



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

Processo nº 12268.000063/2007-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-001.852 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SIAL CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2002 a 31/01/2007

PREVIDENCIÁRIO. EXTINÇÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF . NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.

A autoridade responsável pela emissão do Mandado de Procedimento Fiscal MPF extinto, pode determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento. Entretanto, não poderá ser indicado o mesmo Auditor Fiscal responsável pela execução do documento extinto.

Na forma do comando do inciso I do art. 59, do Decreto 70.235/72 59, “são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente ” A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, nos termos do art. 53, da Lei nº 9.784 de 29/01/99. Se o lançamento apresentar vício em seu processo de produção não respeitando os dispositivos de sua formalização, é caso de anulação, por vício de forma. Processo Anulado.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo o vício formal. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Carolina Wanderley Landim e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

CÓPIA

Relatório

Analisei o relatado às fls. 942/946 no Acórdão de primeira instância, compulsei com os autos e subscrevo o abaixo reproduzido:

“ Trata este processo da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito NFLD,

no montante de R\$ 4.110.814,79 (quatro milhões cento e dez mil oitocentos e quatorze reais e setenta e nove centavos - atualizados até a data do lançamento), lavrada em 07/11/2007, para constituição do crédito previdenciário (parte dos segurados empregados, parte patronal, inclusive para o custeio das prestações decorrentes do grau de incidência de incapacidade laborativa proveniente dos riscos ambientais do trabalho RAT), previsto no art 22, I e II da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, e do crédito destinado às entidades denominadas "terceiros" (FNDE – Salário-Educação, SESI, SENAI, INCRA e SEBRAE), previsto na legislação de cada entidade, não recolhidos e incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados que lhe prestaram serviços no período de março/2002 a janeiro/2007.

A base de cálculo das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados foi apurada mediante arbitramento, com base nos contratos e nas notas fiscais ou faturas de prestação de serviço, com fundamento no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei 8.212, de 1991, tendo em vista que a contabilidade da empresa não registrava a real remuneração paga aos segurados que laboraram nas obras da empresa notificada.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa foi notificada do lançamento em 12/11/2007, e no prazo legal (11/12/2007) adentrou com impugnação para requerer a declaração de nulidade do lançamento e a baixa de todas as anotações em nome da empresa, liberando-a do pagamento decorrente da lavratura presente. Solicita o envio das intimações e notificações ao endereço dos procuradores da empresa.

Para fundamentar seus pleitos, apresenta as seguintes alegações:

a) Os fatos geradores das contribuições de janeiro de 2003 a maio de 2006 teriam sido homologados com a extinção do Mandado de Procedimento Fiscal 09365389 em 29 de junho de 2007. Referido MPF não foi prorrogado, daí a razão porque se deu a homologação. O MPF 094152225, que emitido para dar sequência à fiscalização, configuraria refiscalização e seria nula

de pleno direito porque esse procedimento só seria admitido nos casos previstos no art. 149 do Código Tributário Nacional;

b) As competências do débito entre março/2002 a outubro/2002 estariam atingidas pela decadência;

c) As contribuições para terceiros se submeteriam ao prazo quinquenal de consoante Parecer CJ nº 2.521/2001;

d) O relatório fiscal afirma que "para a obra de adequação do Banco Rural deixou de registrar a mão-de-obra própria utilizada na execução, e como não apresentou contrato com subempreiteiros, não ficou claro se foi toda executada com mão-de-obra terceirizada". No entanto, não foi lançado débito para essa obra;

e) Com relação à compra de argamassa preparada e concreto usinado para a obra Sunset Flower em junho de 2002 e registro da obra somente a partir de julho de 2002, e para a obra Residencial Dom Afonso em junho de 2003 e registro da obra somente em setembro de 2003, se trataria de compra programada desses materiais, não significando que a obras estivessem sendo executadas;

