



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

Processo n° 35415.000026/2006-64
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2301-004.472 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de fevereiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado MC DONALD'S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 30/09/2005

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. NULIDADE.

É nulo o lançamento realizado sem a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, por caracterizar cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa do sujeito passivo, dificultar a adequada análise por parte dos órgãos julgadores administrativos e não revestir o crédito dos atributos da certeza e liquidez para garantia de futura execução fiscal.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer dos embargos e acolhê-los, para ratificar a decisão exarada no Acórdão n° 2403-002.295. Votaram pelas conclusões a Dra. Luciana de Souza Espíndola Reis e o Dr. João Bellini Junior. Fez sustentação oral o Dr. Alberto Koge Tsumura, OAB/SP 273.275.

JOÃO BELINNI JUNIOR - Presidente.

IVACCIR JÚLIO DE SOUZA - Relator.

EDITADO EM: 18/03/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior (Presidente), Ivacir Julio de Souza, Marcelo Malagoli da Silva, Luciana de Souza Espindola Reis, Amilcar Barca Teixeira Junior, Andrea Brose Adolfo e Alice Grecchi.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de notificação fiscal de lançamento de débito - NFLD, constituída em virtude de diferenças de contribuições a cargo da empresa destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, no período de julho de 2000 a setembro de 2005.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E DO RECURSO DE OFÍCIO

Embora no dispositivo o Acórdão da instância a quo não registre que a nulidade se deu em razão de vícios formais, na condução do voto o i. julgador deixou claro no seu arrazoado conforme registro de fls. 524 :

*" Muito embora, no que respeita ao mérito, a presente NFLD nos pareça de todo procedente, (...) não pode este Colegiado **abstrair-se dos vícios de natureza formal a seguir enumerados, os quais, pela sua gravidade, são passíveis de acarretar a nulidade do lançamento.**"*

" 39' Sessão .da e Turma de Julgamento da DRJ Campinas Vistos, relatados e discutidos os autos deste processo, acordam os membros da 6a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em:

*a) ANULAR a NFLD nº 35.900.938-7, extinguindo-se, sem julgamento de mérito, o crédito por meio dela constituído, na forma do voto do Relator; e b) **recorrer de ofício desta decisão ao 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, com base no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6-3-1972, c/c o inciso I do art. 366 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6-5-1999, e o art. 1º da Portaria nº 03, de 3-1-2008, do Ministro de Estado da Fazenda "***

(grifos de minha autoria)

No julgamento da impugnação apresentada pelo contribuinte, a DRJ de Campinas anulou e recorreu de ofício do lançamento. Destaque-se que o contribuinte não interpôs Recurso Voluntário.

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PGFN

Com fulcro no art. 64, I do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, **UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)**, alegando ter havido omissão desta Turma, opôs Embargos de

Declaração contra o Acórdão nº 2403002.295, às fls, 532, exarado nos autos do processo em epígrafe.

Trouxe-nos a i. Embargante que apesar de o Relator **corroborar a conclusão a quo de nulidade por vício formal**, decidiu por anular o processo em razão de **maculado por vício material**:

"Consta do voto condutor do acórdão ora embargado que:

"**Corroborando as razões do decisum a quo**, inclusive a ementa, por economia processual, descabe expor arrazoado sinônimo para ao final meramente anuir àquelas bem estruturadas motivações," (fls. 539)"

A i. Embargante arrazoou, ainda, o que abaixo se expõe :

"Ilustres Conselheiros, com toda vênia a decisão embargada apresenta acórdão da DRJ que reconheceu vício formal no lançamento ("descabe expor arrazoado sinônimo para ao final meramente anuir àquelas bem estruturadas motivações") e por outro lado reconhece a existência de vício material. Se de contradição não se tratar, então podemos afirmar que o acórdão embargado padece de omissão, na medida em que não expôs os motivos que fundamentam a classificação do vício como de natureza material. "

É o relatório

Voto

Conselheiro Ivaccir Júlio de Souza

Com se vê , a i. Embargante entendeu que a decisão comporta contradição em razão de na condução do voto eu ter afirmado anuir as motivações do i. Julgador a quo para conferir nulidade ao lançamento :

"Ilustres Conselheiros, com toda vênia a decisão embargada apresenta acórdão da DRJ que reconheceu vício formal no lançamento ("descabe expor arrazoado sinônimo para ao final meramente anuir àquelas bem estruturadas motivações") e por outro lado reconhece a existência de vício material. Se de contradição não se tratar, então podemos afirmar que o acórdão embargado padece de omissão, na medida em que não expôs os motivos que fundamentam a classificação do vício como de natureza material. "

De plano assumo que a conclusão pode conter alguma ambigüidade. Entretanto fica claro que a concordância com os argumentos de primeira instância é com a **nulidade e não com classificação do vício.**

Relevante notar que na decisão do voto a quo não se define que a nulidade houvera sido declarada em razão de vício formal:

"39' Sessão .da e Turma de Julgamento da DRJ Campinas Vistos, relatados e discutidos os autos deste processo, acordam os membros da 6a Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em:

a) ANULAR a NFLD n° 35.900.938-7, extinguindo-se, sem julgamento de mérito, o crédito por meio dela constituído, na forma do voto do Relator; e

b) recorrer de ofício desta decisão ao 2° Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, com base no inciso I do art. 34 do Decreto n° 70.235, de 6-3-1972, c/c o inciso I do art. 366 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n° 3.048, de 6-5-1999, e o art. 1° da Portaria n° 03, de 3-1-2008, do Ministro de Estado da Fazenda."

É de realce observar que na decisão de segunda instância publicada, a concordância com a íntegra do voto a quo fora mitigada posto que tive entendimento, e a Turma anuiu, de que tudo que fora analisado demonstrava que o lançamento fora maculado de vício, entretanto material.

"Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso de Ofício para determinar a nulidade do lançamento em razão da presença de vício material

"ab initio" Fez sustentação oral o Dr. Ricardo Krakowiak OAB/ SP nº13.8192"

Confrontando-se a Ementa e a Decisão do voto em apreço se nota harmonia entre ambas no sentido de entender que houvera vício material.

Cumprido ressaltar que ao concordar com o que fora arrazoado na instância a quo a motivação sofreu mitigação na conclusão do voto ao discordar da classificação do vício, razão pela qual dei **provimento parcial** ao Recurso de Ofício. Entretanto, assiste razão a i. Embargante posto que isto não ficou devidamente esclarecido .

Preenchendo eventual lacuna, para que não reste dúvidas de que o vício é material , vejamos o que o i. Julgador registrou às fls 526 quando na parte final da condução do voto deixa claro que as circunstâncias descritas compulsão concluir que a mácula procedimental caracteriza aspectos materiais. Na peça decisória o i. Julgador exortou **preterição ao direito de defesa e nulidade absoluta:**

" 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. (grifamos)

Vê-se que, segundo o texto em destaque, a preterição do direito de defesa é tido como causa de nulidade dos atos administrativos praticados no âmbito no processo administrativo fiscal.

Exatamente por isto, aliás, a 4ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda assim decidiu, em 18-10-2007, por meio do acórdão 204-02852 (D.O.U. de 08/01/2008, Seção 1, pág. 38):

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. As nulidades absolutas limitam-se aos atos com vícios por incapacidade do agente ou que ocasionem cerceamento do direito de defesa. (grifamos) "

Também na ementa a quo fica patente o descumprimento do comando do art. 142 do CTN, o **que torna inexorável a identificação de vício material** :

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIREITO DE DEFESA. CERCEAMENTO. NULIDADE.

É nulo o lançamento realizado sem a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, por caracterizar cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa do sujeito passivo, dificultar a adequada análise por parte dos órgãos julgadores administrativos e não revestir o crédito dos atributos da certeza e liquidez para garantia de futura execução fiscal.

Lançamento Nulo "

*"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o **procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência***

do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional "

O princípio do contraditório e da ampla defesa é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal :

"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 "

Se o Julgador percebe e assegura que o **houve CERCEAMENTO DE DEFESA**, o lançamento fica ferido de morte e sendo insanável o vício, não se trata de mera formalidade.

Em razão de tudo que foi exposto, tendo a primeira instância declarado a nulidade por vício formal, **concordo em parte em razão da nulidade** mas divirjo por entender que ocorreria vício material.

Relevante alertar a este Colegiado que no Acórdão nº 2403002.295, às fls, 532, a Turma anterior já houvera concordado com o presente posicionamento pelas mesmas razões ora trazidas à colação. Cabe lembrar ainda que na ocasião os argumentos presentemente colacionados foram mais verbalizadas em plenário que traduzidas à termo na condução do voto. Tal omissão procedimental ora se providencia em razão da provocação em embargos da PGFN.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, conheço dos Embargos para ratificar a decisão exarada no Acórdão nº 2403002.295, às fls, 532, quando enfrentando o Recurso de Ofício, de primeira instância entendi de DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinando a nulidade do lançamento em razão da presença de VÍCIO MATERIAL "*ab initio*".

É como voto.

IVACCIR JÚLIO DE SOUZA - Relator

Ivaccir Júlio de Souza - Relator

CÓPIA