



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n° 14485.000015/2007-61
Recurso n° 145.937 Voluntário
Matéria Salário Indireto: Transporte
Acórdão n° 205-01.415
Sessão de 02 de dezembro de 2008
Recorrente GP SERVIÇOS GERAIS LTDA.
Recorrida DRP SÃO PAULO-SUL/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2000 a 31/12/2005

DECADÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

**RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS E VÍNCULOS.
SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA.**

Os relatórios de Co-Responsáveis e de Vínculos são partes integrantes dos processos de lançamento e autuação e se destinam a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esses relatórios não são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal.

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

A ausência de fundamento legal é vício formal insanável que torna nulo o lançamento.

Processo anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por maioria de votos, anular o auto de infração/lançamento, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Marco André Ramos Vieira que votou pela anulação da decisão de primeira instância para complementação do relatório.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Edgar Silva Vidal (Suplente)

Relatório

Trata a presente notificação de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados a título de vale-transporte, no período de 01/2000 a 12/2005, em desacordo com a legislação vigente.

A NFLD foi cientificada ao sujeito passivo em 30/06/2006, precedida pelo Mandado de Procedimento Fiscal recebido em 23/06/2006.

O relatório fiscal de fls. 50/54, explicita que o vale-transporte era pago aos empregados em dinheiro a partir de decisão favorável obtida pelo sindicato da categoria em sede de liminar no Mandado de Segurança n.º 1999.61.00.45668-5. Às fls. 55/56, consta demonstrativo mensal dos valores apurados, dos quais foram descontadas as parcelas relativas aos segurados.

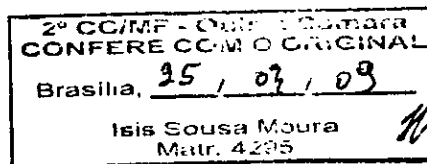
Após a impugnação, os autos baixaram em diligência para apreciação dos documentos de fls. 170 a 2.295, relativos a GFIP's.

O auditor fiscal notificante se pronunciou à fl.2.302, dizendo que tais documentos não se referiam a esta notificação, mas a auto de infração lavrado na mesma ação fiscal.

Decisão-Notificação de fls. 2304/2324, pugnou pela procedência do lançamento.

Inconformada a notificada apresentou recurso tempestivo, onde argúi em síntese:

- a) que paga vale-transporte em dinheiro para seus funcionários em decorrência de acordos coletivos celebrados com o sindicato da categoria;
- b) que a lei n.º 8.212/91 diz que o pagamento a título de vale transporte não integra o salário de contribuição desde que pago de acordo com a legislação própria;
- c) que a lei n.º 7.418/85 não veda a concessão da verba em dinheiro, o que só veio através do Decreto n.º 95.247/87, que excedeu os limites da lei incorrendo em inconstitucionalidade e ilegalidade;
- d) que os Tribunais Regionais Federais também entendem que não há incidência de contribuição sobre valores pagos em pecúnia;
- e) que a verba tem natureza indenizatória;
- f) que o pagamento em dinheiro está validado por decisão judicial nos autos do processo do Mandado de Segurança,



conforme relatado pela fiscalização e o INSS deve se abster da prática de atos coercitivos ou punitivos em razão do não recolhimento da contribuição previdenciária; o recurso de apelação da previdência social foi recebido apenas no efeito devolutivo; a NFLD desrespeitou decisão judicial

- g) que foi comprovado que os empregados custearam os 6% do valor concedido a título de vale-transporte;
- h) que a Medida Provisória n.º 280, de 15/02/2006 permitiu o pagamento em pecúnia, o que só foi revogado com a Lei n.º 11.311, de 13/06/2006;
- i) que o cálculo do valor da contribuição devida pelos segurados no percentual de 8% é incorreto e o arbitramento não foi devidamente justificado;
- j) que o crédito lançado está parcialmente decadente nos ditames do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional;
- k) que é inconstitucional a taxa SELIC;
- l) que a notificação está viciada, posto que não há razão para terem sido indicados os sócios e procuradores da recorrente como co-responsáveis pelo débito.