f) A fiscalização informa que embora a empresa tenha apresentado a escrituração contábil formalizada, verificou-se a ocorrência de fatos que comprovam a existência de vícios naqueles documentos. Tais vícios seriam lançamento em conta de resultado intitulada "custos diretos/serviços de terceiros", pagamento de notas fiscais de engenharia consultiva, com valores muito significativos, não tendo, inicialmente, contratos de prestação de serviços e correspondentes Anotações de Responsabilidade Técnica ART relativos a obra pública do Estado do Paraná de reforma e adequação do Edifício Castelo Branco do complexo Novo Museu, subempreitada a CRÊ Participações e Empreendimentos Ltda, que em 02.09.2002 repassou a Formato Construções Ltda;

f.1) A esse respeito nem a Lei 8.212, de 1991 nem o Decreto 3.048 contém a obrigatoriedade de que, na lista de contas que integram a contabilidade da empresa, seja feita uma conta exclusiva para cada parcela integrante da remuneração dos segurados, bastando que os históricos dos lançamentos permitam a correta identificação dos mesmos.

f.2) A determinação para que a empresa registre as obras de construção civil em contas individualizadas e segregadas por estabelecimento consta somente no inciso II do parágrafo 13 do art. 225 do RPS.)

f.3) Essa disposição teria ultrapassado os limites de sua competência sobre matéria de contabilidade, representando invasão da competência do Conselho Federal de Contabilidade.

Por isto não teria validade e seria nulo f.4) Essa obrigação só afetaria as incorporações imobiliárias de que trata a Lei nº 4.591 e não as obras de construção civil que não tenham sido objetos de incorporação, excluídos, ainda os casos em que o

incorporador não tenha optado pelo regime de tributação especial instituído pela Lei nº 10.391, de 2004;

f.5) Diante disto, espera-se que a fiscalização demonstre que as condições apresentadas pela empresa justificam a aplicação dos dispositivos legais apontados; os dispositivos legais que fundamentam a aferição ou arbitramento e a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária

g) Não teria sido verificada a ocorrência de nenhum dos pressupostos autorizadores da utilização do critério da aferição indireta, impondo-se a nulidade do lançamento, posto que não teria havido recusa ou sonegação de documentos; teria prova do efetivo pagamento de salários nas obras; a contabilidade demonstraria a real movimentação da remuneração; as informações passadas aos auditores fiscais estariam corretas.

Inexiste avaliação contraditória dos preços praticados; a fiscalização disporia de meios eficientes e seguros para averiguação das contribuições eventualmente incidentes;

h) A lei determinaria que o cálculo da mão de obra empregada seja proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra. Ainda assim deveriam ter sido deduzidos do lançamento toda a mão-de-obra prestada por empreiteiros e subempreiteiros.

Arrola às fls. 582 a 593 os empreiteiros e subempreiteiros que teriam executado as obras, os quais deveriam ter sido deduzidos no lançamento;

i) Assevera a Auditoria Fiscal que a empresa CRE e Formato não possuíam condições técnicas para prestar serviços de consultoria técnica, concluindo daí que executaram efetivamente serviços de construção civil, situação que caracteriza a omissão de lançamentos na contabilidade da impugnante'

i1) Sobre isto, a impugnante possuiria contratos (cópias anexas), comprovando que foram contratados serviços de consultoria e assessoria. Os termos dos contratos estariam corroborados pelos histórico da Nota Fiscal 006, de que se tratava de serviços de acompanhamento, orçamento, assessoria e engenharia consultiva na obra Museu de Arte do Paraná;

i2) Com isto, não haveria indício de que as empresas tenham mascarado contratos de empreitada com contrato de consultoria e assessoria técnica;

j) Afirma a fiscalização que a empresa deixou de contabilizar movimento relativo a diversas obras em títulos próprios, lançando-os em um mesmo centro de custo e que lançou na conta "almoxarifado de Curitiba" todos os lançamentos da obra CEI nº 50.01.41320/79;

j 1) O fato da empresa lançar mensalmente em conta única os fatos contábeis pertinentes às obras não seria motivo para o lançamento de débito por arbitramento;

k) Quanto às obras:

