



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

Processo nº 35482.000794/2006-14
Recurso nº 146.763 Voluntário
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Acórdão nº 206-01.833
Sessão de 05 de fevereiro de 2009
Recorrente QUALITEC CONSTRUÇÕES CONSULTORIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CLASSIFICAÇÃO DE MERCADORIAS

Data do fato gerador: 17/11/2005

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. MPF. NULIDADE. AUSÊNCIA. PRECEDENTES DOS CONSELHOS DE CONTRIBUINTE. NFLD. LAVRATURA. LOCAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA Nº 4 DO 2º CC. CERCEAMENTO DE DEFESA. AÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE VINCULO EMPREGATÍCIO. POSSIBILIDADE. MULTA. SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA Nº 2 E 3.

I - Segundo a jurisprudência dominante dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, o MPF é mero instrumento de controle da administração fiscal, e eventual irregularidade na sua emissão ou complementação não invalida o lançamento.

II - É legítima a lavratura de auto de infração no local em que constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

III - Ação fiscal precedente ao lançamento é procedimento é inquisitório, o que significa afastar qualquer natureza contenciosa dessa atuação, de forma que a prévia oitiva do contribuinte, quanto a eventuais dados levantados durante ação fiscal, podem ser plenamente descartados acaso a autoridade fiscal já se satisfaça com os elementos de que dispõe.

IV - A fiscalização da SRP tem poderes para declarar a existência de pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, devendo apenas ter a cautela de demonstrar de forma inequívoca a existência dos seus elementos peculiares.

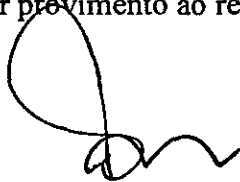
V - Exposta à situação fática, e verificado que há a presença de vínculo empregatício em suposta prestação por pessoa jurídica, correto é o lançamento de ofício.

VI - O 2º Conselho de Contribuintes não é órgão competente para apreciação da constitucionalidade das normas tributárias.

Recurso Voluntário Negado.

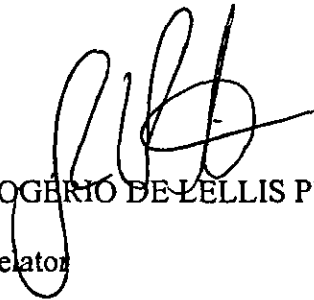
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as nulidades suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



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 **QUALITEC CONSTRUÇÕES CONSULTORIA E COMÉRCIO LTDA**, contra decisão-notificação de fls. 142 e s., exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária, a qual julgou procedente o presente Auto-de-Infração, no valor originário de R\$ 11.017,46 (onze mil e dezessete reais e quarenta e seis centavos), lavrado em decorrência da empresa ter deixado de lançar em títulos próprios de sua contabilidade, os fatos geradores das contribuições previdenciárias, infringindo assim o disposto no art. 32, II da Lei nº 8.212/91.

Sustenta a empresa em sede recurso que a NFLD seria nula, tendo em vista vícios constantes no MPF, consistentes na falta de competência da autoridade que o emitiu, de indicação do telefone funcional da chefia do Agente fiscalizador.

Ainda em preliminar sustenta a Recorrente a nulidade da presente autuação, tendo em vista que fora lavrado fora do estabelecimento da empresa, contrariando assim o disposto no art 10 do Dec. 70.235/72.

Diz que teria sido cerceado em seu direito de defesa tendo em vista que não lhe foi oportunizado durante os procedimentos de fiscalização, manifestar sobre os dados constantes do lançamento.

Coloca que foi ilegalmente desconsiderada sua escrita contábil, já que se adotou documentos relativos as competências de até 1999, os quais estariam desobrigada de apresentar. Assim a imprestabilidade de sua contabilidade amparada em documentos inexigíveis seria ilegal, bem como a desconsideração da prestação de serviços autônomos.

Aduz que a multa lhe imposta teria suposta natureza confiscatória, sendo igualmente ilegal a incidência da taxa SELIC, para na sequência encerrar requerendo o provimento do seu recurso.

Apresentadas contra-razões, o presente processo subiu a 2ª CAJ CRPS que entendeu necessária a realização de diligência para esclarecimentos quanto ao MPF.

Retornam-se os autos da diligência solicitada, após a manifestação da Recorrente.

