



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

Processo n° 17546.000160/2007-79
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.594 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de junho de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente MUNICIPIO DE JUNDIAI PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 30/05/2001

VERDADE MATERIAL. NULIDADE . VÍCIO MATERIAL.

é um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. O artigo 53 da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, aplicado subsidiariamente, 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. Aduz que também o Decreto 70.235/72 no artigo 61 prevê que a nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade .

Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em declarar a nulidade por vício material “ab initio”. Votaram pelas conclusões os conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro e Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto e Marthius Sávio Cavalcante Lobato. Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza substituído pelo Conselheiro Jhonatas Ribeiro da Silva .

Relatório

É relevante iniciar comentando que muito embora não relatado e tampouco relevado pela primeira instância, se observa registrado às fls. 19, item 1, que a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, foi emitida em substituição à NFLD DEBCAD nº 35.386.553-2, tornada nula em razão de erro formal na identificação do sujeito passivo.

Conforme Relatório Fiscal de fls. 19, trata-se de lançamento de crédito previdenciário lançado na NFLD de nº 35.835.320-3 em apreço corresponde às contribuições dos segurados empregados, às devidas pela empresa, ao financiamento da complementação das prestações por acidentes de trabalho — SAT até 06/1997 e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho a partir de 07/1997 em decorrência de reclamações trabalhistas interpostas.

No Relatório Fiscal, às fls. 20, item 3, se a **Fiscalização declara que os acordos homologados não indicavam o período a que se referem nem discriminavam as verbas pagas** e assim se arbitrou a alíquota mínima de 8% - sem considerar o limite máximo do salário de contribuição - dos valores que deveriam ter sido retidos na forma de contribuições da parte dos segurados:

*“Foram apuradas também diferenças de recolhimento das contribuições devidas pelo segurado empregado, relativas ao mesmo período, em função da aplicação da **alíquota mínima de 8% sobre o valor total pago ou creditado, sem considerar o limite máximo do salário de contribuição**, já que os acordos homologados não indicam o período a que correspondia e nem as verbas estavam discriminadas.”*

No item nº 2 do Relatório supra informa que o período do débito e os documentos examinados, **diferente do relatório DSD de fls. 08 que registra 01/95 a 05/2001**, compreenderam as competências 01/1995 a 05/1998:

*“2.1 Período abrangente da constituição do débito previdenciário, é de **01/1995 a 05/1998**.”*

2.2 Documentos Examinados:

- Processos trabalhistas encerradas no período acima citado*
- GRPS do mesmo período.”*

DO RELATÓRIO DE FATOS GERADORES

Cumprido registrar que embora a Autoridade Fiscal, às fls.20, parte final, afirme ter colacionado o relatório com a relação dos processos trabalhista analisados. Minuciosa procura restou infrutífera.

“Os processos trabalhistas analisados, estão relacionados no Relatório de Fatos Geradores, integrante da presente NFLD.”

Concluindo, o Relatório Fiscal registra que ocorreram pagamentos antecipados à ação fiscal :

“As importâncias já recolhidas pelo órgão, e apresentadas durante a Auditoria Fiscal, foram deduzidas do presente levantamento, e encontram-se relacionadas no Relatório de Documentos Apresentados, integrante da presente”

Quanto a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, DEBCAD nº 35.386.553-2, ora substituída em razão de ter sido tornada nula por de erro formal na identificação do sujeito passivo, nenhum documento foi colacionado. Carece o processo inclusive da informação de qual foi Acórdão/data bem como em que momento ocorreu a notificação da NFLD substituída.

DA IMPUGNAÇÃO

A notificada apresentou sua impugnação por meio do instrumento de fls. 32/39.

Argumentou que a alíquota do SAT exigida em 3% é improcedente. Informa que a grande maioria dos cargos é burocrática, devendo lhe ser aplicada a alíquota de 1%, nos termos do artigo 26 do Decreto nº 356, de 7 de dezembro de 1991.

Defendeu que deva ser enquadrada no grau de risco leve, sob o código 801.99(9).

Sustentou que o código 801 previsto no grau de risco grave está relacionado os serviços públicos que encontram similitude com a atividade privada.

Informou que a sua posição está respaldada em laudo pericial, no qual se confirma a terceirização de serviços como coleta de lixo, canalização de esgoto, manutenção pesada de máquinas, construção civil, pavimentação de ruas, etc.

Quanto aos servidores que laboram no Hospital São Vicente de Paula, o grau de risco aplicável é o médio.

Salienta que o próprio Auditor Fiscal considerou o grau de risco leve em algumas competências.

Alegou que juntou aos autos documentos que comprovam que houve discriminação das verbas salariais e indenizatórias.

Sustentou a inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC como juros de mora.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Analisadas as alegações da impugnante e o Relatório Fiscal, conforme documento de fls. 44, a 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas – (SP) - DRJ/CPS CAMPINAS (SP), em 16 de agosto 2007, exarou decisão mediante o Acórdão nº 05-18.887 mantendo procedente o lançamento.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PRELIMINARES

Da preliminar de decadência

Do processo conexo

Coube a este Relator analisar e decidir sobre processo conexo nº 17546.000138/2007-29, também para substituir NFLD's anuladas por vício formal, resultado da mesma ação fiscal com Mandado de Procedimento Fiscal nº 09281983 - 00, submetido a apreciação da mesma Delegacia de Julgamento ora em tela:

“PROCESSO - 17546.000138/2007-29

ACÓRDÃO -05-25.188 - 7ª Turma da DRJ/CPS

DATA - 19 de março de 2009

INTERESSADO - MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ / PREFEITURA MUNICIPAL”

Na oportunidade, na forma do Acórdão supra, a Delegacia de Julgamento considerou que à época da anulação por vício formal, com base nas datas das notificações das NFLD's anuladas, essas já estavam parcialmente alcançadas pelo instituto da decadência:

“Da Decadência

A Fiscalização informa que a NFLD em julgamento foi lavrada em substituição das NFLD n's 35.386.557-5 e 35.386.571-0, constituídas em 26/02/2002 (data da ciência da contribuinte) e anuladas por vício formal.”

(...)

“Voto, por conseguinte, pela procedência parcial do lançamento, devendo ser excluído o crédito extinto pelo decurso do prazo decadencial quinquenal bem como os créditos relativos às glosas de salários-família recebidos pelos empregados que a Fiscalização não logrou êxito em demonstrar a irregularidade do pagamento.”

No presente processo a primeira instância se manteve silente e, também, no Relatório Fiscal restou omissa tais imprescindíveis informações sobre a notificação e eventual competências já decaídas por ocasião da decretação da nulidade.

Desse modo, tendo aquele processo supra como paradigma, ainda que se configure a fumaça de bom direito favorável ao contribuinte, é precário e somente indiciário inferir a mesma data de notificação para a NFLD substituída no processo em comento. Aduz que se fez realce de tal circunstância neste processo para sublinhar aspecto de um todo com as mesmas instáveis características.

Caberia pois neste momento se determinar o retorno dos autos em diligência para providenciar o saneamento. Entretanto, abandonando a prejudicial enfrentada e seguindo adiante na análise dos autos se verificam outros motivos que irão determinar decisão diferenciada e mais fundamentada.

DO TIAD E DO TEAF

O Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD de fls. 25 não tem assinatura de recebimento da recorrente, data de entrega e nem consta que fora entregue via postal. Também não informa o período da exigência. Aduz que não foi reiterado.

O termo de Encerramento da Ação fiscal – TEAF, de fls. 27, registra que a Fiscalização apenas se louvou em “OUTROS DOCUMENTOS” para imputar a infração.

DO ARBITRAMENTO

No Relatório Fiscal, às fls. 20, item 3, a Fiscalização declara que os acordos homologados não indicavam o período a que se referem nem discriminavam as verbas pagas e assim se arbitrou a alíquota mínima de 8% - **sem considerar o limite máximo** do salário de contribuição dos valores que deveriam ter sido retidos na forma de contribuições da parte dos segurados:

*“Foram apuradas também diferenças de recolhimento das contribuições devidas pelo segurado empregado, relativas ao mesmo período, em função da aplicação da alíquota mínima de 8% sobre o valor total pago ou creditado, **sem considerar o limite máximo do salário de contribuição**, já que os acordos homologados não indicam o período a que correspondia e nem as verbas estavam discriminadas.”*

Não se podendo afirmar que tipo de verba **estava sendo paga e nem o período**, atribuição esta de responsabilidade do Magistrado que exarou a sentença, **e sem considerar o limite máximo do salário de contribuição**, atribuição obrigatória da Autoridade lançadora do crédito tributário, me ocorre que o contribuinte não deu causa e ficou prejudicado de se defender em razão de o fato gerador não ter ficado claramente demonstrado conforme declara a própria Autoridade Fiscal. Assim todo o lançamento ficou maculado por vício insanável.

É comum que nas peças exordiais de ações trabalhistas o reclamante em seus pedidos descrevam o período, o valor e a natureza da verba pleiteada. Na hipótese de o Juiz entender assistir razão ao reclamante decidirá favoravelmente definindo as competências, os valores e a natureza, se rescisória ou indenizatória tal qual fora requerido. Assim, se por omissão não estiver definido na sentença estará no pedido.

Como foi visto, a Autoridade Fiscal declarou explicitamente a incerteza do período e da ocorrência do próprio fato gerador. É insustentável pois concordar que seja regular um lançamento em que não se tem certeza sobre o fato gerador, se de natureza rescisória ou indenizatória bem como em que momento teria ocorrido, se antes ou durante o período fiscalizado e até mesmo se foram efetivamente pagos na forma de recibos assinados pelo reclamante o que caracterizaria o real momento da incidência. Os acordos homologados representam em princípio a obrigação de a empresa pagar ao reclamante. O que irá definir a competência e o fato gerador será a exibição do recibo com a data e o valor e a informação da verba efetivamente paga a ex empregado. Se acaso a empresa não adimplir a determinação judicial não há que se falar em fato gerador posto que não havendo pagamento não há remuneração logo não há incidência.

Corroborando o entendimento supra e para demonstrar quão polêmico é o lançamento de tal “crédito”, ainda que se tenha certeza sobre a verba e o período, observa-se o que diz Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3000, de 1999 (RIR/99), em seu art. 56, : “no caso de **rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá no mês do recebimento, sobre o total dos rendimentos, inclusive juros e atualização monetária, podendo ser deduzido o valor das despesas com ação judicial necessárias ao recebimento dos rendimentos, inclusive com advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização**”.

O referido artigo do RIR/99 foi o que recepcionou o art. 12 da Lei nº 7.713, de 1988. O próprio art. 2º da referida Lei diz textualmente que : “o imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital **forem percebidos**”.

Portanto, os rendimentos **são tributados no mês do recebimento** e declarados na Declaração Anual de Ajuste (DAA) do ano do recebimento, independentemente do mês ou ano em que o rendimento foi efetivamente ganho (regime de competência).

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em conformidade com art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 2002, **editou o Ato Declaratório nº 1, de 27 de março de 2009 (DOU de 14/05/2009), determinando a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, na inexistência de outro fundamento relevante, em processos que visem obter a declaração de que, no cálculo do imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, devendo o cálculo ser mensal e não global.**

Diante da Aceitação do Recurso Extraordinário (RE) pelo STF, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio do PARECER PGFN/CRJ/Nº **2331/2010**, suspendeu os efeitos do Ato Declaratório nº 1, de 27 de março de 2009, até que haja o deslinde final pela Corte Maior sobre a constitucionalidade do art. 12 da Lei nº 7.713/88.

Faltou na ação fiscal intimar a empresa e reiterar via TIAD para a apresentação dos recibos referentes às homologações para aí sim, em caso de recusa, caracterizada a impossibilidade de se efetuar o lançamento de forma direta, arbitrar as bases de cálculo do crédito pelos valores, verbas e períodos homologados.

A exegese do artigo 112 do Código Tributário Nacional – CTN permite que a Autoridade Fiscal, em casos de dúvidas quanto à capitulação, à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, tenha entendimento mais benéfico ao contribuinte:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação ”

DA FALTA DE DOCUMENTAÇÃO PROBATÓRIA

A análise dos autos resulta que não foram juntados documentos da autuação substituída e tampouco da substituta.

VERDADE MATERIAL

A **verdade material** é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao **princípio do dispositivo**, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário. Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista.

Neste sentido, em decorrência, também, do **princípio da legalidade**, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a **verdade material**.

DO VÍCIO MATERIAL

Quando a descrição do fato não é suficiente **para a certeza absoluta** de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso.

A jurisprudência deste Conselho conforme o Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes entende a ocorrência de **vício material** quando:

“O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)”

O artigo 463, I, do Código de Processo Civil, aqui subsidiariamente exortado, contempla a possibilidade de, após a sentença, se providenciar diligência para corrigir erros **materiais**. Contudo o vício observado não se configura simples erro ou irregularidade formal :

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo.

Assim , é inexorável reconhecer a nulidade do presente auto de infração.

DA ECONOMIA PROCESSUAL

Face ao desfecho supra, por economia processual, deixo de enfrentar demais alegações da Recorrente.

CONCLUSÃO

Desse modo, por tudo que foi exposto, determino a NULIDADE da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD DEBCAD nº 35.835.320-3 em razão de a mesma estar eivada de VÍCIO MATERIAL “AB INITIO”.

É como voto.