k.1) A obra CEI 50.014.54309/76 foi executada entre julho/2004 e dezembro/2004. Entretanto o débito foi lançado na competência março/2005;

k.2.) A obra CEI 50.011.77078/79 corresponde a 20% do total do contrato, conforme demonstrativo de cálculo do subitem 7.3.3.2. Improcederia o lançamento, posto que o débito foi lançado na competência março/2005, enquanto a obra foi concluída em dezembro/2004;

k.3) Obra CEI 14.047.05834/72 foi realizada no período de maio/1998 e setembro/2001. Seria improcedente o débito lançado na competência junho/2002;

k.4) Obra CEI 14.047.05962/71 foi realizada no período de setembro/1998 e agosto/2001. Seria improcedente o débito lançado na competência março/2002;

k.5) Obra CEI 40.820.00716/77 foi realizada entre fevereiro/2002 e março/2003. Seria improcedente o débito lançado na competência julho/2003;

k.6) Obra CEI 40.820.01323/72 foi realizada entre maio/2003 e janeiro/2005. Seria improcedente o débito lançado a competência setembro/2004;

k.7) Obra CEI 50.017.26107/72 foi realizada entre fevereiro/2005 e maio/2006. Seria improcedente o débito lançado na competência janeiro/2007;

k.8) Obra CEI 40.820.00812/71 foi realizada no período de abril/2002 a setembro/2004. Seria improcedente o débito lançado na competência fevereiro/2005;

k.9) Obra CEI 50.014.23530/70 foi realizada entre outubro/2004 e setembro/2005. Seria improcedente o débito lançado na competência setembro/2006;

k.10) Obra CEI 40.820.01205/70 foi realizada entre março/2003 e maio/2003. Seria improcedente o débito lançado na competência setembro/2003;

k.11) teria errado a Auditoria Fiscal ao lançar o débito de cada obra na competência correspondente à última nota fiscal emitida para a obra;

l) Seria indevida a contribuição ao INCRA;

m) A NFLD foi constituída em face de Sial Construções Civis Ltda e dos sócios desta, que não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo, porquanto não haveria nos autos provas de que tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos;

n) o lançamento não possuiria os requisitos da liquidez e certeza do crédito exigido. Estando eivada de vício insanável a NFLD, também não mereceriam prosperar os juros e a multa aplicada pela fiscalização previdenciária. A cobrança de juros multa e correção monetária seriam abusivas, todos acima dos limites legais. As multas excessivas configurariam confisco.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Curitiba (PR) – DRJ/CTA, em 18 de abril de 2008, conforme fls. 942, emitiu o Acórdão nº 0617.710, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.964, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “ad quod”.

DO ACÓRDÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

NA forma do Acórdão nº 2403- 00.629, de 27 de julho de 2011, vistos, relatados e discutidos os autos, esta Egrégia Turma votou conforme decisão abaixo transcrita:

“ ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos nas preliminares em anular o lançamento por vício formal com fulcro nos §§ únicos dos artigos 16 das Portarias RFB nº 4.066, de 02/05/2007, e MPS/SRP nº 3.031, de 16/12/2005. Vencido o Conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.”

Na oportunidade atuei como Presidente-Substituto e Relator juntamente com meus pares os Conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

DO EMBARGO.

Com fulcro no art. 64, I do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, na forma abaixo transcrita, , Fazenda Nacional interpôs Embargos de Declaração por entender que o acórdão contem contradição:

“ Da leitura do dispositivo do acórdão, parte da decisão que se torna coisa julgada, nota-se que apenas foi acolhida pela Turma a anulação do lançamento por vício Formal, o que não espelha o contido no voto e na ementa.

0 Relator, em sua decisão, além de anular o lançamento por vício formal, acabou por reconhecer a decadência do crédito lançado para a competência 10/2002, inclusive, bem como competências anteriores com base no art. 150, §4º do CTN.

Neste diapasão, confrontando-se o exposto no voto vencedor e na ementa com o dispositivo, e, tendo em vista que nenhuma ressalva consta do acórdão, percebe-se claramente a contradição apontada pela Fazenda Nacional.

Contradição esta verificada ao analisarmos que o dispositivo do julgado apenas se refere à anulação do Auto por vício formal, enquanto que a ementa e o voto acolheram ainda a decadência parcial das competências 10/2002, inclusive, e anteriores.

*A contradição apontada deve ser sanada em respeito ao princípio da segurança jurídica e pela correta delimitação da lide, para que a Fazenda Nacional possa recorrer de forma clara e inequívoca, privilegiando-se o exercício da ampla defesa, garantia constitucionalmente assegurada às partes, tanto no processo judicial quanto no administrativo. **Até porque se a decisão quanto à decadência com fulcro no art. 150, § 4º do CTN for mantida, há interesse da Fazenda Nacional em recorrer.**” (grifos de minha autoria)*

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DO CONFRONTO ENTRE A EMENTA, A CONCLUSÃO E O ACÓRDÃO.

De plano, o confronto em destaque confere razão ao Embargante :

EMENTA:

“ PREVIDENCIÁRIO.DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF NULIDADE POR VÍCIO FORMAL.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a ” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A autoridade responsável pela emissão do Mandado e Procedimento Fiscal MPF extinto, pode determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento observando que não poderá ser indicado o mesmo Auditor Fiscal responsável pela execução do documento extinto.

São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, nos termos do art. 53, da Lei nº 9.784 de 29/01/99. Se o lançamento apresentar vício em seu processo de produção não respeitando os dispositivos de sua formalização, é caso de anulação, por vício de forma.

Recurso Voluntário Provido.”

CONCLUSÃO:

“ Desse modo, com base nos critérios estabelecidos no Art.150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, em PRELIMINAR, determino que se reconheça a

DECADÊNCIA do crédito lançado para a competência 10/2002, inclusive, e anteriores, bem como com fulcro nos parágrafos únicos dos artigos 16 das portaria RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007, e Portaria **MPS/SRP** nº 3.031, de 16 de dezembro de 2005, declaro **NULO** o lançamento **POR VÍCIO FORMAL**.”

ACÓRDÃO:

“ **ACORDAM** os membros do Colegiado, por maioria de votos nas preliminares em anular o lançamento por vício formal com fulcro nos §§ únicos dos artigos 16 das Portarias RFB nº 4.066, de 02/05/2007, e MPS/SRP nº 3.031, de 16/12/2005. Vencido o Conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.”

DA MANUTENÇÃO DO VOTO.

A parte final do embargo interposto define claramente a razão do feito e o que se pretende restar esclarecido. A hipótese de futuramente contestar somente é aventada se mantida a decisão de reconhecer decaídas as competências em apreço com fulcro no art. 150, § 4º do CTN :

[...] Contradição esta verificada ao analisarmos que o dispositivo do julgado apenas se refere à anulação do Auto por vício formal, enquanto que a ementa e o voto acolheram ainda a decadência parcial das competências 10/2002, inclusive, e anteriores.

A contradição apontada deve ser sanada em respeito ao principio da segurança jurídica e pela correta delimitação da lide, para que a Fazenda Nacional possa recorrer de forma clara e inequívoca, privilegiando-se o exercício da ampla defesa, garantia constitucionalmente assegurada às partes, tanto no processo judicial quanto no administrativo. Até porque se a decisão quanto à decadência com fulcro no art. 150, § 4º do CTN for mantida, há interesse da Fazenda Nacional em recorrer.” (grifos de minha autoria)

Neste sentido, por oportuno, me ocorre que considerando que no Acórdão - **nas preliminares** - a Turma, por maioria de votos **resolveu anular o lançamento em razão de irregularidade formal observada desde o início**, entendo que nestas circunstâncias não que falar em decadência parcial, qualquer que seja o critério adotado.

É relevante observar que a I. Procuradora não contesta exatamente a decisão tomada mas sim a forma obscura como foi disposta ensejando devidos esclarecimentos.

Isto posto, retirando do Acórdão pretérito os argumentos e a decisão sobre decadência, reitero a íntegra das razões que expus sobre o vício verificado quando da condução daquele voto e as submeto a esta Egrégio Colegiado:

DA PREJUDICIAL DE NULIDADE

Das revisões fiscais.

Em sede de impugnação reiterado em grau de recurso, a recorrente alega NULIDADE :

“Portanto, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito NFLD n.º 37.0988132, encontra-se eivada de vícios por se referir a fatos geradores ocorridos em períodos homologados por procedimentos Fiscais, anteriores, o que justifica sua NULIDADE.”

Ainda em sede de impugnação, conforme alega em sua defesa às fls. 504, item 4.1., a recorrente afirma que sofrera anterior ação fiscal na forma do Mandado de Procedimento Fiscal MPF nº 00019957, de 28 de agosto de 2002, encerrado em 14 de julho de 2003 que culminou com o Lançamento de Débitos Confessados LDC's , nº 35.323.78874, nº 35.323.7990 e nº 35.323.7892.

Desse modo, segundo a empresa, o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF emitido conforme fls. 27, sob o nº 09415225 FOO, no curso de uma auditoria iniciada sob o MPF nº 09365389 F OO, de fls.23, definido para analisar o período janeiro de 2003 a maio de 2006, retroagindo a fiscalização para março de 2002 e avançando o termo final para julho de 2007 **estaria representando uma refiscalização de março de 2002 a junho de 2003.**

Exortou o preceituado no artigo 149 do Código Tributário Nacional - CTN e colacionou farta jurisprudência quanto às hipóteses de refiscalização onde, à seu juízo, não sucumbia.

Analisando os fatos, destaco que nas ações do gênero, no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, campo DESCRIÇÃO SUMÁRIA, **é comum se verificar a informação de que trata-se de Revisão Fiscal por determinação SUPERIOR na forma do artigo 149 do CTN. Tal registro não consta observado na auditoria em comento.** A praxe caracteriza a legalidade da operação e ilide hipótese de excesso de exação no transcorrer de uma ação fiscal ordinária. Aduz que, na forma do que se determina no , inciso IX do artigo 140 do CTN a revisão ocorre:

*“Art. 149. O lançamento é efetuado e **revisto de ofício** pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*

IX quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.”

Na Instrução Normativa INSS/DC Nº 100, de 18 de dezembro de 2003, se observa nos artigos 587 e 588 que :

Dos Conceitos

Art. 587. A ação fiscal do INSS, com vistas a verificar e exigir o fiel cumprimento da legislação previdenciária, é realizada de acordo com planejamento desenvolvido conjuntamente pela Diretoria da Receita Previdenciária, por intermédio da Coordenação Geral de Fiscalização, com as Gerências Executivas da Previdência Social, por intermédio das Divisões ou dos Serviços de Receita Previdenciária das Gerência Executiva, mediante:

I Auditoria Fiscal Previdenciária (AFP);

II Diligência Fiscal (DF);

III Atividade Específica (AE).

Art. 588. A Auditoria Fiscal Previdenciária (AFP) ou Fiscalização é o procedimento fiscal externo que objetiva orientar, verificar e controlar o cumprimento das obrigações previdenciárias por parte do sujeito passivo, podendo resultar em lançamento de crédito previdenciário, em lavratura de Auto de Infração ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive aqueles armazenados em meio digital ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados.

§.1º A AFP poderá, a critério da autoridade competente, ser determinada com vistas a abranger períodos e fatos já objeto de ações fiscais anteriores § 2º Do procedimento fiscal realizado na forma do § 1º deste artigo, poderá resultar novo lançamento ou a revisão de lançamento de crédito previdenciário nas hipóteses previstas no art. 149 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN)."

