



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 23034.002918/98-98
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-010.494 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente TORQUE EQUIPAMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/1993 a 31/12/1996

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. .

Ao negar-se a decidir o mérito da impugnação, a decisão recorrida cerceia o direito de defesa. Ensejando o imediato julgamento do mérito supressão de instância, bem como não estando o processo apto para julgamento, impõe-se a decretação da nulidade da decisão de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para anular a decisão recorrida e determinar a prolação de nova decisão.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado), Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 28/33) interposto em face de decisão (e-fls. 18/19) que julgou indeferida defesa contra Notificação para Recolhimento de Débito - NRD nº 0000122/1998 (e-fls. 05/07), no valor total de R\$ 8.433,89 a envolver a rubrica “salário-educação” e competências 12/1993 a 12/1996, emitida em 08/06/1998 (e-fls. 05). Da NRD, constou (e-fls. 05):

O débito em questão, apontado pelo INSS de acordo com Relatórios e Demonstrativos apensados, decorre de irregularidades verificadas nos recolhimentos referentes ao

Salário-Educação consoante disposto na legislação em vigor: Decreto-Lei n.º 1.422/75, Decreto ns 87.043/82, Decreto ns 88.374/83 e Lei nº 9.424/96.

A NRD está instruída com a Informação Fiscal encaminhada pelo INSS ao FNDE e com Discriminativo referente à NFLD n.º 32.433.437-0 a especificar por competência salário-de-contribuição e contribuição (e-fls. 04), tendo constado da Informação Fiscal (e-fls. 03):

1. A empresa acima identificada foi fiscalizada em relação ao período de 0691 a 1197, tendo sido emitida a NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n.º 32.433.437-0 cujas contribuições previdenciárias foram decorrentes do pagamento aos seus empregados do *salário indireto: alimentação e higiene*, no período descontínuo de 1293 a 1296.
2. Tendo em vista a opção da empresa pelo SME - Sistema de Manutenção de Ensino até 1296, esta fiscalização se absteve de incluir na Notificação supracitada as contribuições relativas ao Salário-Educação até aquela competência, conforme Ordem de Serviço INSS/DAF n.º 86, de 200893.
3. Os valores correspondentes aos salários-de-contribuição e às contribuições de 2,5% devidas ao Salário-Educação estão discriminados, mês a mês, em anexo.

Além disso, a NRD não demonstra recolhimentos e não detecto nos autos guia de recolhimento em relação às competências objeto do lançamento. Invocando o AR n.º RR 21667246-9 BR, a Informação n.º 1242/2005 atesta o recebimento da NRD pela empresa em 16/06/1998 (e-fls. 18).

Na defesa (e-fls. 08/09), firmada em 29/06/1998 (e-fls. 08) e protocolada na mesma data de 29/06/1998 (data atestada na Informação n.º 1242/2005, e-fls. 18), a empresa invoca a impugnação apresentada em face da NFLD n.º 32.433.437-0 (e-fls. 11/14), uma vez que o lançamento toma a NFLD como prova emprestada, bem como sustenta não ter havido caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com essa conotação a justificar a emissão da NRD.

A defesa foi indeferida pelo despacho de e-fls. 19, alicerçada na Informação n.º 1242/2005 – DIADE/CGACI/DIFIN/FNDE/MEC (e-fls. 18).

A decisão foi cientificada em 20/02/2006 (e-fls. 119) e o recurso voluntário (e-fls. 28/33) postado em 18/03/2006 (e-fls. 27), em síntese, alegando:

