



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

Processo nº 12045.000564/2007-90
Recurso nº 250.655 Voluntário
Acórdão nº **2301-01.963 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria Caracterização de Segurado empregado: Contribuinte Individual
Recorrente Fundação da Universidade Federal do Paraná para o Desenvolvimento da Ciência, da Tecnologia e da Cultura
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por claro e evidente cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo 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.

Decisão Recorrida Nula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade: a) em admitir o pedido revisional do Fisco, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em anular a decisão de primeira instância, nas preliminares, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Leonardo Henrique Pires Lopes, que votaram pela nulidade do lançamento, por vício material.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira – Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Leonardo Henrique Pires Lopes, Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva.

Relatório

1. Trata-se de pedido de revisão interposto pela DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CURITIBA, com fulcro no artigo 60, I da Portaria MPAS 88/2004, em razão de acórdão prolatado pela 02ª CAJ – Segunda Câmara de Julgamento, que converteu o julgamento em diligência para complementar as informações nos autos e ainda retificar o lançamento por meio de reforma da Decisão Notificação. (fls 783/ 790)

2. Nesse sentido, transcrevo parte do aresto recorrido destacando os critérios, definidos pelo Colegiado, a serem avaliados pela fiscalização durante a diligência, **in litteris**:

“Critérios:

1 – Primeiramente, providencie a autoridade fiscal:

A verificação das atividades que não constam do objeto do estatuto da FUNPAR;

O computo do tempo de cada suposto segurado empregado;

2 – Após esse procedimento, providencie a autoridade fiscal a exclusão dos:

2.1. Supostos segurados que desempenharam serviços que não constam do objeto do estatuto da FUNPAR;

2.2. Supostos segurados que prestaram serviços por tempo inferior à metade do lançamento.

Assim, a exclusão desses trabalhadores descritos nos itens 2.1 e 2.2 deverá ser promovida por meio de retificação da Decisão Notificação.” (fl. 789)

3. O fisco, por sua vez, em seu pedido revisional de fls. 908/931, aduziu, em síntese, o que se segue:

“4. Na parte que determina a retificação do lançamento através da reforma de Decisão-Notificação, deixamos de cumprir esse procedimento, para requerer a revisão dessa imposição, posto que são indevidas as exclusões determinadas pelo CRPS, conforme se demonstrará mais adiante. Além do mais, a diligência imposta neste termos contraria disposições da Portaria/ MPS nº 520, de 19/05/2004, que rege o contencioso administrativo fiscal previdenciário, e da própria portaria/ MPS nº 88, de 22/01/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS.

(...)

4.2 Pois bem, ao definir que certos segurados não revestem a condição de empregados e já determinar a sua exclusão via reforma de Decisão-Notificação, a diligência do CRPS emitiu

um prejulgamento, só cabível através do competente acórdão de “conhecimento e provimento parcial” ou de conhecimento e provimento”, na forma dos incisos IV ou V do artigo 54 do Regimento Interno do CRPS.

4.3 A par disto, o cumprimento integral da diligência, qual seja, culminando com a expedição da DN, implica em reconhecimento por parte do órgão fiscalizador da inexistência do vínculo empregatício daqueles segurados que o CRPS impôs, através de uma simples diligência, que se excluísse do lançamento.

4.3.1 Ocorre que esta Delegacia da Receita Federal do Brasil – previdenciária não reconhece como apropriados os critérios adotados pelo CaJ, para determinar a exclusão dos segurados, posto que o que define a condição de segurado empregado é a prestação de serviço em caráter não eventual, sob subordinação e mediante remuneração e não o desempenho de atividade que conste do estatuto do seu tomador de serviço ou o trabalho por tempo superior à metade do que estiver incluído em hipotético lançamento fiscal de débito. Assim, o entendimento expresso na diligência não encontra amparo no artigo 12 da Lei 8.212/91.

4.3.2 Por isto, os critérios adotados violam literal disposição de lei. E caso vigore a imposição do CRPS, isto impediria que esta Delegacia pudesse pleitear àquele órgão a revisão de sua própria decisão, posto que por ser sua e não do CRPS, resultaria sem sentido o pedido de revisão de uma decisão que não foi prolatada pelo órgão jurisdicional maior. Desta forma, os termos da diligência contrariam também o artigo 27 da portaria MPS nº 520/2004, que estabeleceu as normas do contencioso administrativo previdenciário.