A instrução normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005 DOU de 15/07/2005, que revogou a IN 100 acima citada, que mais tarde , também, seria revogada pela Instrução Normativa n 971, de 13 de novembro de 2009, **não mencionou o § 2º do artigo 588 da instrução IN 100 revogada. Tal fato não impede o dever de se observar o artigo 149 omitido na instrução.**

DA EXTINÇÃO DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – MPF E DA COMPETÊNCIA PARA LAVRATURA DO AUTO

A ação fiscal em tela teve início em **02/02/2007** na forma do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF n 09365389 F OO, de fls.23.e, segundo registro de fls. 26, a última prorrogação ocorreu em 02/05/2007 com prazo de execução até 23 de junho de 2007. O encargo da condução da ação fiscal **fora atribuído à Auditora Fiscal Wilemara Solange Polato.**

De acordo com o Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF de fls. 47, a auditoria foi concluída em 07/11/2007.

Em 21 de agosto de 2007, na vigência da Portaria n ° 4.066, de 2 de maio de 2007, novo Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, **atribuído à mesma Auditora Fiscal Wilemara Solange Polato**, fora emitido conforme fls. 27, sob o nº 09415225 FOO, sem encerramento da auditoria fiscal já em curso, com novas atribuições bem como novo período com retroação e maior abrangência quanto ao termo final.

No Relatório Fiscal às fls.50, item 4.2, a Auditora Fiscal manifesta que fora em função da criação da Receita Federal do Brasil, através da Lei 11.457/2007 que se emitiu o novo Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. Entretanto, não informa em qual ou quais artigos da Lei estaria amparada a emissão, bem como a dilação do período fiscalizado :

“A auditoria fiscal foi designada no MPF - Mandado de Procedimento Fiscal nº 09365389 e iniciou-se com a assinatura do TIAD - Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, em 02/02/2007. Esse Mandado de Procedimento Fiscal foi substituído pelo de nº 09415225, em função da criação da Receita Federal do Brasil, através da lei 11.457, de 16/03/2007, alterada pela Lei nº 11.518, de 05/09/2007.”

As instruções de prorrogação de Mandados de Procedimento Fiscal - MPF nos artigos 12, II e 13 , caput, da Portaria, RFB nº 4.066, **de 2 de maio de 2007**, vigente na oportunidade, determinam que se prorroguem em até no **máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização** as ações em curso não se permitindo deixar de observar a formalidade protocolar de emissão do documento:

“Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I cento e vinte dias, nos casos de MPFF e de MPFE;

II sessenta dias, no caso de MPFD.

*“Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, **em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização**, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.”.*

O hiato de quase 2 meses para cumprir o procedimento protocolar observado entre o prazo de encerramento do primeiro MPF de nº 09365389 FOO, 29 de junho de 2007 e a notificação do segundo MPF de nº 09415225 FOO, 21 de agosto de 2007 causou solução de continuidade tornando , legalmente, extinto o Mandado de Procedimento Fiscal .

Eis que na mesma multicitada Portaria, o artigo 16 preceitua que o descumprimento dos aludidos prazos de emissão de prorrogação de MPF que causara a extinção do MPF, não implica nulidade dos atos praticados podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

No que se refere ao procedimento da emissão do novo Mandado, a Autoridade Fiscal agiu na forma das instruções. Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo 16 determina que : “na emissão do novo MPF de que trata este artigo, **não poderá ser indicado o mesmo AFRFB responsável pela execução do Mandado extinto ”**

Desse modo, na forma da Portaria, RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007, **algumas determinações ali introduzidas foram descumpridas** tais quais o contido nos artigos 16, parágrafo único assim como no artigo 22:

“ Da Extinção do Mandado de Procedimento Fiscal Art. 15. O MPF se extingue:

I pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio, com a ciência do sujeito passivo;

II pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.”

De fato não se observou um termo próprio para a ciência do sujeito passivo. Entretanto, não tendo sido formalizado o termo, **ocorreu a extinção pelo decurso dos prazos prevista nos artigos 12 e 13:**

“Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I cento e vinte dias, nos casos de MPFF e de MPFE;

II sessenta dias, no caso de MPFD.

*Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, **em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.***

§ 1º A prorrogação de que trata o caput poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII. § 2º Na hipótese do § 1º, o AFRFB responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo após cada prorrogação, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo o MPF emitido e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo VI.”

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do artigo anterior não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a

emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

*Parágrafo único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, **não poderá ser indicado o mesmo AFRFB responsável pela execução do Mandado extinto.***

(...)

Art. 22. Os procedimentos fiscais iniciados antes de 2 de maio de 2007, no âmbito da Secretaria da Receita Federal e da Secretaria da Receita Previdenciária, deverão ser encerrados até 31 de outubro de 2007.

*§ 1º Na impossibilidade de cumprimento do prazo a que se refere o caput, os procedimentos fiscais terão **continuidade, devendo ser prorrogados pela autoridade outorgante dos respectivos MPF, observado o disposto no art. 13. (Redação dada pela Portaria RFB nº 11.161, de 19 de outubro de 2007)***

De mesmo teor acima destacado é o parágrafo único do, também, artigo 16 da Portaria MPS/SRP nº 3.031, de 16 de dezembro de 2005 DOU de 22/12/2005:

“CAPÍTULO V

DA EXTINÇÃO DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Art. 15. O MPF se extingue:

I pela conclusão do procedimento fiscal, registrado em termo próprio;

II pelo decurso dos prazos a que se referem os arts. 12 e 13.

Art. 16. A hipótese de que trata o inciso II do art. 15 não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão do Mandado extinto determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento fiscal.

Parágrafo Único. Na emissão do novo MPF de que trata este artigo, não poderá ser indicado o mesmo servidor responsável pela execução do Mandado extinto.”(grifei)

DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O artigo 41, III, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, determina que :

“Art. 41. São deveres dos conselheiros, dentre outros previstos neste Regimento:

(...)

III observar o devido processo legal, assegurando às partes igualdade de tratamento e zelando pela rápida solução do litígio.” (grifei)

O princípio do devido processo legal assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais.

Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo.

O devido processo legal é considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado persecutor.

É um conceito de direito que busca uma adequação do processo à ritualística prevista, praticamente confundindo-se ao **princípio da legalidade** .

DO VÍCIO FORMAL

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

Autenticado digitalmente em 28/06/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 01/07/2013 por CARLOS ALBERTO MEE S STRINGARI

Impresso em 18/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O Discriminativo Sintético de Débito – DSD de fls.11, registra que no período que se questiona a ocorrência de refiscalização somente foram levantadas as competências 03 e 06 de 2002.

As aludidas competência tendo sido totalmente abrangidas pelo instituto da decadência não se traduziram, pois, em prejuízo para a recorrente.

De todo o episódio em razão de incompetência de pessoa restou viciado o lançamento pelo fato de a mesma autoridade fiscal ter prosseguido na atuação da ação fiscal em descumprimento do parágrafo único do artigo 16, da Portaria, RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007, então vigente.

O artigo 10 do Decreto 70.235/72, determina que :

Art.10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I a qualificação do autuado;

II o local, a , data e a hora da lavratura;

III a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

Ainda sobre o Decreto 70.235/72 , de acordo com os ditames dos artigos 59, 60 e 61 do Decreto 70.235/72 são nulos os termos lavrados por pessoa incompetente :

“ (...) ”

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 supri-lhe a falta.(Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)

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.”

Ademais o artigo 53 da Lei 9.784/99 preceitua que ; “ A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Assim, se o lançamento apresentar vício em seu processo de produção não respeitando os dispositivos de sua formalização, como no presente lançamento, é caso de anulação, por vício de forma.

DA ECONOMIA PROCESSUAL

Diante da análise posta, por economia processual, deixo de enfrentar demais alegações da Recorrente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para, em **PRELIMINAR**, com fulcro nos parágrafos únicos dos artigos 16 das portaria RFB nº 4.066, de 2 de maio de 2007, e Portaria **MPS/SRP** nº 3.031, de 16 de dezembro de 2005, declarar **NULO** o lançamento POR VÍCIO FORMAL.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator