



**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

**Processo nº** 35301.011658/2006-31  
**Recurso nº** 142.085 Voluntário  
**Matéria** PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS  
**Acórdão nº** 206-01.354  
**Sessão de** 07 de outubro de 2008  
**Recorrente** COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

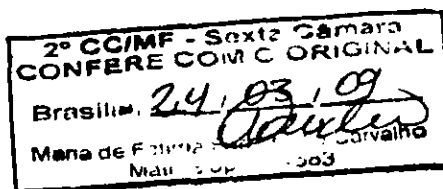
Período de apuração: 01/02/2000 a 31/08/2005

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INOBSERVÂNCIA. ANULAÇÃO DA DECISÃO NOTIFICAÇÃO.

I - É dever da autoridade julgadora, observar o princípio do contraditório nos procedimentos administrativos sob a sua direção, oportunizando a parte se manifestar nos autos sempre que a outra o fizer, eis que do contrário, implica em flagrante desprestígio ao princípio constitucional acima indicado, impondo a anulação de sua decisão.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por maioria de votos em declarar de ofício a nulidade da Decisão de Primeira Instância. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira, que votaram por rejeitar a preliminar de nulidade argüida de ofício. Apresentará Declaração de Voto o(a) Conselheiro(a) Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). João Marcos Colussi, OAB/SP nº 109143.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large loop followed by a wavy line.

ELIAS SAMPAIO FREIRE

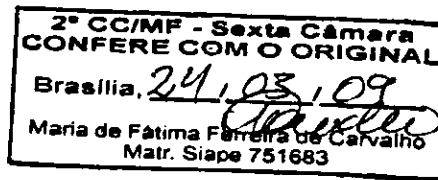
Presidente

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'R' followed by several loops.

ROGÉRIO DE LELLIS PINTO

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA, contra decisão-notificação de fls. 130 e s., a qual julgou parcialmente procedente a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, no valor originário de R\$ 3.234.353,64 (três milhões duzentos e trinta e quatro mil trezentos e cinquenta e três reais e sessenta e quatro centavos), tendo como fato gerador os valores pagos exclusivamente aos administradores da Recorrente a título de participação nos lucros.

Realizada diligência para algum esclarecimento, foi proposta a retificação do débito, conforme informação fiscal de fls. 124 e s.

Em seu recurso sustenta a empresa, em preliminar, que parte do débito teria sido alcançado pela decadência quinquenal prevista no CTN, que deve ser aplicado às contribuições previdenciárias.

No mérito, diz que a regulamentação da PLR introduzida pela MP 794/94, reeditada e convertida na Lei 10.101/00 apenas opera em favor dos empregados, expressão que não abrangeria os administradores. Afirmar que a participação destes nos lucros da empresa se deu de acordo com a Lei nº 6.404/76 (que atribui os administradores o direito a PLR), assim como a CF, de forma que não se pode falar em incidência de contribuição previdenciária.

Diz que seus pagamentos não foram feitos de acordo com a Lei 10.101/00, que se aplicaria à classe de empregados, o que está ratificado pela inclusão dos valores pagos na base de cálculo do IR.

Citando jurisprudência do E. STJ, sustenta que o art 7º, inciso XI da CF, que conferiria o direito dos trabalhadores à participação nos lucros, seria auto-aplicável, e que, portanto, tornam frágeis os argumentos fiscais e o próprio lançamento questionado, que entende de modo diverso.

Coloca que a legislação mencionada pela autoridade fiscal incide apenas sobre aqueles pagamentos direcionados a empregados, não regulamentando a PLR a outros grupos de trabalhadores, como os administradores. Aduz que, como a teor do texto constitucional todo trabalhador tem direito a PLR, não faz sentido exigir a observância de legislação dirigida apenas a empregados, a outras classes de trabalhadores.

Afirma que o entendimento da fiscalização afronta o art 110 do CTN, posto pretender alterar as definições, o alcance e o conteúdo dos institutos conceitos e formas do direito tributário.

Sustenta que o Sr. Roberto Bastos Tellecha Filho, detinha vínculo de emprego com a Notificada até meados de 2004, portanto, não se justificaria sua manutenção no presente levantamento, que abrange apenas administradores sem vínculo empregatício. /

Cogita que a PLR ora discutida seria um evento incerto e eventual, o que por força do art. 28, § 9º, alínea e, item 9, não deve sofrer a incidência de contribuição previdenciária.

Por fim, questiona a inclusão dos sócios e diretores no pólo passivo da NFLD, para na seqüência encerrar requerendo o provimento do seu recurso.

A extinta SRP apresentou resposta ao recurso, onde pugna pela manutenção do débito.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro ROGÉRIO DE LELLIS PINTO, Relator

Sendo tempestivo o recurso, e considerando presentes ainda os demais requisitos para sua admissibilidade, passo à sua análise.

Sem adentrarmos ao mérito das razões de inconformidade do Recorrente, creio que a presente questão deve ser enfrentada inicialmente pela correta procedimentalização formal do contencioso fiscal, na medida em que vislumbro nos autos, inolvidável ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, ambos garantidos constitucionalmente a todos os litigantes em processos judiciais e administrativos.

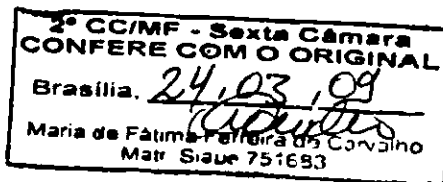
Com efeito, da análise cuidadosa do caderno procedimental, extrai-se que a autoridade julgadora *a quo*, antes de analisar a NFLD, determinou que fosse realizada diligência, no sentido de que o fiscal prestasse informações quanto algumas questões que entendeu deveriam ser aclaradas. Após a referida diligência, os autos foram a julgamento, sem, no entanto, conferir ao contribuinte a oportunidade de manifestar-se sobre a informação fiscal juntadas aos autos.

Em verdade, entendo que deveria o Recorrente ter sido cientificado do resultado da diligência fiscal em questão, oportunizando ainda se manifestar sobre ela, e não julgar o procedimento diretamente, o que a meu ver, o fez em desprestígio de princípios norteadores do procedimento administrativo.

Com efeito, a Constituição da República, dentre avanços e tantos erros, inovou de forma correta, ao assegurar por meio do inciso LV, do seu art. 5º, a observância ao princípio do contraditório, a todos os litigantes em procedimentos administrativos. Vejamos o texto da Lei Mater:

"Art. 5: *omissis*:"

*LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" destacamos.*



Vê-se, pois, que a Constituição, ao “*jurisdicionalizar o procedimento administrativo*”<sup>1</sup>, garantiu aos administrados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, sempre que o Estado venha lhe impor o seu poder sancionatório, ou ainda em processos que envolvam situações de litígio, configurando-se em inolvidável alicerce, sobre o qual se assenta o próprio Estado Democrático de Direito.

Na esteira desse raciocínio, a própria Lei nº 9.784/99, que regula os procedimentos administrativos em âmbito Federal, em seu artigo 2º, impõe à Administração o dever de observar o princípio do contraditório. Vejamos o que diz:

“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.”grifamos.

Tal entendimento, não é estanque, e repousa pacífico também na jurisprudência pátria, como se pode ver das decisões abaixo transcritas:

*“Ementa: ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO – RECURSO HIERÁRQUICO: LEGALIDADE.*

*1. Obedecidos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, desenvolve-se o procedimento administrativo dentro das conveniências da administração. 2. O recurso hierárquico das decisões do Conselho de Contribuintes ao Secretário da Fazenda, por estar previsto em lei, não padece de ilegalidade. 3. Recurso ordinário improvido. (STJ - ROMS 12021/RJ 2000/0047501-7, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114), 2ª Turma, 19/02/2002, publicado no DJ de 08.04.2002 p.00165 ).*

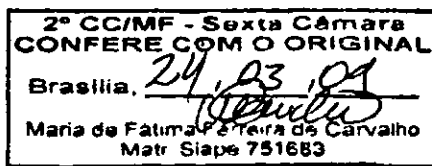
.....

*Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE ANUIDADES. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA CDA E DA EXECUÇÃO CORRESPONDENTE. DECADÊNCIA. HONORÁRIOS. SENTENÇA.*

*I - (...); II - 2. O lançamento fiscal pressupõe uma atividade plenamente vinculada e deve assegurar, inclusive, a observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos decorrentes do princípio do devido processo legal (due process of law) (...).*

*(AC nº 1997.33.00.010080/BA, Rel. Des. Federal Juiz Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, publicado no DJ de 10/06/2003, pág 105). Grifamos.*

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 28 Ed. Pág. 99



Nota-se das decisões acima, que o contraditório decorre do próprio princípio do devido processo legal (due process of law), e sua inobservância no procedimento fiscal, impõe a nulidade da própria execução que por ventura possa vir a ser ajuizada pelo sujeito ativo da obrigação tributária. Assim, entendo que não caberia desprezar o contraditório por mera economia processual, já que economia maior seria evitar o ajuizamento de demanda baseada em procedimento administrativo desenvolvido ao alvedrio de regras estabelecidas na própria Constituição, fadada que estaria ao insucesso.

Fica claro então, que o contraditório não se traduz em mera faculdade da Administração Pública, antes disso, é na verdade direito subjetivo garantido pela Carta Magna, e previsto também em lei, fora da alçada de conveniência administrativa, e retira do Estado qualquer possibilidade de impor seu poder de gravame ou sanção, sem que ouça adequadamente os cidadãos, possibilitando-lhes sua defesa.

Calha trazer à colação, por sua inteira pertinência, o brilhante ensinamento da proficiente professora Maria Sylvia Di Pietro, que ao falar sobre o contraditório em procedimento administrativo, com peculiar propriedade assim nos ensina:

*"O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta."<sup>2</sup>.* destaquei

Nesse passo, resta cristalino que o contraditório, como princípio inarredável das situações em que envolva litígio entre o Estado e seus cidadãos, garante as partes o direito de sempre manifestar-se sobre o que uma delas venha a alegar ou produzir provas; exige uma paridade de manifestação, é dizer, se eu alego ou junto provas aos autos, você necessariamente há de ser ouvido também, do contrário, significaria sério cerceamento do direito de defesa, merecendo pronto reparo pela instância julgadora superior.

Certo é que o procedimento administrativo está sob o comando de uma autoridade julgadora, a qual deve, indissolavelmente se atentar para a sua devida formalização processual, e zelar, de forma cuidadosa e cautelosa, pela observância dos princípios a ele aplicados, especialmente o contraditório, sob pena de viciar o trabalho desenvolvido, impedindo-o de atingir seu fim.

Não se pode duvidar que ao querer impor sua vontade, especialmente por meio de um procedimento administrativo, o Estado tem seu poder severamente limitado pelo direito, que na sua função precípua, vem socorrer o cidadão de possíveis arbitrariedades, garantido-lhe um julgamento adequado e justo.

Por efeito de tudo o que se disse, entendo eu que, antes de se proferir a Decisão Notificação, era imperioso à autoridade que julgou o procedimento fiscal em análise, oportunizar ao Recorrente se manifestar sobre os documentos juntados aos autos, e não julgar diretamente. É certo que ao não agir dessa forma, a i. autoridade julgadora de 1ª instância acabou por cercear o direito de defesa do Recorrente, na medida em que desprestigiou sobremaneira tudo que se expôs acima, não merecendo, assim, prosperar sua decisão.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 12ª Ed. Atlas, pág. 491

Processo nº 35301.011658/2006-31  
Acórdão n.º 206-01.354

2ª CC/MF - Sexta Câmara  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 24.03.09  
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho  
Matr. Siape 751683

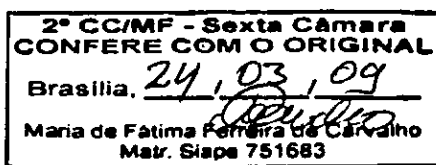
CC02/C06  
Fls. 195

Diante do exposto, voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, para de ofício anular a Decisão-Notificação de fls retro, para que a autoridade julgadora observe o contraditório nos procedimentos sob sua direção.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008

  
ROGÉRIO DE LELLIS PINTO



## Declaração de Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Entendo que a nulidade argüida de ofício só é cabível, quando identificado tratar-se de matéria de ordem pública, ou seja, caso reste constatado o efetivo cerceamento de defesa, falta de cumprimento de dispositivo legal que vicia todo o ato. A mera não cientificação dos termos de uma diligência fiscal, produzida após o lançamento não é a princípio matéria de ordem público, se na própria Decisão Notificação resta transcrita os termos da diligência. Neste caso, não haveria que se falar em cerceamento de defesa, visto ter o notificado acesso aos termos da diligência, podendo inclusive rebatê-la pela via recursal. Caso não venha a fazê-lo não caberia a este conselho fazê-lo de ofício.

Pela análise dos autos durante o julgamento, observei que a decisão notificação se resume a mencionar a diligência, sem contudo, trazer os seus termos, razão porque poder-se-ia argüir ter o contribuinte em parte prejudicado o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, no presente caso, acompanho o relator no sentido de que deva ser declarada a nulidade da DN.

  
ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA