção à norma, tratar-se-ia então de questão de mérito. E como ficará bem demonstrado mais adiante, nem mesmo isso aconteceu.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

[...]

Acórdão n.º 1802-001.296

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2006

[...]

LANÇAMENTO FISCAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

O sujeito passivo defende-se dos fatos imputados e não da capitulação legal que pode, ou não, estar correta.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa. Ademais, se a Pessoa Jurídica revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa.

A capitulação legal incompleta da infração ou mesmo a sua ausência não acarreta nulidade do auto de infração, quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma detalhada das imputações que lhe foram feitas.

A inclusão desnecessária de um dispositivo legal, além do corretamente apontado para as infrações praticadas, não acarreta a improcedência da ação fiscal. Outrossim, a simples ocorrência de erro de enquadramento legal da infração não é o bastante, por si só, para acarretar a nulidade do lançamento quando, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida, venha a permitir ao sujeito passivo, na impugnação, o conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributável.

[...]

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares suscitadas e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso

[...]

Voto

Preliminar suscitada sem nexo, totalmente fora de propósito, pois sem fundamento plausível fático-jurídico; deve ser rechaçada de plano.

Os autos de infração, diversamente do alegado pela recorrente, contêm descrição clara, precisa e objetiva dos fatos, matéria tributável, infração imputada e fundamentação legal pertinente, permitindo perfeito entendimento das infrações imputadas, não restando, por conseguinte, a caracterização de prejuízo algum à defesa, sendo, destarte, totalmente fora de propósito a alegação de cerceamento do direito de defesa.

O lançamento fiscal foi efetuado por agente competente.

O lançamento foi efetuado, em consonância com o art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

Ainda, não restou caracterizado vício algum de que trata o art. 59 do Decreto nº 70.235/72 que pudesse macular de nulidade o lançamento fiscal.

Na verdade, somente a falta ou insuficiência de descrição dos fatos e a falta de capitulação legal ensejam, ou configuram, cerceamento de defesa e provocam a nulidade do lançamento fiscal por prejuízo à defesa (Decreto nº 70.235/71, art. 59, II), que não é o caso dos presentes autos, pois, como já dito, os autos de infração, objeto do litígio, não possuem vício algum, seja formal ou material que pudesse inquinar de nulidade o feito do fisco.

Da análise dos paradigmas se vê que os casos expostos são totalmente distintos daquele tratado pelo julgado recorrido, onde se pugnou pela existência de vício material, que levou à nulidade da autuação. No caso em tela, o auto de infração foi lavrado pelo descumprimento de obrigação acessória, que vem definida na legislação tributária e referia-se a apresentação de arquivos digitais, relativos a folha de pagamento, com incorreções e/ou inconsistências. Ocorre que o Colegiado a quo entendeu que a capitulação legal da infração foi

efetuada erroneamente, porque em se tratando de contribuições sociais previdenciárias, de fato gerador de contribuições previdenciárias, de informações que devem constar das folhas de pagamento da sociedade empresária, o regramento próprio consta da Lei n.º 8.212/91. Porém, o dispositivo legal apontado para sustentar a autuação se pautou na Medida Provisória n.º 2.158-35/01, que dispõe sobre a "legislação das Contribuições para a Seguridade Social COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda."

De acordo com o acórdão recorrido, o fundamento legal utilizado é nitidamente voltado para regulamentação do PIS e da COFINS, assim como de seus deveres instrumentais, e considerado para a aplicação da multa, a receita bruta da sociedade empresária e o ano-calendário em que as operações foram realizadas. Por este motivo é que o Colegiado *a quo* entendeu que não havia razão para aplicar a referida legislação quando se estava tratando de contribuições previdenciárias, com regramento específico para o descumprimento das obrigações acessórias a elas concernentes. Esta foi a causa da nulidade, o enquadramento legal incorreto da infração e por conseguinte da penalidade aplicada.

Conforme o julgado recorrido a infração deveria ter sido respaldada na Lei n.º 8.212/91, art. 32, III e Lei n.º 10.666/03, art. 8º, com a penalidade cominada pelo Decreto n.º 3.048/99, art. 283, II, letra "j":

“Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

III – prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de seu interesse, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)”

“Art. 8º A empresa que utiliza sistema de processamento eletrônico de dados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária é obrigada a arquivar e conservar, devidamente certificados, os respectivos sistemas e arquivos, em meio digital ou assemelhado, durante dez anos, à disposição da fiscalização.”

“Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003) (...)

II a partir de R\$ 6.361,73 (seis mil trezentos e sessenta e um reais e setenta e três centavos) nas seguintes infrações: (...)

j) deixar a empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça ou o titular de serventia

extrajudicial, o síndico ou seu representante, o comissário ou o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial, de exibir os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento ou apresentá-los sem atender às formalidades legais exigidas ou contendo informação diversa da realidade ou, ainda, com omissão de informação verdadeira;

(...)”

Entretanto, é de se ver que a recorrente, Fazenda Nacional, não está sustentando a divergência de interpretação da legislação tributária no mérito da autuação, se deveria ter como escopo uma ou outra legislação, mas apenas sustenta que a capitulação legal errônea não poderia anular o lançamento.

A recorrente sustenta que a divergência no fato de que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração não é causa suficiente para a sua declaração de improcedência, mas da leitura dos paradigmas resta evidenciado que o mero erro de fundamento legal na autuação não traz a nulidade do lançamento, quando o fato estiver devidamente descrito na autuação e tal descrição permitir o conhecimento pleno do ilícito cometido, bem como dos valores e cálculos que foram considerados a fim de determinar a matéria tributável.

Na sequência do raciocínio, temos que no caso em estudo, o sujeito passivo teve lavrado contra si um auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, porque deixou de apresentar arquivos digitais de forma consistente como preleciona a legislação, contudo a autuação se deu com base em fundamentos legais errôneos, que não se prestaram a sustentar a infração, conforme decidido pelo Colegiado prolator do acórdão recorrido. Ademais, a penalidade imputada ao contribuinte também foi sustentada por legislação que, segundo o julgado contestado, não se prestava para tanto, por tratar de tributo distinto daquele que integra o cerne da autuação.

Os julgadores entenderam que o descumprimento da obrigação acessória tratada na autuação, refere-se à lei previdenciária e a penalidade a ser aplicada também deve advir da mesma legislação que lhe é específica e por este motivo decidiram que a capitulação legal da infração e da sua penalidade, referente a outros tributos como COFIS, PIS e Imposto sobre a Renda, macularam a autuação, acarretando a sua nulidade por vício material.

Reitero que os paradigmas apontam que o erro na fundamentação legal não leva por si só à nulidade, quando for possível se evidenciar no lançamento, a descrição dos fatos que o originaram, o que lhe foi imputado, inclusive com valores e cálculos considerados na autuação. No caso concreto, a situação enfrentada é diversa, porque o sujeito passivo teve descrita a sua conduta, mas justamente ao fazer a subsunção desta ao descumprimento da obrigação acessória, o Fisco utilizou-se de fundamentos legais estranhos ao tributo examinado e isto, segundo os julgadores *a quo*, é que maculou a autuação.

Portanto, não se está aqui discutindo a pertinência ou não da autuação com escopo em uma ou outra legislação, porque isso não foi objeto do recurso especial, que se pautou apenas na impossibilidade da capitulação legal errônea anular o lançamento.

Ainda, apenas a título de registro, reafirmo que a matéria devolvida a esta Câmara Superior restringe-se à nulidade por erro na capitulação legal, já que a divergência na interpretação da legislação tributária acerca da natureza do vício que maculou o lançamento, se formal ou material, não foi cumpriu com os requisitos de admissibilidade no que concerne à apresentação de paradigmas.

Para que se pudesse conhecer do recurso neste ponto, deveria ter sido indicado como paradigma um acórdão onde o relator também tivesse utilizado o principal da fungibilidade para fins de aproveitamento de área de reserva legal. Importante relembrar que trata-se de Recurso Especial de Divergência, e que esta somente se caracteriza quando, perante situações fáticas similares, são adotadas soluções diversas, obviamente que em face de incidências tributárias da mesma espécie. Não estou aqui adentrando ao mérito de estar ou não correto o entendimento descrito no acórdão recorrido, mas que as situações diversas impendem que se avance no conhecimento da questão por parte desta CSRF.

CONCLUSÃO

Face o exposto, voto por NÃO CONHECER do Recurso Especial do Procurador pela ausência de similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.