



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

Processo nº 35346.000031/2005-57
Recurso nº 241.983 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-01.760 – 2ª Turma
Sessão de 27 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN)
Interessado SISTEMA ENGENHARIA LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do Fato Gerador: 06/05/2004

NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Ocorrência.

Não deve ser afastada a decisão de nulidade fundada no erro de tipificação da infração cometida pelo sujeito passivo, que, claramente, cerceou seu direito de defesa.

Recurso Especial do Procurador Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Francisco Assis de Oliveira Junior (Relator), Luiz Eduardo de Oliveira Santos e Elias Sampaio Freire.

Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcelo Oliveira.

(assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo – Presidente

(assinado digitalmente)

Francisco Assis de Oliveira Júnior – Relator

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira – Redator-Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Francisco Assis de Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 29 de setembro de 2004, por infração ao artigo 32, III, da Lei nº 8.212 de 1991, na medida em que o contribuinte deixou de apresentar “os blocos de notas fiscais por ela emitidos de nº 01 até o nº 03, abrangendo os anos de 1995 até 13.08.2001”, bem como a “documentação solicitada referente aos lançamentos contábeis dos anos 1996, 1999, 2000 e 2001”, solicitados pelos TIADs de fls. 09 e 10, nos termos do relatório fiscal de fls. 03 e 04.

O crédito foi constituído, DEBCAD: 35.708.311-3, e consolidado em 05/10/2005, tendo sido cientificado em 29/04/2004- fl.197.

Apresentada a impugnação e analisada pela autoridade competente, o lançamento foi julgado procedente conforme DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº 20.401.4/127/2004 exarada pela Secretaria da Receita Previdenciária- Unidade Descentralizada em Florianópolis-SC, fls. 204/208.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, fls 213 a 246, do processo, e que, após apreciação pela 5ª Câmara do então Segundo Conselho de Contribuintes, deu-lhe provimento conforme acórdão nº 205-01.129, fls297/302, cuja ementa transcrevo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 06/10/2004

Ementa:

DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÕES.

Constitui infração a empresa deixar de prestar todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do Fisco, na forma por ele estabelecida, bem como _ os esclarecimentos necessários à fiscalização.

DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa e consequente nulidade. Entendimento amparado no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Processo Anulado.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, às fls. 306/317, com arrimo no artigo 7º, inciso II, do então Regimento Interno da Câmara Superior de

Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147 de 2007, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra o Acórdão atacado, por entender ter contrariado entendimento levado a efeito pelas demais Câmaras do Conselho de Contribuintes a respeito da mesma matéria, conforme se extrai dos Acórdãos nºs.108-08.499 e 01-04.780, impondo seja conhecido o recurso especial da recorrente, uma vez comprovada à divergência arguida.

Em defesa de sua pretensão, pugna pela anulação do Acórdão combatido tendo com o argumento de que a capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração, ou até a ausência de enquadramento legal, não é suficiente para provocar a nulidade do lançamento, ainda mais quando o direito à ampla defesa foi exercido em sua plenitude, conforme previsão dos arts. 11, 59 e 60, do Decreto 70.235 de 1972. Assevera que o acórdão ora guerreado mostra-se também dissonante da jurisprudência majoritária na medida em que decreta uma nulidade sem a comprovação do prejuízo. É patente o fato de que o contribuinte exerceu plenamente a sua defesa, inclusive não tendo se insurgido a este ponto. Porém, a r. decisão recorrida, em que pese a ausência de alegação, vislumbrou cerceamento de defesa.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso Especial, impondo a reforma do *decisium* ora atacado, nos termos encimados.

O recurso foi admitido através de despacho sob o fundamento de que merece acolhimento, haja vista ter ficado demonstrado o dissenso jurisprudencial, visto que para situações fáticas semelhantes, chegou-se a conclusões distintas.

Intimado sobre a admissão do recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional o contribuinte não apresentou suas contra-razões.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Francisco Assis de Oliveira Júnior, Relator

O recurso especial é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, conforme consta do despacho às fls.323/325.

Efetuada o exame de admissibilidade, entendo que o recurso especial preenche os requisitos formais e, portanto, dele tomo conhecimento.

A questão controvertida posta à apreciação deste colegiado diz respeito à declaração de nulidade do lançamento em decorrência de erro na capitulação e descrição dos fatos geradores representativos do auto de infração sob alegação de que houve cerceamento de defesa do sujeito passivo, sendo que os paradigmas apresentados, embora refiram-se a outras espécies tributárias, tratam a normas gerais do processo administrativo fiscal, razão pela qual entendo caracterizada a divergência.