Requer a anulação da NFLD, sendo homologada a extinção do crédito tributário. Alternativamente requer a suspensão da exigibilidade da NFLD, em vista da inclusa certidão de objeto e pé, que certifica a existência de sentença em Mandado de Segurança e a exclusão dos sócios e procurados da condição de co-responsáveis pelo crédito tributário.

É o relatório.

Voto

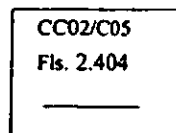
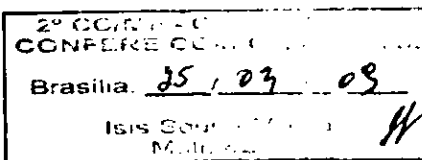
Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo conheço do recurso e passo ao seu exame.

Das Preliminares

Refere-se o crédito lançado às contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos em pecúnia a título de vale-transporte para os segurados empregados no período de 01/2000 a 12/2005. Consta à fl.01 dos autos, que a NFLD foi recebida pelo sujeito passivo em 30/06/2006.

A recorrente alega que parte do crédito está decadente em conformidade com o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.



Com efeito, há que de destacar que nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

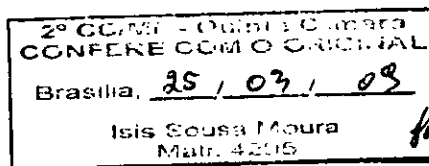
Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

5



Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, somente se homologa pagamento, caso esse não exista, não há o que ser homologado, devendo ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

Portanto, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar a preliminar argüida quanto ao prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional, artigo 173, inciso I, uma vez que os valores devidos não foram objeto de recolhimento previdenciário:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

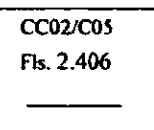
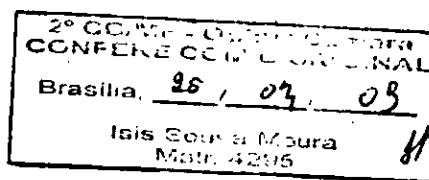
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Devem ser excluídas da notificação as competências até 11/2000, inclusive.

Quanto à solicitada exclusão dos sócios e procuradores da notificação, cabe esclarecer que a relação de co-responsáveis, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir os sócios da empresa no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo que,



eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com o parágrafo 3º do artigo 4º da Lei nº 6.830/80, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização dos sócios somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, os sócios não sofreram restrições em seus direitos. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese dos responsáveis serem convocados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Ademais, os relatórios de Co-Responsáveis e de Vínculos fazem parte de todos processos como instrumento de informação, a fim de se esclarecer a composição societária da empresa no período do lançamento ou autuação, relacionando todas as pessoas físicas e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.

O art. 660 da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais e esclarece:

Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:

(...)

X - Relação de Co-Responsáveis - CORESP, que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;

XI - Relação de Vínculos - VÍNCULOS, que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

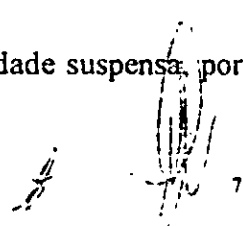
Acolhida parcialmente a preliminar de decadência passo ao exame do mérito.

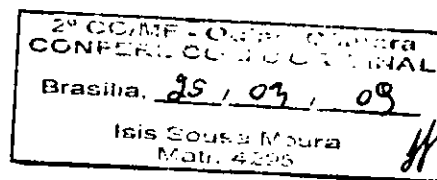
Do Mérito

De acordo com os elementos constantes dos autos a recorrente possui ação judicial, MS Processo 1999.61.00.045668-5, onde discute a legalidade do pagamento em pecúnia dos valores referentes ao vale-transporte.

Conforme certidão de objeto e pé juntada à fl. 158, tem-se que nos autos do Mandado de Segurança acima mencionado foi proferida sentença assegurando aos associados da impetrante (Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo) a suspensão da exigibilidade da contribuição incidente sobre o vale-transporte, com a abstenção da prática de atos coercitivos ou punitivos em razão do não recolhimento da contribuição previdenciária.