4.3.3 Não bastasse isto, conforme se verá adiante, há segurados arrolados nesta NFLD por tempo inferior à metade do lançamento que ao tempo da prestação do serviço eram, na verdade, empregados registrados nessa condição pela entidade. Há outros, que embora apareçam nesta NFLD (que abrange apenas o ano de 1999) por tempo inferior à metade do lançamento, somando-se os períodos anteriores a 01/99, apurados na NFLD 35.160.105-8, se verificará que, de fato trabalharam por muito mais do que a metade dos meses envolvidos neste processo. Em relação a esses, restará demonstrado que os serviços executados são não eventuais e próprios do vínculo empregatício.

Assim, requer esta Delegacia que a Colenda Câmara reveja os termos do seu Decisório, para deixar de impor a retificação do débito via reforma da Decisão-Notificação, proferindo o seu acórdão de acordo com o seu Regimento Interno. Caso prevaleça o seu entendimento de que devem ser excluídos do lançamento os segurados que laboram por tempo inferior à metade do lançamento, solicitamos que seja levada em consideração a análise adiante exposta e mantidos no lançamento os segurados cuja situação será descrita individualmente.” (fl. 909/910)

Processo nº 12045.000564/2007-90
Acórdão n.º **2301-01.963**

S2-C3T1
Fl. 2.102

8. Quando da exposição de suas razões o fisco pugnou pela manutenção dos segurados arrolados, no presente pedido revisional, por tempo igual ou superior à metade dos meses contidos no lançamento, bem como aqueles discriminados em sua peça fiscal. (fls. 930)

9. Em seguida, a empresa foi cientificada do prazo para oferecer contra-razões, no entanto, não se manifestou sendo os autos remetidos a este Conselho.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, Relator

ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE REVISÃO

1. De acordo com o previsto no art. 5º, § 2º da Portaria MF n.º 147, aplica-se o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, aprovado pela Portaria do Ministro da Previdência Social n.º 88/2004, aos recursos já interpostos quando da instalação das 5ª e 6ª Câmaras do então 2º Conselho de Contribuintes. Desse modo, o presente pleito revisional será analisado à luz do Regimento Interno do CRPS.

2. Nos termos do previsto no art. 60 da Portaria MPS n.º 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS, a admissibilidade de pedido de revisão é medida extraordinária, devendo a análise dos seus pressupostos enveredar sempre pelo caminho da cautela para que não sirva o recurso como meio protelatório, banalizando assim importante instrumento para as devidas correções nos julgados do Colegiado.

3. Destarte, a revisão é admitida nos casos de os acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, ou após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou for constatado vício insanável, nestas palavras:

“Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução, no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.”

3. **In casu**, o fisco apresentou pedido revisional com fulcro no inciso I do artigo supracitado sob alegação de que o **decisum** recorrido ao converter o julgamento em diligência determinando a retificação do lançamento através da reforma de Decisão Notificação contrariou a Portaria/ MPS nº 520, de 19/05/2004, a Portaria/ MPS nº 88, de 22/01/2004, o artigo 54, incisos IV e V e §1º do regimento do CRPS e o artigo 12 da Lei 8.212/91.

4. Diante de todo o exposto, meu voto é pela admissão do pedido revisional, pois foram satisfeitos os pressupostos de admissibilidade para a revisão do acórdão vergastado pelo inciso I, do art. 60 do RICRPS, ao demonstrar a violação literal de dispositivo de Lei ou de Decreto.

NULIDADE DO LANÇAMENTO – AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

5. Tratam-se os autos de lançamento fiscal de contribuições previdenciárias, relativas ao custeio de benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, bem como valores destinados a Terceiros no exercício de 1999.

6. Conforme consta no relatório fiscal, o auditor notificante entendeu que as contribuições deveriam incidir sobre as remunerações pagas a segurados empregados, e não sobre trabalhadores autônomos como a empresa vinha realizando o enquadramento. Nesse sentido, o auditor fundamenta o desenquadramento nos seguintes termos:

“Visando atender seus objetivos estatutários, a empresa contrata trabalhadores para serviços não eventuais e ligados diretamente a sua rotina operacional, quer seja na atividade fim ou acessória, remunerando-os como se fossem autônomos. Estes trabalhadores, listados no Anexo I, foram considerados por esta fiscalização como segurados empregados.

A Funpar desenvolve variadas atividades, utilizando-se da figura jurídica dos “convênios” para este fim. Resume-se, a seguir, alguns tipos de convênios firmados pela notificada:

- promoção regular de cursos de formação, aperfeiçoamento e especialização em diversas áreas, com a interveniência da UFPR. Para possibilitar a realização destes cursos é necessário o emprego de professores, coordenadores, secretários, digitadores, dentre outros profissionais;

- realização de concursos públicos, com especial destaque para os vestibulares anuais da UFPR. Para promover estes concursos, a Funpar necessita de quadro de pessoal para a fase de processamento de inscrição de candidatos, elaboração, aplicação, fiscalização e correção de provas.

- prestação de serviços a empresas privadas (Petrobras, Copel, Sanepar, Cyanamid, Ciba Geigy, Furukawa, Banestado, Equitel etc.) e à administração pública (diversas Prefeituras, Iparides, COMEC, Prosan, Cohapar). Nestes convênios, a Funpar é remunerada através da emissão de Notas Fiscais de Prestação de Serviços.

- promoção de serviços de atendimento à saúde da população, através dos convênios firmados com o Hospital das Clínicas e com o Hospital do Trabalhador, onde são contratados, para atingir este objetivo, com médicos plantonistas, enfermeiros e operadores de raios-x.

Os trabalhadores contratados pela Funpar para exercer funções vinculadas a estes convênios, em caráter não eventual, com subordinação, onerosidade e pessoalidade foram considerados por esta fiscalização como empregados da Fundação.

*Em todas as situações incluídas nesta NFLD, constatou-se a **pessoalidade** na prestação de serviços, ou seja, não existia a possibilidade de delegação ou realização por intermédio de outrem. Os serviços executados exigiam formação e conhecimentos específicos.*

*Verificou-se também, a presença da **subordinação**, com a obediência às determinações da administração da Funpar na prestação dos serviços. Foi constatado que os estipulava a forma de execução dos serviços, dirigia, comandava e controlava o cumprimento de suas determinações. O risco da atividade desenvolvida era, também, assumido pelo empregador. A clientela a ser atendida era definida pelo empregador.*

*Ficou clara, da mesma forma, a **não eventualidade** dos serviços, relacionados diretamente com as atividades normais dos convênios, com pagamentos mensais e sucessivos, caracterizando-se, desta forma, a **onerosidade**.*

Comparando as funções integrantes do quadro de pessoal da empresa com as funções constantes nos recibos de pagamentos por serviços prestados, verificamos que várias destas funções são coincidentes, como por exemplo: Auxiliar de Escritório, Auxiliar Administrativo, Auxiliar de Serviços Gerais, Auxiliar de Enfermagem, Auxiliar de Laboratório, Técnico de Enfermagem, Servente, Enfermeiro, (...).

Comparando os nomes dos funcionários registrados com os nomes dos trabalhadores constantes dos recibos de prestação de serviço, encontramos centenas de nomes de prestadores de serviços que foram admitidos anterior ou posteriormente como segurados empregados da Fundação.” (fl.28/29)

7. Por sua vez, a empresa combate o lançamento do débito fiscal alegando, segundo seu prisma, que não merece prosperar a tese do auditor notificante já que não houve a devida caracterização dos trabalhadores autônomos como segurados empregados da Fundação. Posto isso, a recorrente requer a exclusão dos créditos tributários.

8. Feitas essas considerações, constata-se que o fisco em seu relato não demonstra de maneira subsistente a presença cumulativa dos requisitos do artigo 3º da CLT. Apenas de forma generalista afirma que o contribuinte se utiliza de convênios para contratar os segurados, no entanto, não chega nem mesmo a individualizar cada trabalhador a seu respectivo cargo. Essa individualização veio a ser suprida com informações complementares posteriores decorrentes de diligências.

9. Não obstante as diversas diligências realizadas durante o processo objetivando o saneamento de ato administrativo deficiente, qual seja relatório fiscal sem a devida motivação, verifico a inexistência de elementos suficientes nos autos para decretar que todos aqueles trabalhadores arrolados como segurados empregados efetivamente o são.

10. Destaco então, o requisito pessoalidade que, não foi preenchido tendo em vista, por exemplo, a possibilidade de substituição de professores de línguas estrangeiras que pode ser inferido da cláusula 3.1 do Termo de Convênio nº 72/98 (fl. 291/ 294), **in verbis**:

“3.1. Dispor de seu pessoal docente e administrativo, instalações e serviços proporcionados pelo Departamento de Letras estrangeiras modernas e Departamentos de Linguística, Letras Clássicas e Vernáculas, a fim de atingir seus objetivos do presente convênio.”

11. O fato de haver a possibilidade de disponibilização de pessoal para suprir determinada demanda não implica que um professor de inglês possa ser substituído por outro de igual idioma conforme se verifica na relação de diversos professores discriminados as fl. 310.

12. Além disso, consta da lista profissionais da área medica que realizavam plantões, como por exemplo, a trabalhadora Patrícia Rozetti Saraiva que deu plantões médicos na neonatologia apenas em dezembro de 1999 (fl. 267).

13. Resumindo, a ausência de motivação para a sustentação do levantamento do crédito é patente, visto que o auditor, nas oportunidades que teve, não evidenciou de maneira clara os fatos geradores da obrigação tributária. Somente na fase de diligência foram prestados alguns esclarecimentos sobre a exclusão de parte do débito por meio da informação fiscal (fls.768/770).

14. Como sabemos, apesar do generalismo posto no art. 22, da Lei n.º 8.212/91, não é todo o pagamento efetuado pela empresa a seus empregados que gera a incidência de contribuições previdenciárias. E preciso que a verba tenha efetivamente a natureza de remuneração pela prestação dos serviços, ou seja, destinada a retribuir o trabalho.

15. E no meu entender, a falha no relatório fiscal apontada é suficiente para a anulação do lançamento, pois cerceia a defesa do contribuinte, ante a necessidade de que o documento fiscal traga a motivação suficiente para declarar que o contribuinte desobedeceu o regramento previdenciário.

16. A seu turno, o art. 50 da Lei n.º 9.784/99 assevera que os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos. Eis o teor do dispositivo citado:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

17. Celso Antônio Bandeira de Mello in Curso de Direito Administrativo, traz argumentos de enorme valia acerca do princípio da motivação e sua aplicação, notadamente as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto:

“Princípio da motivação, isto é, o da obrigatoriedade de que sejam explicitados tanto o fundamento normativo quanto o fundamento fático da decisão, enunciando-se, sempre que necessário, **as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua procedência jurídica e racional perante o caso concreto.** Ainda aqui se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada – o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática -, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvincentes, desarrazoadas ou injurídicas. Aliás, confrontada com a obrigação de motivar corretamente, a Administração terá de coibir-se em adotar providências (que de outra sorte poderia tomar) incapazes de serem devidamente justificadas, justamente por não coincidirem com o interesse público que está obrigada a buscar.” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 433)

18. Nesse sentido destaca-se a necessidade de uma clara descrição dos fatos, como elemento motivador do lançamento fiscal, conforme nos relata em lapidar lição Leliana Pontes Vieira, em sua obra Contencioso e Processo Fiscal (1996, p. 40), colacionamos:

“c) Descrição dos fatos - esta descrição deve ser bastante clara, de modo a permitir, de um lado, que o acusado, conhecendo o fato ilícito que lhe é imputado possa exercer o seu direito constitucional de ampla defesa. E, de outro, para que o julgador nela encontre, conjugando-a com os demais elementos do processo, o necessário suporte para formar sua convicção.”

19. A propósito, a citada Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispôs em seu art. 2º que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da motivação.

20. Isto porque, a atividade administrativa de lançamento requer a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, como preceitua o CTN, em seu art. 142. Nessa esteira, o próprio art. 37, da Lei 8.212/91, dispõe que a fiscalização deverá lavrar notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores:

“Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, **com discriminação clara e precisa dos fatos geradores.** das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.” (grifos nossos)

21. Nos termos da IN 03/2005, o relatório fiscal é a peça essencial para propiciar a ampla defesa e a adequada análise do crédito:

“Art. 661. O relatório fiscal objetiva a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito e a ensejar ao crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal.”

22. E a legislação caminhou sabiamente, pois sem a discriminação clara e precisa da conduta tida como geradora do débito pela administração teremos a nulidade do ato, pois necessária é a motivação do ato administrativo, notadamente para aqueles que dizem respeito à imposição de grave encargo ao contribuinte.

23. É importante mencionar que o Conselho anulou em assentada anterior o auto de infração objeto desta mesma ação fiscal (cf. fl. 24 AI 35.375.51205) por entender que havia ausência de motivação no relatório fiscal para sustentar a prática de infração às obrigações tributárias, ou seja, não havia referência alguma à atividade exercida pelo recorrente que configurasse a cessão de mão-de-obra, de maneira que inexistia naquele caso qualquer indício no sentido de que a empresa efetivamente tinha prestado serviços com cessão de mão-de-obra, nos termos do disposto no art. 31, §1º da Lei n.º 8212/91.

24. O caso ora sob análise, embora trate de questão diversa daquela alegada pelo contribuinte no auto de infração, pois aqui o processo se refere aos débitos levantados, segundo a fiscalização, em razão de pagamentos realizados a segurados empregados, demonstra que o resultado da ação fiscal não logrou êxito em demonstrar que a empresa tenha de fato incorrido em infração à legislação previdenciária.

25. A propósito, a omissão pela qual incorreu o auditor notificante afronta diretamente os preceitos legais contidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional, na medida em que o fisco não descreveu e nem comprovou a ocorrência do fato gerador. Nesse sentido, peço vênha para transcrever o dispositivo citado:

“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.”

26. Perfilhando o mesmo raciocínio, a Lei 9.784/99 em seu artigo 50 estabelece que os atos administrativos devam ser motivados de forma clara, explícita e congruente sob pena de nulidade. E o Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, por sua vez, também tem firmado entendimento nesse sentido, o que podemos verificar no acórdão nº 180/2004 proferido pelo então Presidente da 4ª Câmara, **in verbis**:

“EMENTA. CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS. NULIDADE. RELATÓRIO FISCAL INCOMPLETO. O relatório fiscal deve conter todos os elementos que permitem ao contribuinte defender-se de eventual caracterização de segurado empregado sob pena de nulidade.

[...]”

27. Por fim, a jurisprudência deste Egrégio Conselho de Contribuintes converge no sentido de que a ausência de discriminação dos fatos geradores motivados gera

uma insuficiência na descrição dos fatos, o que por sua vez, impede o direito de defesa. Trata-se, então, de vício material conforme ementa abaixo transcrita:

“(…) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação. No caso em análise, havia possibilidade de conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas, posto que complexas.”

(Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003).

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inocorrência da hipótese de incidência.”

(Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).

28. Neste caso, meu voto é pela anulação do lançamento fiscal por vício material.

CONCLUSÃO

29. Assim, voto pela ANULAÇÃO do lançamento fiscal, por vício material.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira, Redator Designado.

Com todo respeito ao voto do nobre Relator, divirjo de suas conclusões.

Com a aceitação do pedido revisional há a necessidade de verificarmos o processo.

A Delegacia, antes da emissão da decisão de primeira instância, a partir das fls. 0379, comandou diligência fiscal, fls. 0375 a 0378, e como resultado dessa diligência, a fiscalização prestou relevantes informações.

Ressalte-se a relevância das informações prestadas na diligência, pois esclareceram dúvidas, questionamentos do julgador, inclusive a respeito da existência, ou não, do fato gerador.

Não há provas de que à recorrente foi cientificada do resultado dessa diligência, que sanou dúvidas e questões presentes na sua defesa, sendo, portanto, emitida decisão sem a possibilidade do contraditório em relação ao resultado da diligência, ficando claro o prejuízo da parte no exercício de seu direito de defesa.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pela fiscalização ocasionou a supressão de instância e o desequilíbrio na relação Fisco – Contribuinte, pois novos argumentos, fatos, provas razões foram trazidos ao bojo do processo sem que o sujeito passivo tivesse conhecimento.

A recorrente possui o direito de apresentar suas contra-razões aos fatos apontados pela fiscalização ou aos documentos juntados ainda na primeira instância administrativa, pois da forma como foi realizado, sem a publicidade necessária, o direito do contribuinte ao contraditório não foi conferido.

Há vários precedentes deste órgão colegiado neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff, data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. Recurso provido

E a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina:

A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

Ressalte-se, também, que há determinação legal para que se verifique o direito dos cidadãos.

Lei 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

...

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

...

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

...

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

...

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

Constituição Federal/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Portanto, é dever da Administração Pública garantir o direito dos cidadãos contribuintes, especialmente àqueles que se configuram como direitos e deveres individuais e coletivos, previstos na CF/88, cláusula pétrea da Lei Magna.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

*Art. 59. São **nulos**:*

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa**.*

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que ocorreu preterição ao direito de defesa e ao contraditório da recorrente, decido pela nulidade da decisão de primeira instância.

Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, dar ciência de todas as diligências e de seus respectivos resultados, reabrir prazo para defesa e tomar as devidas providências para a continuação do contencioso.

Assim, a decisão não se encontra revestida das formalidades legais, tendo sido lavrada em desacordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação da decisão de primeira instância, nos termos do voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Redator