A Fazenda Nacional sustenta, conforme já mencionado que a simples capitulação errônea ou imprecisa do auto de infração não é suficiente para provocar a nulidade do lançamento, principalmente quando o direito à ampla defesa foi exercido em sua plenitude.

Faço coro aos que no passado, por diversas vezes, manifestaram o entendimento de que a nulidade dos lançamentos fiscais deveria ser declarada sempre que fosse identificada situação de erro no procedimento fiscal ou na atuação da autoridade e que não fosse possível o saneamento.

Para deslinde da questão sob análise, é mister registrarmos que no âmbito das contribuições previdenciárias, no período anterior à Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na lei 11.941, de 2009, a constituição do crédito tributário de natureza previdenciária se dava por meio de notificações fiscais, quando se tratava de obrigações principais, e autos de infração, especificamente em relação a obrigações acessórias descumpridas pelo sujeito passivo.

Nesse contexto havia uma lista de obrigações acessórias que deveriam ser verificadas durante a ação fiscal e cada uma era representada por um código. No que se refere à obrigação de o sujeito passivo apresentar documentos para desenvolvimento do procedimento fiscal, havia dois códigos principais: o código 35 e o código 38.

O código 35, objeto, justamente, do processo sob comento referia-se a apresentação de documentos considerados não relacionados diretamente aos fatos geradores das obrigações previdenciárias.

Deixar a empresa de prestar a RFB todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização.

(Art. 32, III e § 11, com a redação dada pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei 11.941, de 27/05/2009, c/c art. 225, III, do RPS, aprova- do pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999)

O código 38, por sua vez, referia-se a apresentação de documentos considerados diretamente relacionados aos fatos geradores das obrigações previdenciárias.

Deixar a empresa, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, ou o titular de serventia extrajudicial, o síndico ou o administrador judicial ou o seu representante, o comissário ou o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial de exibir qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei nº 8.212, de 24/07/91, ou apresentá-los sem atender as formalidades legais exigidas ou que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira.

(art. 33, §§ 2º e 3º, na redação da MP nº 449, de 03/12/08, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/09, c/c arts. 232 e 233, parágrafo único, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/99)

Do cotejo entre os dois enunciados, é fácil perceber a sutileza que havia no tocante ao discernimento entre um e outro auto de infração. E é justamente por essa diferenciação tão tênue que o sujeito passivo pode exercer o seu direito de defesa em plenitude, pois lhe foi informado que deixou de apresentar “os blocos de notas fiscais por ela emitidos de nº 01 até o nº 03, abrangendo os anos de 1995 até 13.08.2001”. Contudo para a autoridade julgadora que declarou a nulidade, tais documentos relacionam-se diretamente com as contribuições previdenciárias, razão pela qual a capitulação deveria ser a relacionada ao código 38. Duas visões de um mesmo fato. De um lado, o leigo, que se defende dos fatos. De outro, o especialista que domina o conteúdo e as variações da norma.

Pois bem, no caso sob comentário entendo que assiste razão à Fazenda Nacional. Tenho evoluído em meu entendimento, especificamente no tocante às eventuais nulidades com as quais nos deparamos no exercício da atividade judicante e convenci-me de que o critério norteador de qualquer nulidade é a demonstração do prejuízo (pás de nullit sans grief).

Verifico que em momento algum o sujeito passivo teve dúvida no que pertine à sua convicção quanto ao fato que lhe era imputado, tendo procurado justificar sua omissão e é por essa razão, tendo em vista a clara demonstração do exercício pleno do direito de defesa, combinado com o fato de estar convencido que as duas capitulações dão margem ao enquadramento da infração, que penso não existir nulidade a ser declarada em relação ao procedimento sob análise.

Transcrevo trecho do recurso voluntário que demonstra o conhecimento do sujeito passivo em relação aos fatos que lhe foram imputados, na parte grifada, fl. 214/215:

“

A Recorrente é pessoa jurídica regularmente constituída nos termos e forma estabelecidos em seu contrato social (documento nº 02), tendo como objeto social a construção, incorporação, administração de obras, vendas de imóveis próprios, projetos, perícia técnica, inspeções, montagens, instalações e manutenções elétricas, civis e mecânica, compra e venda de material de construção, serviços de engenharia em geral. Fiscalizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, foi autuada (documento nº 03) a pagar multa por deixar de prestar informações cadastrais, financeiras e contábeis, tais como blocos de notas fiscais de nºs 01 ao 03, relativo aos anos de 1995 até 13/08/01 e documentação referente aos lançamentos contábeis dos anos

de 1996, 1999, 2000 e 2001. A suposta infração, segundo capitulação feita pela auditora fiscal da Previdência Social está prevista nos arts. 92 e 102 da Lei 8212/91 e nos arts. 283, II, "b" e 373 do Decreto 3048/99, no valor de R\$ 10.359,20.

Porém, a Recorrente não se conformando com tal cobrança, apresentou defesa administrativa, onde teceu considerações acerca dos seguintes assuntos:

- a) a nulidade do ato fiscal, em face de não ter demonstrado os critérios de gradação da multa, violando o art. 293 do Decreto 3048/99;
- b) há algumas contradições no ato fiscal;
- c) a ausência de entrega dos blocos de notas fiscais de 1995 até 1998, bem como a relativa aos lançamentos contábeis de 1996 é de toda desnecessária, tendo em vista que já se ultrapassou o lapso do prazo de homologação de suposto lançamento tributário, em consonância com o que dispõe o art. 150, § 40 do CTN;
- d) a penalidade aplicada foi feita com base em multa estabelecida em decreto, o que fere o princípio da legalidade e da tipicidade;
- e) a aplicação da multa baseando-se em alteração normativa vulnera o princípio da irretroatividade;
- f) foi aplicada multa maior do que estabelecida por decreto;
- g) a cobrança dúplice de multa por supostas infrações capituladas no mesmo dispositivo do Decreto 3.048/99, vai ao encontro da impossibilidade do *bis in idem*."

Dessa forma, verifico a inexistência de prejuízo à defesa razão pela qual, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA, remetendo os autos para a Câmara competente analisar o mérito da autuação.

(assinado digitalmente)

Francisco Assis de Oliveira Júnior

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira, Redator Designado.

Com todo respeito ao nobre Relator, divirjo de seu entendimento.

Conforme exposto no acórdão, que, por unanimidade, anulou a autuação, o equívoco cometido pelo Fisco refere-se a erro na subsunção do fato a norma, no enquadramento da infração cometida à legislação.

Verificando o Relatório Fiscal encontramos os motivos da autuação: não apresentação de notas fiscais e não apresentação de documentos que embasam lançamentos contábeis.

Acontece que essas duas omissões – conforme determinado por todas as normas da administração tributária - correspondem a fatos geradores de diversa infração, caracterizada pelo não atendimento à solicitação dos livros e/ou documentos indispensáveis à verificação do regular cumprimento das obrigações previdenciárias.

Essa autuação está prevista na Lei n. 8.212/91, art. 33, § 2º.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal — ,RF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o . recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas 4e,e da parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na .eSfera de sua competência, promover a respectiva cobrança s -e aplicar as sanções previstas legalmente. .

...

*§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial **são obrigados a exibir todos os documentos e livros RELACIONADOS** com as contribuições previstas nesta Lei.*

Ou seja, a falta de apresentação de documentos está capitulada em outra fundamentação legal e não na que consta na autuação, fl. 001.

A legislação determina a descrição clara e precisa na elaboração da autuação.

Decreto 3.048/1999:

Art. 293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro

Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes.

CTN:

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, **determinar a matéria tributável**, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Clareza e precisão, requisitos determinados pela legislação - principalmente na esfera tributária, onde o Estado exige recursos dos particulares – são exigências que o legislador determinou para a proteção do indivíduo perante o Estado.

No caso há erro de enquadramento legal para fundamentar a autuação, não é caso de ausência ou falta de dados para a correta compreensão da autuação, mas de erro na elaboração da autuação pelo Fisco, ou seja, a fiscalização verificou a infração à legislação e utilizou fundamento legal errôneo para autuar o contribuinte.

Precisamos tomar muito cuidado na análise das nulidades, principalmente nas que atacam o amplo direito à defesa e o devido processo legal, Princípios Norteadores do Estado Democrático de Direito.

Com todo respeito, não conceituar equívoco grave como este como atentatório ao exercício da ampla defesa e do contraditório seria descumprir a determinação do legislador nos requisitos clareza precisão e definição da matéria tributável, além de ferir a proteção que o cuidado presente na legislação defere aos indivíduos

Por todo exposto, voto por negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, nos termos do voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira