



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

Processo n° 18186.001270/2007-57
Recurso n° 147.138 Voluntário
Acórdão n° 2301-00.086 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2009
Matéria Decadência
Recorrente SGS DO BRASIL LTDA.
Recorrida DRP SÃO PAULO-SUL/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1995 a 31/12/1995

Ementa:

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, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

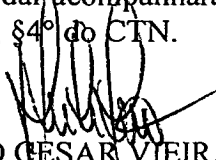
Recurso Voluntário Provido.


A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, located on the right side of the page.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

A small handwritten mark or signature at the bottom right corner of the page.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 1ª turma ordinária do Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos acatar a preliminar de decadência para provimento do recurso, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Edgar Silva Vidal acompanharam o relator somente nas conclusões. Entenderam que se aplicava o artigo 150, §4º do CTN.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente


LIÉGE LACROIX THOMASI
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liège Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata a notificação de contribuições apuradas por responsabilidade solidária entre o tomador e a empresa ELÉSIO R. ALMEIDA em decorrência da execução de serviços com cessão de mão de obra, no período de 07/1995 a 12/1995.

A notificação foi emitida em 14/04/2005, cientificada ao sujeito passivo através de Registro Postal em 06/05/2005 e o Mandado de Procedimento Fiscal foi emitido em 14/02/2005, sem a ciência do contribuinte, fl 32.

A devedora solidária foi cientificada através de edital afixado em 20/07/2006.

O relatório fiscal de fls. 15/20, traz que esta NFLD foi lavrada para substituir a de n.º DEBCAD N.º 35.745.032-9, que o crédito foi apurado por aferição indireta com base no percentual de 40% sobre o valor mensalmente declarado na DIRF e/ou Informe de Rendimentos, para as empresas prestadoras de serviços e no percentual de 50%, para as empresas de trabalho temporário, pois não foram apresentadas todas as notas fiscais de serviço e a contabilidade não identifica o nome e o número da nota fiscal e que não houve a elisão da responsabilidade solidária.

Após a apresentação da impugnação, Decisão-Notificação pugnou pela procedência do lançamento.

Inconformada a notificada interpôs recurso tempestivo, onde argúi em síntese que o fisco deveria verificar no prestador de serviço se a solidariedade já não foi elidida; que deveriam ser efetuadas diligências fiscais para se certificar de possível recolhimento efetuado.

Requer o processamento do recurso para que se reconheça a insubsistência da notificação.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Das Preliminares

De acordo com os elementos constantes do processo, esta NFLD lavrada em 14/04/2005 compreende o período de 07/1995 a 12/1995 e substituiu outra lavrada em ação fiscal anterior em 13/09/2004, conforme TEAF – Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 23/24.

Muito embora não conste dos autos a data em que a primitiva notificação foi anulada, posso aferir que o atual lançamento se encontra dentro do prazo disposto pelo art. 173,

inciso II, do Código Tributário Nacional, pois a NFLD lavrada em 13/09/2004, somente poderia ser anulada após esta data e o novo lançamento ocorreu em 14/04/2005:

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. (grifei)

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.

Entretanto, há de ser examinada de ofício matéria de ordem pública como a decadência. 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.

...

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 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, embora a presente NFLD substitua **outra** anulada por vício formal, é de se atentar que quando da lavratura daquela em 13/09/2004, **as** competências constantes do lançamento de 07/1995 a 12/1995, já estavam alcançadas pela **decadência** exposta no Código Tributário Nacional, artigo 173, inciso I, conforme a tese **jurídica** exposta na Súmula Vinculante nº 08.

Conquanto a preliminar de decadência, uma **vez** conhecida, não comportaria maiores discussões, é de se atentar que o presente lançamento **está** eivado de nulidade em vista da não ciência por parte do sujeito passivo do Mandado de Procedimento Fiscal de fl.32.

Quando da lavratura da NFLD em 14/04/2005, não havia Mandado de Procedimento Fiscal válido para respaldar o lançamento.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) **é** ato administrativo que tem a função de dar partida ao procedimento fiscal, atribuindo **condições** de procedibilidade ao agente do Fisco competente para o exercício da auditoria fiscal, sendo, por conseguinte, ato preparatório e indispensável à produção de atos subseqüentes, **como** é exemplo o lançamento.

Além dessa precípua finalidade, cumpre com **a** nobre missão de objetividade e transparência nos atos da Administração Pública, na medida **em** que dá conhecimento ao sujeito passivo dos elementos objetivos que foram priorizados **pela** Administração Tributária para início do procedimento de investigação, ao mesmo tempo **em** que exterioriza o conteúdo da ordem transmitida ao servidor subordinado, delimitando **os** quadrantes priorizados para a sua atuação.

O MPF constitui requisito de validade do lançamento fiscal ou da atuação e sua ausência no início da fiscalização constitui-se vício gerador de nulidade. Essa nulidade decorre de ausência de requisito formal indispensável para a **sua** prática, qual seja, a habilitação do agente para o exercício da competência.

A emissão e ciência do MPF é exigência da **Legislação**.

Decreto 3.969/2001:

*Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos **tributos** federais previdenciários serão executados por **Auditores** Fiscais da Previdência Social habilitados e instaurados **mediante** ordem específica denominada Mandado de Procedimento **Fiscal** - MPF*

*Parágrafo único. Para o procedimento de **fiscalização**, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal-**Fiscalização** (MPF-F) e, no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal-**Diligência** (MPF-D).*

*Art.3º Para os fins deste Decreto, entende-se por **procedimento fiscal**:*

*I - de **fiscalização**, as ações que objetivam **a** verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por **parte** do sujeito passivo, relativas aos tributos federais previdenciários, podendo resultar em **constituição** de crédito tributário;*

...

Art. 4-º O MPF será emitido na forma de modelos adotados e divulgados pela Diretoria de Arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, do qual será dada ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, por ocasião do início do procedimento fiscal.

Portanto, resta claro que a instauração do procedimento de fiscalização e a ciência, no início do procedimento fiscal, da emissão do MPF são exigências da Legislação.

José Antônio Minatel, reportando-se a Celso Bandeira de Mello, afirma:

"Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subseqüentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disso, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incidível."

Nesse sentido, o lançamento efetuado com ausência de MPF possui vício formal que acarreta sua nulidade.

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 conseqüência.

§ 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 o procedimento fiscal possui vício, onde se demonstra preterido o direito de defesa da recorrente, decidiria pela nulidade do processo, não fosse a preliminar de decadência.

Pelo exposto,

Voto pelo provimento do recurso.

Sala das Sessões, em 03 de março de 2009.


LIEGE LACROIX THOMASI