- (a) Admissibilidade. Intimado em 20/02/2006, o recurso é tempestivo (Decreto n.º 3.142, de 1999, art. 15, §1º). A exigência de depósito prévio é inconstitucional e a matéria encontra-se *sub judice*.
- (b) Prova emprestada. O pedido de prova emprestada feito pela defesa foi indeferido, visto que, em face do art. 5º da Lei n.º 9.766, de 1998, caberia à impugnante trazer ao presente processo cópia das decisões das contestações que apresentou junto ao INSS, para fins de avaliação do mérito, o que não fez. No entanto, referida Lei não é aplicável à espécie, visto que entrou em vigor em data bem posterior aos fatos discutidos nesse procedimento, ocorridos até o ano de 1.996 (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 1º, "caput" e 6º, "caput §§; e Constituição, art. 5º, XXXVI). Ainda, quanto ao pedido de juntada das decisões das contestações apresentadas nos

procedimentos que tramitam perante o INSS, ressalta a Recorrente que a alegação posta na r. decisão para o seu indeferimento também deve ser reformada e/ou anulada. Neste diapasão, não era ônus processual da Recorrente de juntar referidas cópias, eis que não houve por parte do INSS o devido julgamento de suas defesas. A recorrente apontou a impugnação à cobrança do INSS e cabia ao FNDE buscar informações sobre o andamento processual das contestações apresentadas pela recorrente. Note-se que as contestações apresentadas perante o INSS referem-se aos mesmos tributos cobrados neste processo, devendo haver suspensão imediata da cobrança, sob pena de *bis in idem*.

- (c) Pedido. O apelo é para: (1) decretar a reforma e/ou nulidade da decisão administrativa de 1ª instância, para que seja considerado, conseqüentemente, as defesas apresentadas junto ao INSS, obviando-se a improcedência das autuações procedidas, não havendo, em nenhum caso, a caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com essa conotação, tendo-se como improcedentes, por decorrência, as NRD's expedidas; (2) alternativamente, seja determinada a suspensão da presente cobrança perante o órgão FNDE, aguardando-se, para tanto, a decisão das contestações intentadas perante o INSS, dada a identidade de tributos.

O recurso em questão foi direcionado para o Conselho Deliberativo do FNDE, contudo, em face da Lei n.º 11.457, de 2007, restou remetido pelo FNDE à Receita Federal (e-fls. 114) e esta o encaminhou ao presente Conselho (e-fls. 120), constando ainda nos autos notícia de que decisão em mandado de segurança afastou a exigência de depósito (e-fls. 112/113).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 20/02/2006 (e-fls. 119), o recurso interposto em 18/03/2006 (e-fls. 27) é tempestivo (Decreto n.º 3.142, de 1999, arts. 15, §1º). Consta dos autos que apelação em mandado de segurança foi provida para afastar a exigência de depósito prévio em relação ao presente recurso administrativo (e-fls. 112/113). Além disso, a questão restou superada pela Súmula Vinculante n.º 21 do Supremo Tribunal Federal. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Prova emprestada. A NRD constitui contribuições para o FNDE decorrentes do pagamento de “*salário indireto: alimentação e higiene*, no período descontínuo de 1293 a 1296”, motivando o lançamento em Informação Fiscal do INSS dando conta da lavratura da NFLD n.º 32.433.437-0, Informação Fiscal instruída com demonstrativo a especificar por competência o montante total de salário-de-contribuição apurado a título de alimentação e higiene.

Na impugnação (e-fls. 08/09), a empresa afirma que, em razão de a NRD ter se valido da NFLD n.º 32.433.437-0 como prova emprestada, apresenta para conhecimento e apreciação do FNDE, servindo como defesa, cópia da contestação protocolada junto ao INSS contra a NFLD n.º 32.433.437-0 (e-fls. 11/14) e acrescenta que não houve caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração com essa conotação, devendo ser a NRD julgada improcedente.

Na impugnação à NFLD n.º 32.433.437-0 (e-fls. 11/14), a empresa se insurge contra a qualificação como salário indireto de “gastos e despesas da REQUERENTE - todas devidamente amparadas por documentário fiscal hábil - e relativas ao fornecimento de refeições a seus empregados, reembolsos de despesas de restaurantes e fornecimento de material de higiene pessoal”. Note-se que os documentos mencionados na impugnação à NFLD como a instruí-la não foram carreados com a cópia da impugnação à NFLD apresentada na defesa contra a NRD, devendo constar do processo administrativo fiscal relativo à NFLD.

Adotando como razão de decidir a Informação n.º 1242/2005 – DIADE/CGACI/DIFIN/FNDE/MEC (e-fls. 18), a decisão recorrida (e-fls. 19) acolhe a motivação de que, quanto à prova emprestada, o art. 5º da Lei. n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998, autoriza a fiscalização da arrecadação do salário-educação pelo INSS, ressalvando a competência do FNDE para efetuar a cobrança a partir da Informação Fiscal do INSS; e de que não se pode avaliar o mérito das alegações da empresa, eis que a empresa não encaminhou para o FNDE cópia de decisão do INSS relativa à impugnação contra a NFLD n.º 32.433.437-0.

O argumento recursal de o art. 5º da Lei. n.º 9.766, de 18/12/1998, não ser aplicável ao caso concreto é irrefutável, eis que o lançamento de ofício veiculado na NRD foi cientificado à empresa em 16/06/1998, data anterior à Lei. n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998.

Além disso, o FNDE não efetuou mera cobrança, mas lançamento de ofício do crédito tributário, dispondo a empresa do direito de contestar administrativamente o lançamento (Decreto-Lei n.º 1.422, de 1975; Decreto n.º 87.043, de 1982; Decreto n.º 88.374, de 1983; Lei n.º 9.424, de 1996; Resolução CD/FNDE n.º 2, de 1993¹; e Portaria SE/FNDE n.º 36, de 1993² - diplomas inclusive citados expressamente na NRD, e-fls. 05).

¹ **RESOLUÇÃO Nº 2, DE 14 DE JUNHO DE 1993 - DOU DE 17/06/93**

Estabelece procedimentos relativos a débitos do Salário-Educação das empresas optantes pelo Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental - SME

O PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, no uso das atribuições conferidas pelo art. 6 do Decreto n.º 114, de 8 de maio de 1991, e de acordo com o disposto nos arts. 9 e 11 do Decreto n.º 87.043, de 22 de março de 1982, com a redação dada pelo Decreto n.º 88.374, de 7 de junho de 1983,

Resolve AD REFERENDUM:

Art. 1º Os débitos de contribuições do Salário-Educação das empresas optantes pelo Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental - SME, apurados ou confessados ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não poderão ser englobados as demais contribuições, objeto de notificação ou parcelamento de débito junto ao INSS.

Parágrafo único. Os procedimentos operacionais, a serem adotados, obedecem a normatização expedida pelo INSS, ficando as empresas obrigadas a colocar a disposição da fiscalização, quando solicitado, a documentação pertinente ao SME.

Art. 2º Procedida a apuração do débito, caberá ao INSS a emissão de Informação Fiscal - IF, a ser encaminhada ao FNDE, com a discriminação, mês a mês, dos valores dos salários-de-contribuição da empresa, dos valores recolhidos e das aplicações efetuadas no SME, consoante a legislação em vigor.

Parágrafo único. A IF, de que trata o presente artigo, será elaborada considerando os valores originários do débito apurado. (...)

Logo, a empresa dispõe do direito de impugnar o crédito tributário que lhe é imputado na NRD n.º 0000122/1998, inclusive mediante a expressa invocação e adoção dos motivos veiculados na impugnação à NFLD n.º 32.433.437-0, tendo a defesa sido instruída com cópia da petição de contestação protocolada perante o INSS.

Frise-se que a impugnante expressamente pretende servir-se contra a NRD da mesma defesa adotada contra a NFLD n.º 32.433.437-0, eis que considera que o próprio lançamento de ofício da NFLD se vale para demonstrar os fatos geradores imputados na NRD.

Ainda que a impugnante não tenha transcrito no corpo da petição de impugnação os motivos de fato e de direito alinhavados para impugnar a NFLD n.º 32.433.437-0, a empresa os invocou em sua defesa e expressamente sustentou sua aplicabilidade contra o presente lançamento de ofício, tendo instruído a defesa com cópia da impugnação à NFLD.

Assim, cabia à autoridade julgadora de primeira instância deles conhecer e apreciá-los em face da NRD n.º 0000122/1998.

A decisão do INSS no processo administrativo fiscal relativo à NFLD n.º 32.433.437-0 pode eventualmente influenciar o convencimento do julgador da impugnação constante do presente processo administrativo fiscal, mas não o vincula.

Os lançamentos de ofício veiculados na NRD e na NFLD são diversos, tanto que foi elaborada Informação Fiscal pelo INSS ao FNDE. Ainda que a base de cálculo seja a folha de pagamento, a contribuição para o salário-educação não se confunde com as contribuições previdenciárias ou com as contribuições para outros terceiros.

Negar-se a decidir sob o fundamento de a impugnante não ter apresentado decisão do INSS sobre a impugnação à NFLD n.º 32.433.437-0 consubstancia-se em negativa de prestação jurisdicional administrativa, havendo manifesta violação ao direito de defesa da impugnante.

Além disso, a decisão recorrida também não enfrentou a alegação de não haver na NRD caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, argumento levantado na própria petição de impugnação à NRD n.º 0000122/1998 ao afirmar (e-fls. 09):

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições da Resolução n.º 44, de 02 de setembro de 1986.

² PORTARIA Nº 36, DE 14 DE JUNHO DE 1993 - DOU DE 17/06/93

Estabelece procedimentos relativos a apuração, cobrança e parcelamento de débitos do Salário-Educação.

Art. 1º Os débitos de contribuições do Salário-Educação das empresas optantes e dos estabelecimentos de ensino prestadores de serviço ao Sistema de manutenção do ensino Fundamental - SME, levantados pelo FNDE, ou apurados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, serão processados de acordo com o disposto nesta Portaria.

Art. 2º Procedida a apuração e a atualização do débito, de acordo com a legislação previdenciária em vigor, o devedor será notificado de seu valor, pela Diretoria Financeira da Secretaria Executiva do FNDE - DIROF, com discriminação das parcelas devidas e dos períodos a que se referem.

§ 1º Recebida a notificação, o devedor terá o prazo de 15 dias para efetuar o pagamento ou apresentar solicitação de parcelamento do débito.

§ 2º O procedimento será encerrado se o devedor recolher dentro do prazo assinalado.

§ 3º O devedor terá o prazo de 15 dias para apresentação de defesa junto à DIROF.

Art. 3º Apresentada a defesa, o processo será submetido à decisão do Secretário-Executivo da secretaria Executiva do FNDE.

Art. 4º Da decisão do Secretário-Executivo caberá recurso ao Conselho Deliberativo do órgão, no que couber, o disposto no artigo seguinte.(...)

não havendo – em nenhum caso – a caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com esse conotação, tendo-se pois como IMPROCEDENTES, por decorrência, as NRD's expedidas;

Acrescento ainda que o presente processo não se encontra em condições para o imediato julgamento do mérito, eis que a NRD imputa a soma da alimentação e higiene e não os explicita de forma segregada e nem esclarece se o salário indireto foi pago mediante dinheiro (a título de alimentação e higiene) ou *in natura*, sendo que a empresa sustenta que o “salário indireto: alimentação e higiene” imputado envolveria apenas o fornecimento de refeição ou o reembolso de refeições e fornecimento de material de higiene pessoal estando as provas desses fatos juntadas à impugnação da NFLD n.º 32.433.437-0. Logo, a situação demanda a instrução dos autos em face do disposto nos arts. 29 do Decreto n.º 7.574, de 2011, e 4º da Lei n.º 11.457, de 2007.

Por conseguinte, acolho o pedido recursal de nulidade da decisão recorrida por preterição ao direito de defesa (Constituição, art. 5º, LV; e Decreto n.º 70.235, e 1972, art. 59, II), devendo ser proferida nova decisão de primeira instância (Decreto n.º 70.235, e 1972, art. 59, §2º).

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO para anular a decisão recorrida e determinar a prolação de nova decisão.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro