



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 35066.000126/2006-06
Recurso nº 143.650 Voluntário
Matéria Órgão público. Exercentes de mandatos eletivos
Acórdão nº 205-01.425
Sessão de 03 de dezembro de 2008
Recorrente MUNICÍPIO DE JAGUARÉ - CÂMARA MUNICIPAL
Recorrida DRP - VITÓRIA / ES

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2000 a 31/10/2005

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.

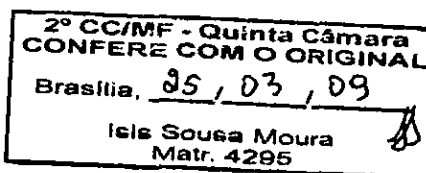
ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos de declaração para rescisão do acórdão recorrido e, no mérito, por maioria de votos, acatada a preliminar suscitada para anular o lançamento/auto de infração, na forma do voto vencedor da Conselheira Liege Lacroix Thomasi, vencido o Relator que votou pela anulação da decisão de primeira instância para complementação do relatório. Ausência justificada do Conselheiro Marcelo Oliveira.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI
Relatora Designada

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).


2



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo a relativa ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa em virtude dos riscos ambientais do trabalho, e a relativa a Terceiros. O período do levantamento abrange as competências dezembro de 2000 a outubro de 2005, conforme relatório fiscal às fls. 68 a 69. Os fatos geradores referem-se ao pagamento a empregados, exercentes de mandato eletivo (vereadores), contribuintes individuais, bem como diferenças de acréscimos legais.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 74 a 81.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 93 a 98.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 103 a 110. Em síntese, o recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- Não é parte legítima para sofrer tal notificação;
- Não houve notificação do Município;
- É inconstitucional a contribuição sobre o pagamento a agente político;
- A Câmara possui um crédito junto ao INSS;
- Requer que seja julgado improcedente o presente lançamento.

A Receita Previdenciária apresenta suas contra-razões às fls. 128, pugnando pela manutenção do crédito previdenciário.

Decisão proferida pela 4ª Câmara do CRPS, fls. 130 a 133, concedeu provimento parcial para excluir as contribuições sobre as remunerações pagas aos exercentes de mandato eletivo em período anterior à vigência da Lei n.º 10.887 de 2004; excluindo as contribuições sobre a mesma base por nulidade.

À fl. 134 a unidade da Receita Previdenciária informa a impossibilidade de cumprimento do julgado, pois não foram levantados período anterior a setembro de 2004, em relação aos exercentes de mandato eletivo.

O Presidente desta Câmara acolheu o pedido de revisão interposto pela Receita Previdenciária, fls. 136 a 138.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Entendo que há um vício no acórdão anterior, pois foi julgada matéria distinta da contida nos autos. No julgado anterior foi concluído que deveria ser dado provimento em

relação aos ocupantes dos cargos eletivos em período anterior à Lei nº 10.887 de 2004; contudo, restou comprovado que não houve o levantamento em tal período.

Desse modo, deve ser anulado o acórdão anterior e reapreciado o recurso voluntário por este Colegiado.

O recurso de fls. 103 a 110 foi interposto tempestivamente. Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares de mérito.

Quanto ao argumento de que a recorrente não seria parte legítima para sofrer tal notificação; não lhe assiste razão. O lançamento foi realizado em nome do Município, com indicação do órgão que gerou os fatos geradores. Nesse sentido é o disposto no art. 351 da Instrução Normativa INSS nº 100 de 2003, nestas palavras:

Art. 351. Os documentos de constituição do crédito previdenciário serão emitidos em nome da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, quando a Auditoria-Fiscal se desenvolver nos órgãos públicos da administração direta (ministérios, assembleias legislativas, câmaras municipais, secretarias, órgãos do Poder Judiciário, entre outros), sendo obrigatória a lavratura de documento de constituição de crédito distinto para cada órgão.

Parágrafo único. No campo do documento de constituição de crédito destinado à identificação do sujeito passivo sob Auditoria-Fiscal, deverá ser consignado o nome da União, do estado, do Distrito Federal ou do município, seguido da designação do órgão a que se refere.

No mesmo sentido o art. 340 da Instrução Normativa INSS nº 3 de 2005:

Art. 340. Os documentos de constituição do crédito previdenciário serão emitidos em nome da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios, quando a Auditoria-Fiscal se desenvolver nos órgãos públicos da administração direta (ministérios, assembleias legislativas, câmaras municipais, secretarias, órgãos do Poder Judiciário, dentre outros), sendo obrigatória a lavratura de documento de constituição de crédito distinto para cada órgão.

Desse modo, foi correta a lavratura da presente NFLD em nome do Município com indicação da Câmara Municipal.

Quanto ao argumento de que não houve a correta notificação do Município, não assiste razão à recorrente. O Município pode ser notificado por meio de um de seus órgãos, no caso a Câmara Municipal, mesmo porque a fiscalização foi realizada junto à Câmara Municipal, conforme MPF e TIAD às fls. 63 a 66. Não há exigência, no Processo Administrativo, que a notificação de lançamento seja realizada na pessoa do Prefeito.

Não há exigência no processo administrativo tributário que o aviso de recebimento seja assinado pelo representante da pessoa jurídica. A necessidade é de que a intimação seja corretamente endereçada ao destinatário, o que ocorreu no presente caso. Portanto, não há que ser anulada a NFLD.

A

4

Quanto ao levantamento referente aos ocupantes de cargos eletivos, agentes políticos, há que se destacar dois momentos: a cobrança com base na Lei n.º 9.506/1997 e a cobrança com base na Lei n.º 10.887/2004.

A Resolução n.º 26/2005 do Senado Federal suspendeu a execução da alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei Federal n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei Federal n.º 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 351.717-1.

Contudo, quanto à Lei n.º 10.887/2004 não há pronunciamento sobre a inconstitucionalidade da mesma, portanto há que ser aplicada.

Desse modo, até o dia 18 de setembro de 2004, os exercentes de mandato eletivo não estão enquadrados no RGPS como segurados obrigatórios. A partir de 19 de setembro de 2004 entrou em vigor a Lei n.º 10.887 prevendo que o exercente de mandato eletivo não vinculado a Regime Próprio é segurado obrigatório do RGPS como empregado. No presente caso, somente foram apuradas contribuições posteriores a setembro de 2004.

Quanto ao suposto crédito alegado pela recorrente, não cabe tal análise nos presentes autos. Essa análise tem que ser realizada no pedido de restituição.

No acórdão anterior foi verificada a ausência de indicação do dispositivo legal, no caso a Lei n.º 10.887 de 2004, pugnando pela nulidade do lançamento referente aos ocupantes de cargos eletivos. Realmente não há indicação do dispositivo legal, contudo, entendendo que o vício pode ser sanado.

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 1.

5

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 cientificação 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 cientificação é parte necessária ao aperfeiçoamento do lançamento fiscal, e portanto é intrínseco ao ato, mas o vício dessa cientificação 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, transformaríamos 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 quê 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 nº 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, prazo para 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.

7

Deve o Auditor notificante completar o relatório fiscal indicando o dispositivo para o arbitramento. 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.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Voto Vencedor

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora designada

Trata a presente NFLD de contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, incluindo a relativa ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa em virtude dos riscos ambientais do trabalho e às destinadas a Terceiros. O período do levantamento abrange as competências dezembro de 2000 a outubro de 2005 e os fatos geradores referem-se ao pagamento a empregados, exercentes de mandato eletivo (vereadores), contribuintes individuais, bem como diferenças de acréscimos legais.

Após apresentação de recurso o processo foi julgado pela 4ª Câmara do CRPS que concedeu provimento parcial para excluir as contribuições sobre as remunerações pagas aos exercentes de mandato eletivo em período anterior à vigência da Lei n° 10.887 de 2004; excluindo as contribuições sobre a mesma base por nulidade.

A Receita Previdenciária informa a impossibilidade de cumprimento do julgado, pois não foram levantados período anterior a setembro de 2004, em relação aos exercentes de mandato eletivo, solicitando revisão do acórdão.

O Presidente desta Câmara acolheu o pedido de revisão interposto pela Receita Previdenciária.

Entretanto, analisando os autos, observei que no acórdão anterior foi verificada a ausência de indicação do dispositivo legal, no caso a Lei n° 10.887 de 2004, que sustenta o lançamento referente aos ocupantes de cargos eletivos. Com efeito, não há, no processo, indicação do dispositivo legal.

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

A falta de referência ao fundamento legal que sustenta o lançamento fiscal gera cerceamento de defesa e a ampla defesa é assegurada constitucionalmente aos contribuintes e deve ser observada no processo administrativo fiscal. A falta de indicação da legislação que ampara o lançamento sonega ao contribuinte 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:

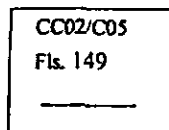
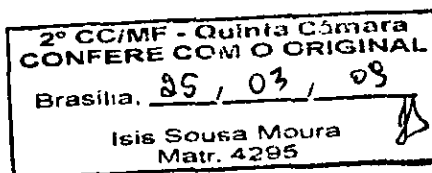
Lei nº 9.784/99, art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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)

9



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

Pelo exposto, voto pela anulação do lançamento.


LIEGE LACROIX THOMASI