



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 35451.000812/2004-63
Recurso nº 141.403 Voluntário
Matéria Auto de Infração: Dirigente Público
Acórdão nº 205-01.503
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente JOÃO MOURA DE GOES FILHO
Recorrida SRP ARACAJU/SE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

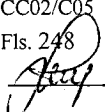
Período de apuração: 01/07/2001 a 28/02/2003

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

É nula a autuação que não for precedida de solicitação expressa, em nome do sujeito passivo, dos elementos cujo exame pode acarretar a lavratura do auto de infração.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em anular o auto de infração/lançamento, nos termos do voto do(a) relator(a).



JULIO CESAR VIEIRA GOMES

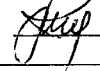
Presidente



ADRIANA SATO

Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).



Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra o Secretario Municipal de Administração, com fundamento no artigo 32, IV e parágrafo 5º da Lei 8212/91, pelo fato do Município de Riachão do Dantas – Prefeitura Municipal ter apresentado Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias relativas às competências 07/2001 a 03/2003.

O Relatório Fiscal de fls.126/128 descreve os fatos geradores que não foram declarados em GFIP.

O Secretario Municipal de Administração foi autuado em face da competência prevista no artigo 25, “a” da Lei Complementar Municipal nº 01 e também pelo fato do mesmo ter se declarado responsável pelas informações ao INSS por intermédio da GFIP.

Trata-se de Auto de Infração - AI lavrado contra Secretário Municipal de Administração, com fundamento no artigo 32, inciso IV e parágrafo 5º da Lei 8.212/1991, pelo fato de o Município de Riachão do Dantas - Prefeitura Municipal ter apresentado Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, relativas às competências 07/2001 a 02/2003.

Informa o Auditor no Relatório Fiscal da Infração, às fls. 126/128, que não foram declarados em GFIP os seguintes fatos geradores:

- parte das remunerações pagas a segurados empregados da Prefeitura;
- remunerações pagas aos segurados empregados considerados pela Prefeitura como segurados contribuintes individuais;
- remunerações pagas a segurados contribuintes individuais, nos termos do inciso II do artigo 22 da Lei 8.212/1991, com redação dada pela Lei 9.876/1999.

O Secretário Municipal de Administração foi autuado em face da competência prevista no artigo 25, alínea “a” da Lei Complementar Municipal nº 01 e também pelo fato de ter se declarado responsável pela prestação de informações, ao INSS, por intermédio de GFIP.

À defesa tempestiva apresentada (fls. 134/135) foi anexado o Decreto Municipal nº 05/2003, de 02.01.2003 (fl. 136), dando notícia da nomeação do Recorrente para o cargo de Secretário Municipal de Administração a partir de 02.01.2003.

A autuação foi julgada procedente por intermédio da Decisão-Notificação 22.401.4/0108/2004 (fls. 139/142).

Inconformado, o Recorrente apresentou recurso tempestivo, alegando, em síntese, que:



- somente a partir de 02.01.2003 é que fora designado para assumir o cargo de Secretário de Administração, consoante se observa no incluso Decreto nº 05/2003;

- se alguma responsabilidade recair sobre sua pessoa, em razão de competência funcional, deve se limitar ao período de janeiro a fevereiro de 2003, já que no período anterior exercia, na condição de servidor público efetivo, cargo de Oficial de Administração;

- em relação ao alegado no item 3.3 da Decisão-Notificação, de que a declaração anexada não esclarece a partir de que momento o recorrente passou a assumir responsabilidade pelas informações prestadas ao INSS, não se tem outra interpretação a não ser a de quando pelo exercício do cargo lhe foi atribuída tal competência, ou seja, quando da sua nomeação para titular da Secretaria de Administração, o que ocorreu em 02.01.2003.

Em face das alegações apresentadas, houve por bem a Seção do Contencioso Administrativo retornar os autos à Fiscalização para que fosse comprovada a condição do Recorrente como dirigente responsável pelo ato infracional no período de 07/2001 a 12/2002.

A Autoridade que lavrou o Auto, após proceder diligência fiscal no Município, se manifestou em fl. 164, alterando seu entendimento inicial, nestes termos:

- a Prefeitura apresentou a Portaria nº 37/2001 (fl. 167), que designou o Recorrente como Chefe de Seção para desempenhar “suas atividades junto à Secretaria de Administração, como Diretor de Departamento Pessoal”;

-o Recorrente desempenhou atividades como Diretor do Departamento de Pessoal até 31.12.2002, ocasião em que assumiu a Secretaria de Administração. A declaração firmada pela atual Secretária de Administração (fl. 168) supre a ausência da portaria de exoneração do autuado, de suas atividades como Diretor de Departamento de Pessoal.

Por intermédio do despacho de fls. 173/174, o recorrente foi intimado a se manifestar sobre o novo enquadramento e alteração do cargo que lhe fora atribuído.

O Recorrente aditou o seu recurso, aduzindo, em síntese, que:

- foi designado através da Portaria nº 37/2001 para exercer a função de Chefe de Seção, não recaindo sobre si o exercício do cargo de Diretor do Departamento de Administração de Recursos Humanos;

- as competências foram definidas de forma generalizada na Lei 18/1997, com as alterações da Lei 03/1998, deduzindo-se daí a concentração na figura do Secretário Municipal de Administração;

- somente com a edição da Lei Complementar nº 001/2001 é que foram definidas as competências dos órgãos de apoio e assessoramento;

-o artigo 95 da Lei Complementar nº 01/2001 revogou a estrutura de cargos e funções das Leis 18/1997 e 03/1998, o que tornou sem efeito a designação feita pela Portaria nº 37/2001;

-assim, se alguma responsabilidade lhe couber, só se daria a partir de 02.01.2003, quando assumiu o cargo de Secretário de Administração.



Em razão da apresentação do recurso e do aditamento do Recorrente, houve por bem a Autoridade Julgadora singular reformar a Decisão-Notificação anterior, sob os seguintes argumentos:

- existe uma incongruência lógica na fundamentação do AI lavrado. O sujeito passivo foi autuado na qualidade de Secretário Municipal de Administração, relativamente ao período de 07/2001 a 02/2003. Após diligência requerida pela Seção do Contencioso, foi mantida a autuação mas, desta feita, alterando sua qualificação funcional para Diretor de Departamento de Recursos Humanos, para o mesmo período;

- desta forma, o autuado ficou sendo responsável pela infração no período de 07/2001 a 12/2002 na qualidade de Diretor de Departamento de Recursos Humanos e, no período de 01/2003 a 02/2003, na qualidade de Secretário Municipal de Administração, sendo uma situação excludente da outra;

- ficou evidente nos autos que a responsabilidade pela prática dos atos na qualidade de dirigente do órgão é do Secretário Municipal de Administração (Lei 18/1997, artigo 4º, período de 07/2001 a 12/2001). Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 01/2001, artigo 27, a competência foi atribuída ao Departamento de Recursos Humanos, do qual o autuado foi Diretor de 01/2001 até 12/2002, conforme Portaria nº 37/2001;

- embora o artigo 91 da Lei Complementar 01/2001 expresse que os cargos em comissão e funções gratificadas foram extintos, a municipalidade não ficaria à deriva, o que resta demonstrado pela declaração de fl. 168.

- assim, o autuado não é responsável pela infração no período de 07/2001 a 12/2001, por força do artigo 4º da lei 18/1997, e também de 01/2003 a 02/2003, pois para esse período a Lei Complementar 01/2001 atribui a competência ao Diretor de Departamento de Recursos Humanos, e não à Secretaria Municipal de Administração;

- para o período de 01/2002 a 12/2002, período em que o autuado exerceu a função de Diretor de Departamento de Recursos Humanos, conforme Portaria 37/2001, à fl. 167, e declaração de fl. 168, o recorrente é responsável pela infração.

Após a retificação do débito, pela Decisão-Notificação 22.401.4/0014/2005, que manteve a autuação para o período de 01/2002 a 12/2002, foi reaberto prazo para manifestação do interessado, que aditou novamente seu recurso, aduzindo, em síntese, o seguinte:

- o artigo 95 da Lei Complementar nº 01/2001 revogou a estrutura de cargos e funções das Leis 18/1997 e 03/1998, que sustentavam a função que lhe fora atribuída pela Portaria nº 37/2001;

- em razão do disposto no artigo 95, a Portaria nº 37/2001 perdeu sua eficácia, não sendo necessária a edição de ato de exoneração;

- as responsabilidades devem ser atribuídas aos ocupantes dos cargos comissionados, que foram criados com a nova estrutura.

- Ao final, requer a nulidade do presente Auto de Infração.



A Secretaria da Receita Previdenciária - SRP pugna, em contra-razões, pela improcedência do recurso.

A 4ª CaJ converteu o julgamento em diligência a fim de que fosse juntado aos autos a nomeação do Diretor do Departamento Pessoal.

No relatório da Diligência fiscal juntado às fls.234 o fiscal informou que o documento encontra-se juntado aos autos às fls.167.

Após a diligência, os autos foram encaminhados a este Colegiado para julgamento.

Voto

Conselheira ADRIANA SATO, Relatora

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao seu exame.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO

Após a análise dos autos, verifiquei que não consta do processo Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF e Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD em nome do autuado João Moura de Góes Filho.

O TIAD está endereçado à Prefeitura Municipal, não servindo para sustentar a autuação em comento.

Ademais, a falta de solicitação dos documentos para o sujeito passivo torna nulo o auto de infração, porque houve claro cerceamento de defesa. Se o sujeito passivo nem foi intimado a apresentar os documentos, não pode ser autuado pela não entrega ou entrega deficitária dos mesmos.

Quanto ao contraditório e à ampla defesa, preleciona Hugo de Brito Machado in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 304:

Os conceitos de contraditório, e de ampla defesa, são interligados, até porque o contraditório é, de certa forma, um meio, ou um instrumento inerente à ampla defesa.

Por contraditório entende-se a garantia de que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são parte no conflito. No processo administrativo fiscal a garantia do contraditório quer dizer que o contribuinte tem direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes do fisco, antes da decisão. E também que os agentes do fisco devem ser ouvidos sobre a defesa oferecida pelo contribuinte.

.....


A ampla defesa quer dizer que o contribuinte não pode ter contra ele constituído um crédito tributário sem que lhe seja assegurada oportunidade para demonstrar que o mesmo é indevido.

No caso presente o contribuinte foi autuado sem a intimação pessoal para a apresentação dos documentos a que estava obrigado.

Ainda, é de se notar que não há provas nos autos de que a notificada tenha sido cientificada do resultado das diligências solicitadas e de seus resultados, sendo que a Decisão-Notificação pugnou pela procedência da autuação com relevação parcial da multa sem a possibilidade do contraditório em relação à diligência fiscal.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pelo Auditor Fiscal ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contrarrazões aos fatos apontados pela fiscalização ainda na primeira instância administrativa. Da forma como foi realizado o procedimento, o direito do contribuinte ao contraditório foi conferido somente em grau de recurso.

Há vários precedentes deste órgão colegiado neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff; data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. Recurso provido.

E a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. 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.

De fato, este entendimento também foi plasmado no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deveria ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.



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;

Tal princípio, também, foi contemplado no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

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)

Todavia, embora a Decisão-Notificação seja nula por ter sido proferida ante a figura do cerceamento de defesa, com fulcro no art. 31, II, da Portaria MPS nº 520/2004, abaixo transcrito.

Art. 31. São nulos:

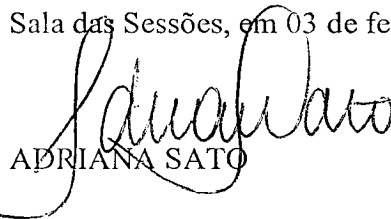
(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Tenho que o auto de infração deve ser anulado por falta de intimação válida para que o contribuinte apresentasse as GFIP's com todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias.

Por todo o exposto, voto por ANULAR O PROCESSO.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009


ADRIANA SATO