Portanto, o crédito aqui apurado se encontra com a exigibilidade suspensa, por força de medida judicial.





De acordo com o disposto no art. 126, § 3º da Lei nº 8.213/1991, a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Toda a matéria litigiosa no Judiciário impede o conhecimento administrativo, motivo pelo qual deixo de me manifestar quanto às contribuições relativas ao vale-transporte.

É oportuno esclarecer, entretanto, que não há que se confundir "suspensão da exigibilidade do crédito tributário" com a impossibilidade de lançamento. A "suspensão" refere-se tão somente a exigibilidade do crédito previdenciário por via de execução, ou seja, do adimplemento forçado em juízo, impedindo que sejam praticados, contra o sujeito passivo, atos de natureza constitutiva, expropriatórios ou assemelhados, ainda que esgotada a fase administrativa.

Assim, ao contrário do que pretende a recorrente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não afeta a efetividade do lançamento escoreito, feito por autoridade competente dentro dos moldes definidos em lei. Em regra, quando o contribuinte ajuíza ação para afastar a cobrança de determinada contribuição, não fica a Fazenda Pública impedida de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do art. 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

Neste sentido, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, consolidado em acórdão da lavra da Segunda Turma, cuja ementa é ora transcrita:

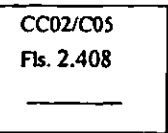
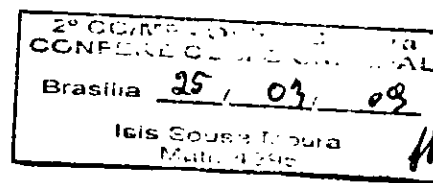
"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MEDIDA LIMINAR – RECURSO ADMINISTRATIVO – LANÇAMENTO – EFETIVAÇÃO DE NOVOS LANÇAMENTOS – POSSIBILIDADE – CTN, ARTS. 151, I E III E 173 – PRECEDENTES. A concessão da segurança requerida suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não tem o condão de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, paralisando apenas a execução do crédito controverso." (STJ – Segunda Turma – RESP 75075 – Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 14.04.2003, p.206)."

Por outro lado, o lançamento do débito, mesmo estando a Fazenda Pública impossibilitada de cobrar, tem como objetivo resguardar o crédito previdenciário do prazo decadencial. Note-se que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei, e, em razão disso, eventual demora na solução do processo judicial poderia acarretar a perda do direito de constituir o crédito pelo lançamento, caso a recorrente fosse vencida no pleito judicial.

Desta forma, o ajuizamento de ação pelo contribuinte visando afastar a cobrança de determinada contribuição não impede a Administração de proceder ao lançamento, ainda que haja causa de suspensão da exigibilidade do crédito, ficando, neste caso, suspensos tão somente os atos executórios de cobrança.

Assim, verifico que a fiscalização agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, eis que o lançamento é ato vinculado e obrigatório, procedendo corretamente ao lançar o

18



crédito previdenciário, o qual ficará com sua exigibilidade suspensa até o final da demanda judicial ou até decisão judicial que lhe possibilite a cobrança.

Quanto a ilegalidade da taxa SELIC como juros moratórios e a sua solicitada exclusão, saliento que os mesmos vêm determinados pela legislação:

Artigo 34 da Lei nº 8.212/91

"Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)"

A propósito, convém mencionar que o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou a SÚMULA Nº 3, em 18 de setembro de 2007, nos seguintes termos:

"SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

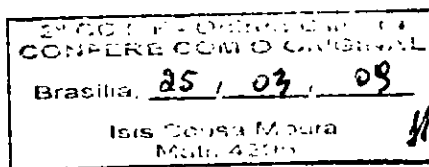
Assim com relação à demanda judicial, na inexistência de depósitos judiciais é passível a incidência dos juros moratórios, eis que somente o depósito integral do montante devido faria cessar tal incidência.

Com relação à argüição de que a contribuição relativa a parte do segurado foi aferida em 8%, sem observar a alíquota reduzida de 7,65% em função da CPMF, nem o teto do salário de contribuição para alguns segurados, bem como há ausência de dispositivo legal que autorize a aferição, confiro razão à recorrente.

A decisão recorrida argumenta que o artigo 599 da Instrução Normativa n.º 03/2005, para a hipótese de aferição indireta da base de cálculo, autoriza a aplicação da alíquota mínima, frente à impossibilidade de individualização dos valores pagos pela empresa a título de vale-transporte. E, o relatório fiscal à fl.52, diz que a alíquota relativa à contribuição dos segurados foi aferida em 8%, devido à impossibilidade de individualização dos valores creditados a cada segurado empregado no período.

Todavia, analisando os autos constatei que não há fundamento legal que sustente a aferição indireta tanto, no anexo Fundamentos Legais do Débito -FLD, fls.38/41, quanto no Relatório Fiscal, fls.50/54.

Portanto, não constando a fundamentação legal que ampara o arbitramento, se vislumbra o cerceamento de defesa, pois o contribuinte não foi devidamente informado do procedimento utilizado pela fiscalização, não podendo se manifestar a respeito.



Entendo que estando a fiscalização impossibilitada de lançar a contribuição do segurado empregado nos percentuais vigentes por faixa salarial, respeitando o limite máximo do salário de contribuição, a fundamentação legal do débito deveria, obrigatoriamente, trazer o artigo 33, parágrafo 3, da Lei n. 8.212/91, que autoriza o procedimento de aferição indireta. Porém, não se encontra o dispositivo citado nos fundamentos legais do débito, tampouco no relatório fiscal, o que leva a nulidade do lançamento.

A falta de referência ao fundamento legal que sustenta o lançamento fiscal gera cerceamento de defesa e a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A falta de indicação da legislação que confere poder à fiscalização para proceder ao arbitramento, impossibilita que o contribuinte tenha conhecimento de que o valor lançado foi arbitrado, lhe sonogando o direito de se defender quanto a isso.

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.

Feitas estas considerações, entendo que a notificação deve ser anulada porque o contribuinte não teve ciência da fundamentação legal que embasou o levantamento.

Pelo princípio constitucional do contraditório, é facultado à parte manifestar sua posição sobre fatos trazidos ao processo pela outra parte vez que tomando conhecimento dos atos processuais, pode, se desejar, reagir contra os mesmos.

Inserem-se no princípio do contraditório a chamada regra da informação geral e também a regra da ouvida dos sujeitos ou audiência das partes.

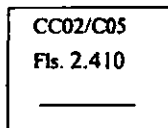
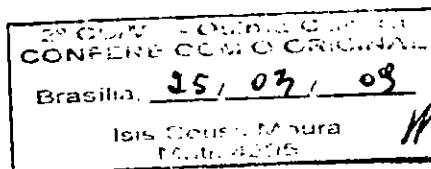
O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

Art. 5º, 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;

Foi contemplado também no art. 2º, caput e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

Lei nº 9.784/99, 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:



(...)

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; (grifo nosso)

Nesse sentido, entendo que a notificação é nula, por cerceamento ao direito de defesa, pois não trouxe os fundamentos legais que embasaram o lançamento por aferição indireta, o que certamente causou prejuízo ao contribuinte.

Ademais, é de se notar que foi comandada diligência fiscal, fl.2297, após a apresentação da defesa, em que o contribuinte anexou documentos, GFIP's, de fls. 170/2.295, sendo que a fiscalização se pronunciou à fl.2.302 e do resultado da diligência não foi conferida ciência à notificada. Tal procedimento também configura o cerceamento de defesa e levaria a anulação da decisão de primeira instância, frente ao disposto no artigo 59 do Decreto 70.235/72:

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.

Porém, a falta de fundamentação legal que autoriza o arbitramento das contribuições devidas, viciou o lançamento fiscal, pois impossibilitou que o recorrente se defendesse de tal fato, se sobrepujando à falta de ciência da diligência.