É o necessário ao julgamento.

Voto

Conselheiro ROGÉRIO DE LELLIS PINTO, Relator

Recurso tempestivo, e presentes os demais requisitos de sua admissibilidade, apto se encontra ao seu conhecimento.

Preliminarmente, alega a Recorrente à nulidade da presente NFLD, face algumas incorreções relacionadas ao Mandado e Procedimento Fiscal-MPF, desencadeador da ação fiscal precedente ao débito ora em discussão.

Na esteira desse ideário, inicialmente reconheço que tenho certo apreço pelas questões relacionadas ao Mandado que inaugura a ação fiscal (MPF), a ponto de considerar que o desrespeito as suas regras tem sim relevância suficiente para macular a validade do próprio ato que constitui o crédito tributário.

Em verdade, entendo que a atividade estatal consistente no dever de constituir o crédito fiscal, sempre que deparar-se diante de uma obrigação tributária incumprida é o exemplo mais clássico de uma ação vinculada a que está submetido o agente público responsável por tal ato. É preciso dizer que vinculado, a nosso sentir, não significa apenas a obrigação que tem o fiscal de lançar quando constatado que há tributo devido, mas igualmente que, ao fazê-lo, seja observada a forma prescrita na legislação tributária.

A existência de obrigação tributária incumprida é realmente o elemento essencial do lançamento, já que decorre da efetiva ocorrência, no mundo fenomênico, do fato descrito na norma tributária (hipótese de incidência) como gerador do dever de pagar o tributo, sem o qual não poderia existir. Contudo, como há uma atuação precedente dos agentes do Estado e um ato administrativo que o concretiza, o lançamento não pode prescindir da esmerada observância das normas que o regulam, sob pena sim de nulidade, porque, afinal, a administração somente atua validamente, em qualquer hipótese, trilhando os caminhos descritos pela legislação, decorrência óbvia da legalidade de que deve revestir seus atos.

Em que pese o meu entendimento pessoal quanto as eventuais nulidades relacionadas ao MPF, não podemos ignorar o fato de que a maioria dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, inclusive as próprias Câmaras Superiores de Recursos Fiscais, tem visto o MPF com certas restrições, lhe conferindo atribuições meramente internas, sem qualquer repercussão na validade do lançamento.

Assim é a farta jurisprudência desta Corte:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. NULIDADE. Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o Auto de Infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação vigente. O MPF é mero instrumento de controle da atividade de fiscalização no âmbito da Secretaria da Receita Federal, de modo que eventual irregularidade na sua expedição, ou nas renovações que se seguem, não acarreta a nulidade do lançamento. (CSRF 2ª Turma, Recurso nº 203-126775, Sessão de 22/01/07, Relatora Maria Tereza Martinez Lopes, Acórdão nº CSRF/02-02.543)

.....
FALTA DE MPF-COMPLEMENTAR - INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DO LANÇAMENTO - A falta do MPF-Complementar para ampliar o período de apuração previsto no MFF-F, bem assim sua ciência ao contribuinte, não acarreta a nulidade do lançamento relativamente aos períodos não alcançados pelo MPF-F, tendo em vista que o MPF-F é documento de uso interno da SRF. (Recurso nº)

152988, 5ª Câmara do 1º Conselho, Sessão de 16/10/2007, Acórdão 105-16680)."

Deste modo, com a ressalva do entendimento que tenho quanto à matéria, adoto o posicionamento deste Egrégio Conselho, para afastar as alegadas preliminares de nulidades decorrentes do MPF.

Seguindo em preliminar alega a Recorrente que seria nula a NFLD, em decorrência de ter sido lavrada fora do seu estabelecimento, como lhe exigiria o art. 10 do Decreto 70.235/72, onde, contudo, razão nenhuma lhe acompanha.

Inicialmente vale lembrar ao contribuinte que o citado art. 10 do Decreto em questão não regula, em absoluto, a lavratura de notificações fiscais de lançamento de débito, que está expressamente prevista no artigo seguinte, que trata exclusivamente de notificações de lançamento. Assim quando o art. 10 fala em auto-de-infração é apenas a ele que esta se referindo, não havendo justificativa para estender suas diretrizes para atos diversos.

No mais, o Pleno do 2º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por meio do enunciado nº 4, pacificou o entendimento de que a lavratura de auto-de-infração em local distinto do estabelecimento da empresa, não gera qualquer nulidade ao ato produzido. Vale transcrever a citada súmula:

"SÚMULA Nº 4 É legítima a lavratura de auto de infração no local em que constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte."

Sendo assim, não há que se falar em nulidade decorrente da lavratura da presente NFLD, fora do estabelecimento da Recorrente.

Insistindo em preliminar, sustenta o Recorrente que teria sido cerceado o seu direito de defesa, uma vez que não lhe fora assegurado, durante a ação fiscal, a oportunidade de contrastar os dados obtidos pela fiscalização.

Com efeito, em regra, ao lançamento precede uma conjunção de atos que visam subsidiar a autoridade fiscal com os elementos necessários para a constituição do crédito tributário. Esse procedimento anterior, realizado por Agente do Fisco legalmente autorizado, transcorre-se da vontade do Contribuinte, e tem natureza estritamente inquisitiva, cabendo a esse agente, nos limites da lei, a busca da verdade material quanto aos fatos investigado.

Dizer que o procedimento é inquisitório, significa afastar qualquer natureza contenciosa dessa atuação, de forma que a prévia oitiva do contribuinte, quanto a eventuais dados levantados durante ação fiscal, podem ser plenamente descartados acaso a autoridade fiscal já se satisfaça com os elementos de que dispõe.

Em verdade, o direito de contrapor-se aos fatos elencados pela autoridade fiscal, nasce apenas no momento que o ato do lançamento é consumado, sendo a partir de então, irrevogavelmente concedido ao contribuinte o direito de demonstrar eventual irregularidade no ato produzido. Antes do lançamento, porém, o direito à defesa não se opera em sua plenitude, porque é mera atuação investigativa dos entes do Estado. *J*

Alberto Xavier, com a maestria que leciona, já nos advertia em sua obra *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, 3ª Ed. Pág. 176 que *"no âmbito do procedimento administrativo de lançamento, propriamente dito, o contribuinte é apenas titular de direito de participação procedimental"* (...). E conclui *"que esses direitos de participação procedimental não são suficientes para caracterizar a existência de um princípio contraditório"*.

Portanto, então, rejeito a preliminar de cerceamento do direito de defesa.

No que tange a suposta ilegalidade da desconsideração da escrita contábil do contribuinte, e da suposta prestação de serviços autônomos por parte de pessoas físicas, melhor sorte não acompanha o contribuinte.

Nesse tom, é imperioso lembrar que no desenrolar de sua atividade, o agente público a serviço do Fisco Previdenciário não está, por efeito do princípio da primazia da realidade, necessariamente vinculado aos elementos formais apurados no contribuinte, sendo-lhe mais do que faculdade, mas um dever aquilatar a verdade material, levantando e descortinando vícios e fraudes, procedendo com o enquadramento de situações fáticas à moldura legal, sempre que assim lhe restar convicto, ainda que abstraindo-se do eventual tratamento conferido pelo contribuinte aquela relação, e independente de provocação Judicial.

Nada há de ilegal, no fato de a autoridade do Fisco-Previdenciário, no intuito de aplicar a norma previdenciária ao caso em concreto, caracterizar um pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, e para tanto, está perfeitamente autorizada a desconsiderar atos, negócios e personalidade jurídica onde se apresentam manobras e condutas demonstradamente ilegais, com intuitos inequivocamente evasivos, como lhe assegura o art. 229, § 2º do RPS.

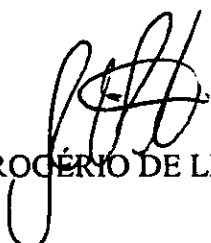
Desta forma, não vejo a nulidade pugnada pelo contribuinte.

Em relação à suposta natureza confiscatória da multa e da ilegalidade da incidência da taxa SELIC, creio por suficiente reconhecer que sua exigência assenta-se em norma legal em pleno vigor, sendo vedado, pelo art. 49 do atual Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, bem como pela súmula nº 2 do 2º CC, afastar sua aplicação.

Em relação apenas a taxa SELIC, vale menção que por tratar-se de Auto-de-Infração não há a sua incidência no débito em questão.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, afastar as preliminares de nulidade, e no mérito negar-lhe provimento.

Sala das Sessões, em 05 de fevereiro de 2009


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO