



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

Processo nº 35013.000138/2003-03
Recurso nº 999.999 Embargos
Acórdão nº 2301-004.049 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria Embargos de Declaração
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado TELENTE TELC. E ENGENHARIA LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/04/2000

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 65 DO RICARF.

Havendo omissão no acórdão proferido deve-se acolher os embargos para sanar o vício existente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em acolher os embargos, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) acolhidos os embargos, em definir o vício como material, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em conceituar o vício como formal.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente da turma), Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/07/2014 por ADRIANO GONZALES SILVERIO, Assinado digitalmente em 25/08

/2014 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 17/07/2014 por ADRIANO GONZALES SILVERIO

Impresso em 28/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Tratam-se de embargos de declaração opostos contra v. acórdão proferido pela 1ª Turma de 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, o qual, em breve síntese, deu provimento ao recurso voluntário.

Sustenta a embargante que a nulidade, versada no acórdão é termo equívoco e, desse modo, torna-se necessária a especificação do seu sentido. Sendo indispensável o esclarecimento dessa questão para que não haja prejuízo ao disposto no art. 173 do CTN.

Por meio do despacho 2301-3298 os embargos foram admitidos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

No caso desses autos o voto vencedor, proferido pelo Conselheiro Redator, seguiu a linha de que em decorrência da autonomia contábil das empresas filiais, não poderia o Fisco desconsiderar totalmente os livros comerciais de todo o grupo empresarial para a realização do procedimento de aferição indireta, uma vez que foram encontradas irregularidades apenas na filial localizada em Curitiba-PR.

Ademais, fundamentou seu entendimento pela nulidade do lançamento. Peço vênia para transcrever trecho do voto:

Embora reconhecido o fato de que o lançamento pelo Fisco realizado deveria ser restrito à empresa filial, cabe, aqui destacar o fato de aquele ato administrativo encontra-se contaminado por incontestáveis vícios, relativo aos requisitos necessários à metodologia do lançamento aplicado, à configuração do descumprimento da obrigação, no caso principal, e à quantificação do montante devido pela empresa. Em outras palavras, refere-se ao próprio conteúdo do lançamento.

No caso do presente processo, constata-se o vício nuclear que contamina o lançamento pelo Fisco realizado quando se considera o fato de que, mesmo tendo a Recorrente realizado os pagamentos dos valores a título de horas extras em recibos paralelos aos oficiais, poderia perfeitamente o Fisco, ao analisar os referidos documentos, constituir o crédito tributário a partir dos valores discriminados naqueles recibos, o que tornaria absolutamente desnecessária a desconsideração da contabilidade da quer apenas da empresa Filial, quer de todo grupo empresarial.

Assim, são condições do lançamento realizado por aferição indireta não só a constatação de irregularidades documentais, mas também que estas sejam de tamanha proporção a ponto de tornar impossível ao Fisco a estimativa da movimentação financeira da empresa autuada, a qual, neste caso, será esboçada por meio de aferição indireta com base em dispositivos

legais que mais se adequem ao quadro fiscal e contábil analisado.

Todavia, não é esta a situação do presente processo, uma vez que, conforme já afirmado, mesmo não sendo oficiais, os recibos paralelos referentes aos valores repassados a título de horas extras poderiam ter sido utilizados para a constituição do crédito tributário referente ao valor devido pela Recorrente, uma vez que registram, de alguma forma, a movimentação financeira da empresa autuada.

Diante dos referidos pressupostos, foi totalmente equivocada a metodologia pelo Fisco aplicada no processo de constituição do crédito tributário nestes autos discutido, em razão de não ser a aferição o critério mais adequado para a apuração do valor devido pela Recorrente, além de ser o mais distante da realidade fática, o que enseja a anulação do lançamento realizado em virtude do grave vício nele verificado

De acordo com a análise empreendida verifica-se que a verificação do fato gerador está deveras contaminada, pois a fiscalização utilizou, a metodologia da aferição indireta de forma inadequada, isto é, presumindo pela imprestabilidade da documentação contábil e fiscal dos demais estabelecimentos do grupo, quando encontrou irregularidades apenas em um das filiais. Em outras palavras, verifica-se claramente a ausência da demonstração da configuração do fato gerador. Não há como negar que a autuação padece de flagrante vício de material já que intrínseco a pressuposto válido de existência do próprio ato administrativo que é o lançamento.

A meu sentir não é relevante investigar no caso concreto se ao contribuinte foi possibilitado exercer ou não a contento o pleno direito à ampla defesa, já que o ato de lançamento está viciado desde o seu início. Não se trata de equívoco processual suprível com o comparecimento e manifestação, via impugnação ou recurso, por parte do contribuinte, a permitir a análise da ocorrência de prejuízo à defesa. A despeito de ocorrer ou não esse prejuízo, fato é que o ato de lançamento está viciado nos seus pressupostos de validade, desde a sua origem, principalmente no que diz respeito à sua motivação.

Demonstrado, no curso do processo administrativo, que a motivação do auto de infração não subsiste no plano fático, não é possível manter a exigência fiscal que lhe é subjacente. O referido vício material impede a manutenção do auto de infração, já está viciado em um dos seus pressupostos válidos de existência no ordenamento jurídico, qual seja, a motivação, assim entendida pela doutrina de Eurico Marcos Diniz de Santi, em sua obra, Lançamento Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 109:

“A motivação é o antecedente suficiente do conseqüente do ato-norma administrativo. Funciona como descritor do motivo do ato que é fato jurídico. Implica declarar, além do (i) motivo do ato [fato jurídico], o (ii) fundamento legal (motivo legal) que o torna fato jurídico, bem como, especialmente nos atos discricionários, (iii) as circunstâncias objetivas e subjetivas que permitam a subsunção do motivo do ato ao motivo legal.”

O preclaro autor vai adiante e assinala que se a motivação não for adequada à realidade do fato então o ato administrativo não é passível de validação (pág. 110);

“Porém, se faltar a motivação, ou se esta for falsa, i.é., não corresponder à realidade do motivo do ato, ou dela não decorrer nexo de causalidade jurídica com a prescrição do ato-norma (conteúdo), então, por ausência de antecedente normativo, o ato-norma é invalidável.”

Constatado o vício necessário se faz saber qual a sua natureza. Novamente valho-me dos ensinamentos de Eurico Marcos Diniz de Santi, exposto na sua obra, Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 129:

“Vinculamos anulação aos problemas na aplicação dos enunciados prescritivos que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e nulidade aos problemas inerentes ao conteúdo do ato (vícios materiais), ou seja, à norma individual e concreta que estabelece o crédito e sua motivação.”

Verificado que o vício, in casu, é na motivação do ato tem-se que lhe é atribuída a característica de ser material

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER os embargos de declaração e DAR-LHES PROVIMENTO para retificar o acórdão embargado a fim de suprimir a omissão apontada no voto vencedor, deixando expresso que o vício tem natureza material, conforme fundamentação acima.

Adriano Gonzales Silvério - Relator