Pelo exposto, voto pela anulação do lançamento.


Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008

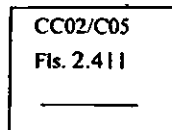
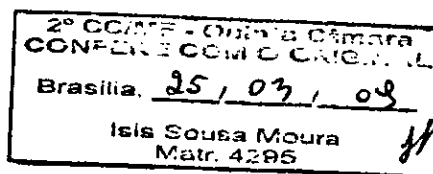

LIEGE LACROIX THOMASI

Declaração de Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS OLIVEIRA

Diferentemente do entendimento do Conselheiro Relator, não é o caso de se anular o presente lançamento. Entendo que uma complementação do relatório fiscal pode sanar as omissões encontradas.


11



Conforme dispõe o art. 28 da Portaria MPAS n.º 357/2002, o lançamento com ausência de fundamentação legal é nulo.

Art. 28. 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;

III - o lançamento com ausência de fundamento legal, erro na identificação do fato gerador, do período ou do sujeito passivo ou não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF;

Contudo, a Portaria MPAS n.º 357/2002 foi revogada pela Portaria MPS n.º 520/2004. Essa Portaria, em seu artigo 32, não menciona a hipótese de ausência de fundamento legal como causa de nulidade do processo administrativo e de acordo com o previsto no art. 44, para os processos em curso na Previdência Social deveria ser aplicada a referida Portaria MPS n.º 520/2004, nestas palavras:

Art. 44 O disposto nesta Portaria aplica-se imediatamente aos processos em curso no Instituto Nacional do Seguro Social e no Conselho de Recursos da Previdência Social, ficando revogada a Portaria n.º 357, de 17.04.2002, publicada no DOU de 18.04.2002, seção I.

De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, há apenas dois casos de nulidades: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Conforme disposto no art. 60 do referido Decreto, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das acima referidas 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.

Destaca-se que mesmo nos casos de preterição do direito de defesa, não deve ser anulada a NFLD ou o auto de infração, mas sim a decisão ou o despacho. Prova desse entendimento é que se não houver a identificação do sujeito passivo, não há dúvida que há um cerceamento ao direito de defesa, mas pergunta-se: há que ser anulada a NFLD? Entendo que não, assim como a maior parte, se não a totalidade dos demais Conselheiros. Não se pode olvidar que a identificação é parte necessária ao aperfeiçoamento do lançamento fiscal, e portanto é intrínseco ao ato, mas o vício dessa identificação não é causa de nulidade do procedimento fiscal.

Não se pode esquecer que o lançamento após notificado ao sujeito passivo não se torna perfeito e acabado. Esse lançamento pode ser alterado em função da impugnação do sujeito passivo, por recurso de ofício ou por iniciativa de ofício, conforme previsão no art. 145 do CTN. O processo administrativo fiscal tem justamente a função de constituir definitivamente ao crédito, assegurando-lhe a certeza e a liquidez. Caso não adotemos essa característica inerente ao processo administrativo, transformariamos nossas decisões na cômoda anulação da NFLD ou do auto de infração, nos furtando à análise de mérito, para procurarmos meras irregularidades formais na constituição do crédito.

O apego demasiado à formalidade por este Colegiado vai de encontro aos princípios do Direito Administrativo da economia processual e da eficiência. Se é reconhecido que a fiscalização pode efetuar novo lançamento fiscal, após a anulação por vício formal, para que gastar tanto esforço e tempo, se podemos aproveitar todas as provas que estão colacionadas aos autos, possibilitando a correção do feito?

Não entendo ser aplicável ao presente caso o Parecer CJ/MPAS n.º 1.045/1997, uma vez que esse Parecer é específico para o caso em que a nulidade do procedimento não foi detectada pelo CRPS, mas somente quando da inscrição do crédito em Dívida Ativa. Sendo assim, não havia como corrigir a falha, senão pela anulação da Notificação Fiscal. Além do mais, o referido Parecer referia-se a uma legislação anterior à Portaria MPS n.º 520, que foi publicada pelo próprio Ministro de Estado. Os Pareceres também não se posicionaram sobre a aplicabilidade dos arts. 59 e 60 do Decreto n.º 70.235.

A persistir o entendimento desta Câmara, em qualquer hipótese que se verificar uma irregularidade, que ensejasse complementação do relatório fiscal, esta não poderia ser realizada. Desse modo, a decisão descumpra a lei, no caso o Decreto n.º 70.235/1972, uma vez que nenhuma diligência poderia ser mais realizada, pois toda a diligência colaciona novas informações que não constavam no relatório inicial.

Destaca-se que a possibilidade de complementação do relatório fiscal, reconhecendo o saneamento do vício, já foi ratificada por este Colegiado, por unanimidade, no julgamento do recurso de n.º 142.245, em 12 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

Não obstante as razões apresentadas, entendo que a diligência fiscal, relatório complementar e despacho decisório emitidos [fls. 53-64], com a conseguinte intimação da ora Recorrente para manifestação, sanaram o vício constante do lançamento, sendo inoportuna e despicienda qualquer reparação por este órgão julgador. (grifei)


Sendo assim, entendo que a partir da publicação da Portaria MPS n.º 520/2004, o vício no fundamento legal passou a ser considerado como sanável.

Não se pode confundir falta de fundamentação legal, com falta de fundamento legal. Em virtude de a Administração somente poder agir se houver previsão em lei para a prática do ato, caso não haja tal fundamentação legal, o ato será nulo. Diferentemente será a hipótese de ausência de um dispositivo legal que não foi arrolado no relatório; falta do fundamento legal, entendo que tal vício pode ser corrigido.

Diante da irregularidade constatada, há que ser aplicado o Decreto n.º 70.235/1972 devendo ser efetuada notificação fiscal complementar, conforme previsto no 18, § 3º, nestas palavras:

Art. 18 (...)

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, pruzo para

A  13

impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

A notificação complementar a ser efetuada pelo órgão previdenciário deve ser apensada aos presentes autos, devolvendo-se aos sujeitos passivos prazo para defesa administrativa relativa ao fundamento acrescentado ao relatório.

O contribuinte se defende não apenas dos dispositivos legais elencados pelo Auditor, mas principalmente dos fatos ocorridos e narrados pela fiscalização. Assim, o apego à ausência do fundamento legal é atribuir um peso excessivo à NFLD quanto à norma legal, esquecendo-se este colegiado que o direito tributário tem como fonte imediata a situação fática (fato gerador). Por isso a omissão quanto ao dispositivo da norma pode ser regularizada.

Ora, se é possível a complementação do relatório fiscal por decisão de primeira instância, qual o motivo de não ser possível por decisão de segundo grau, ainda mais quando é reconhecido que o Conselho de Contribuintes possui competência para rever todas as decisões proferidas pelas DRJ.

Pelo exposto, entendo que deveria o julgamento ser convertido em diligência a fim que seja complementado o relatório fiscal. Entretanto, tal diligência traria novas informações que não teriam sido analisadas na primeira instância administrativa, inovando a matéria em grau de recurso, o que ocasionaria a supressão de instância. Desse modo, para não ferir o princípio da ampla defesa, e para não suprimir a primeira instância, por uma questão lógica deve ser anulada a decisão de primeira instância para que seja possibilitada a complementação do relatório fiscal.

Deve o Auditor notificante completar o relatório fiscal indicando o dispositivo. Repita-se que entendo que não cabe a diligência para complementar o relatório em segunda instância administrativa, pois ocasionaria a supressão de instância; por esse motivo é que voto por anular a decisão-notificação. Anulando a decisão de primeiro grau é reaberta toda a discussão sobre os dados que porventura sejam acrescidos aos autos, o que favorece o contraditório e a ampla defesa.

CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER do recurso do notificado para ANULAR a Decisão-Notificação.

Sala de Sessões, em 02 de dezembro de 2008


MÁRCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA