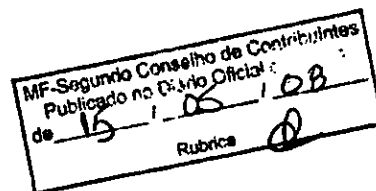


**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº	35366.000170/2004-61
Recurso nº	141.450 Voluntário
Matéria	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Acórdão nº	205-00.110
Sessão de	21 de novembro de 2007
Recorrente	ARCOMPEÇAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida	DRP - SÃO PAULO

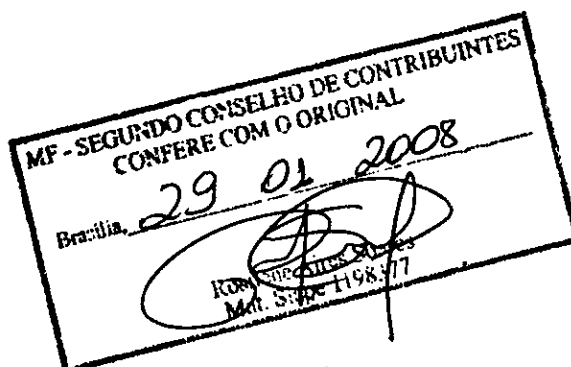


Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2002

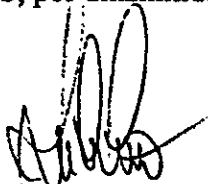
Ementa: PREVIDENCIÁRIO-TRIBUTÁRIO. NFLD. DILIGÊNCIA FISCAL. COMPLEMENTAÇÃO DE RELATÓRIO FISCAL. EMISSÃO DE DECISÃO-NOTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. LEI N. 9.784/99, ARTIGOS 2º, CAPUT E 3º, INCISO II.

Decisão de primeira instância anulada.

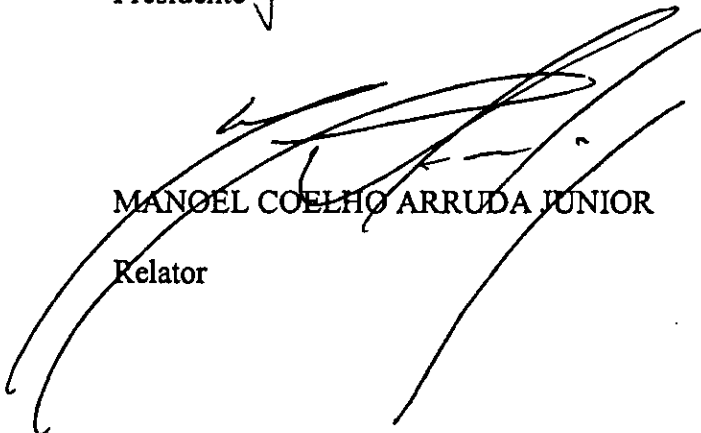


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular a Decisão de Primeira Instância.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente

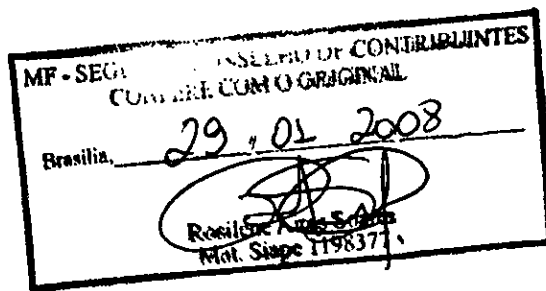

MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.





Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada, em 13/12/2002, em desfavor de ARCOMPEÇAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. referente a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte descontada dos segurados empregados, o que configura, em tese, crime de apropriação indébita. O período de lançamento do crédito corresponde a janeiro de 1999 a maio de 2002, inclusive o décimo-terceiro salário.

A ora Recorrente apresentou impugnação tempestiva [fls. 21/40].

Antes do julgamento em primeira instância, foi realizada diligência que, em síntese, requereu: (i) a fl. 02, observou-se que o documento foi classificado como fato gerador não declarado em GFIP, todavia, o levantamento se chama "FPG – NORMAL COM GFIP"; (ii) no relatório fiscal [fl. 29] consta que os fatos geradores foram discriminados em GFIP; (iii) solicitou-se à Auditoria-Fiscal informar se todos os fatos geradores foram declarados em GFIP antes do início da ação fiscal.

Foi emitido Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos-FORCED [fls. 87-95] e emitido Discriminativo Analítico do Débito Retificado [fls. 97-102].

Em 18 de dezembro de 2003, o lançamento fiscal foi julgado procedente pelo órgão da Entidade Previdenciária, por meio de Decisão-Notificação sob o nº 21.401.4/0492/2003 [fls. 103/110]. O referido *decisum* manifesta que: (i) não prospera o argumento de falta de provas para a lavratura da notificação, pois foram utilizadas para comprovação as folhas de pagamento elaboradas pelo próprio contribuinte, devidamente contabilizadas e não consta dos autos desconconsideração de contabilidade; (ii) a gratificação natalina é paga ao empregado em virtude do contrato de trabalho, logo, é uma contraprestação obrigatória do empregador ao serviço prestado por seu empregado; (iii) procede a alegação de aplicação de multa reduzida em 50%, na forma da Lei n. 9.876/99, por terem sido declaradas as contribuições em GFIP, ante do início da ação fiscal, o que resultou na retificação do débito, na forma do DADR; (iv) a taxa SELIC é constitucional; e por fim (v) julgou procedente em parte o lançamento.

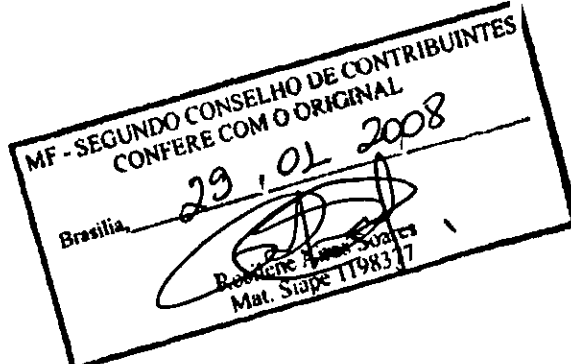
Irresignado com a Decisão-Notificação, o notificado insurge-se sustentando que [fls. 114/126]: o entendimento da Autarquia não deve prevalecer, eis que, o lançamento é nulo, pois deixou de apresentar provas de ocorrência do fato gerador; **que as contribuições só podem incidir sobre salários, não integrando a gratificação natalina tampouco quantias indenizatórias; que a multa deveria ser aplicada de acordo com a Lei n. 9.876/99; e que a taxa SELIC é inconstitucional.**

O Recorrente obteve decisão, em sede de Apelação em Mandado de Segurança [proc. n. 2004.61.00.002701-2, TRF 3ª Região], que garantiu o processamento do recurso sem garantia por meio de depósito. Importa dizer que a peça recursal tinha sido considerada deserta e o crédito estava sendo executado perante a 7ª Vara de Execuções Fiscais.

Diante da decisão colegiada que permitiu o seguimento do recurso sem depósito, os autos foram remetidos, a época, ao CRPS.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive script.



Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Relator.

DA ADMISSIBILIDADE

Sendo tempestivo o recurso do notificado e tendo sido seu seguimento sido garantido por meio de decisão judicial, passo ao exame.

DA NULIDADE DA DN

ALBERTO XAVIER leciona que o lançamento, como ato de aplicação do direito, envolve a interpretação da lei, a caracterização do fato previsto na hipótese normativa e a sua ulterior subsunção no tipo legal. Tal procedimento tributário tem por fito nuclear a investigação dos fatos tributários, com o intuito de prova e caracterização [Do lançamento no direito tributário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 131.].

Ocorre que, por serem submissos à aplicabilidade e observância do princípio da legalidade, com o objetivo de resguardar os interesses dos particulares contra os arbítrios do poder, entretanto, o Direito Tributário e Previdenciário utilizam-se, para proceder à investigação e valoração dos fatos, o princípio inquisitório e o da verdade material.

Ora, o dever de cumprimento do disposto em lei é um mecanismo de proteção do interesse do administrado, dessa forma, a observância ao princípio da legalidade é ínsita ao ato administrativo, principalmente aquele relativo ao lançamento de crédito tributário.

Assim, é dever da Administração Tributária a plena caracterização do fato gerador para que se evite a improcedência dos lançamentos realizados ou mesmo a decretação de nulidade desses.

No caso sob análise, apesar da existência de inúmeros dados e informações constantes que foram devidamente analisadas por este Conselheiro, a diligência procedida, a retificação do lançamento [fls. 86-102], ausência de esclarecimento pelo Auditor notificante do objeto da diligência e a conseguinte expedição de DN, sem intimação do ora Recorrente, ao meu sentir, dão esboço ao lançamento, configura-se em verdadeira complementação deste, fazendo-se mister, destarte, concessão de novo prazo para apresentação de impugnação ou defesa administrativa, logo, oportunidade ao sujeito passivo de exercer o contraditório e o direito de ampla defesa.

Nesse sentido, a expedição de Decisão-Notificação que não oportunizou ao sujeito passivo o exercício do contraditório e da ampla defesa, não só confronta princípios constitucionais intrínsecos ao processo administrativo fiscal, como também às atribuições funcionais de cada instância julgadora administrativa.

Dessa forma, a ausência de intimação do sujeito passivo para conhecimento e manifestação em relação aos documentos juntados [fls. 86-102], provocou o cerceamento de o direito de defesa do ora Recorrente.

O desrespeito aos princípios acima dispostos infringiu diretamente os preceitos descritos no art. 2º, *caput*, art. 3º, inciso II, todos da Lei nº 9.784/99, *verbis*:

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.

[...]

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

Destarte, entendo que o vício aqui identificado é insanável e que malferiu a Decisão-Notificação. A Portaria MPS nº 520/2004 dá espeque a este entendimento, conforme se observa:

Art. 31. 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 não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

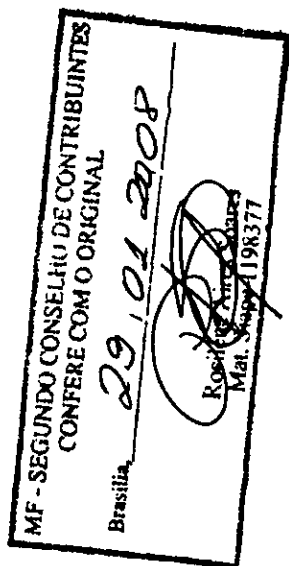
§ 3º Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 32 As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo quando o sujeito passivo houver dado causa ou quando não influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. A nulidade somente deve ser decretada quando o saneamento do vício for inviável.

(Sem grifo no original)

Em atenção aos documentos acostados aos autos [fls. 86-102] deverá a DRP, primeiramente, solicitar à Autoridade notificante que apresente os esclarecimentos requeridos nos itens 4 e 5 do documento de fl. 86 e, ato contínuo, conceder novo prazo para apresentação de impugnação ou defesa administrativa, logo, oportunidade ao sujeito passivo de exercer o contraditório e o direito de ampla defesa.



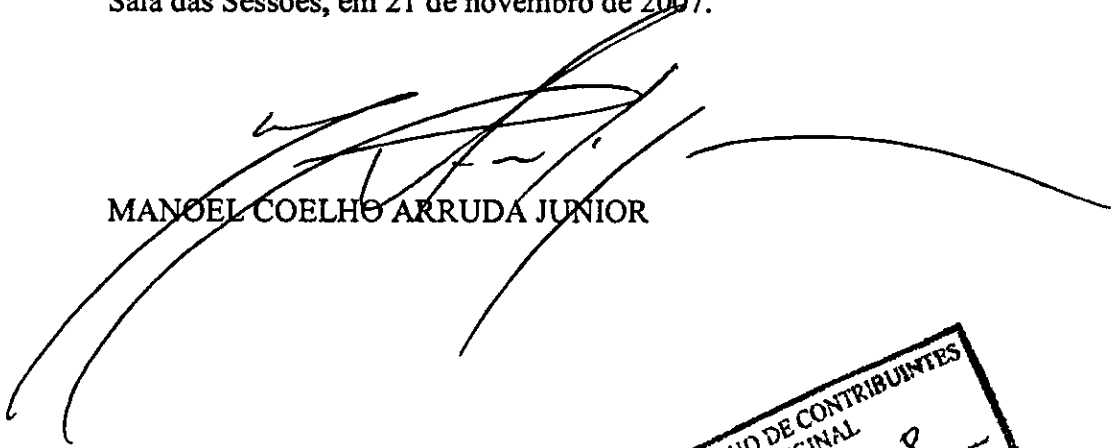
Ademais, admitir-se de maneira diversa, seria permitir uma supressão de instância, haja vista que ao Recorrente não foi oportunizada manifestação.

Portanto, deve ser decretada a nulidade da Decisão-Notificação sob o n.º 21.401.4/0492/2003 [fls. 103/110], para que o Recorrente seja cientificado do teor documentos juntados [fls. 86-102] e, por conseguinte, concedido novel prazo para impugnação.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo **CONHECIMENTO DO RECURSO** interposto, para, então, **ANULAR A DECISÃO-NOTIFICAÇÃO**

Sala das Sessões, em 21 de novembro de 2007.


MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR

