



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

Processo nº 36204.003264/2006-70
Recurso nº 151.164 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.563 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de agosto de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS
Recorrente COMPROFAR ADMINISTRADORA DE BENS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/04/2005

PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE TERCEIROS (INCRA)

PROCEDIMENTO FISCAL .LAVRATURA DA NOTIFICAÇÃO FISCAL - PRAZO DE VALIDADE DO MPF. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Não configura nulidade a lavratura de NFLD, deste que na data da lavratura existe MPF. válido.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL - RENUNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso administrativo. Ocorrerá a instauração do contencioso somente em relação à matéria diferenciada daquela discutida judicialmente.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso; II) Por voto de qualidade, em rejeitar a preliminar de nulidade. Vencidos os Conselheiros Cleusa Vieira de Souza (relatora), Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. e III) Por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento à parte conhecida. Designado para redigir o voto vencedor a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA – Relatora



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Redatora Designada

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito -NFLD nº 35.908.396-0 que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 54/72 refere-se às Contribuições Sociais a cargo da empresa, destinadas somente a terceiros (INCRA), arrecadadas e fiscalizadas pela Secretaria da Receita Previdenciária – INSS.

Segundo o Relatório Fiscal constatou-se que o sujeito passivo encontra-se amparado por decisão judicial não transitada em julgado, e a presente NFLD objetiva prevenir a decadência.

Informa a auditoria fiscal que o lançamento refere-se a contribuições declaradas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, e contribuições não declaradas em GFIP (caracterização de vínculo dos representantes comerciais), todas referente ao percentual de 0,2% incidente sobre o salário-de-contribuição.

Constitui o fato gerador das contribuições objeto do presente lançamento as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados que prestaram serviços à COMPROFAR, e se destinam ao INCRA, incidente sobre a folha de pagamento normal, bem como sobre a remuneração dos trabalhadores enquadrados na categoria de segurado empregado, uma vez que restaram evidenciados os elementos caracterizadores do vínculo de emprego, no período de 01/2002 a 04/2005

Tais trabalhadores não foram considerados pela empresa como segurados empregados. Diversas empresas prestam serviços de vendas (denominada pela contratante como representação) à COMPROFAR, e estes serviços são prestados através de seus empresários, pois estas empresas não possuem empregados. A fiscalização caracterizou estas pessoas como segurados empregados, pois constatou na execução desses serviços profissionais estão presentes os pressupostos constantes do artigo 12, inciso I, alínea “a” da Lei nº 8212/91 a, sem a devida contribuição para o INCRA.

Tempestivamente a empresa notificada apresentou impugnação às fls. 946/971, argüindo, em preliminar, a nulidade do procedimento, pois restou comprovado que no decurso do procedimento fiscalizatório, feriu-se de morte os princípios da moralidade, razoabilidade e da justiça fiscal. A ofensa do princípio da moralidade pode ser facilmente constatada ao analisar os MPF-C, pois 6 deles foram enviados via postal, por aviso de recebimento – AR, a data a ser considerada como ciência da prorrogação dos trabalhos de auditoria seria aquela descrita no referido documento que comprova o recebimento pelo contribuinte auditado. No presente caso, a data informada manualmente no MPF-C é divergente da data constante do AR, caracterizando manipulação de informações essenciais que visam prejudicar o contribuinte, pois dessa forma, poder-se-ia tornar-se válidos documentos com vícios formais insanáveis

Que para dar validade ao procedimento necessário seria emitir novo MPF, e nunca adulterar um documento oficial para torná-lo válido.

Quanto à ofensa ao Princípio da razoabilidade, tem-se a considerar que foram emitidos 08 MPF-C, estendendo-se a auditoria por mais de um ano, prazo demasiadamente extenso para que o contribuinte ficasse e colocasse à disposição funcionários e documentos a fim de atender os requisitos solicitados pela fiscalização, acarretando despesas desnecessárias para o mesmo. A ofensa ao princípio da justiça fiscal, resta claramente demonstrado ao se verificar a desconsideração de personalidade jurídica de empresas legalmente constituídas e estabelecidas.

Que não foi observado o princípio da motivação, pois o Auditor Fiscal se utilizou do procedimento da aferição para o arbitramento do lançamento sem qualquer fundamentação/motivação. Não foram indicados os pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão. O lançamento do crédito previdenciário foi levado a efeito com base nos lançamentos contábeis constantes nos Livros Diário e Razão apresentados pela impugnante.

Contudo não ficou claro, o que, de fato, originou o crédito, uma vez que o auditor simplesmente adotou como base de cálculo das contribuições previdenciárias os valores totais das notas fiscais emitidas pelos representantes comerciais, não levando em conta gastos que os mesmos tiveram com combustíveis, manutenção, refeições, aluguéis etc. Não existindo motivação, não há forma plausível do impugnante defender-se da exorbitante quantia que lhe é cobrada, o que caracteriza ausência de ampla defesa e contraditório.

Que existe vício formal na prorrogação do MPF nº 09235560, emitido em 27/04/2005, com validade até 30/06/2005, sendo este prazo prorrogado pelo MPF-C nº 01 e MPF-C nº 02, com prazo de execução até 01/08/2005. Posteriormente, em 06/12/2005, após 3 dias de vencido o referido MPF, foi emitido um novo MPF-C prorrogando a ação extinta até 31/12/2005 e, sucessivamente emitidos outros MPF-C, com os mesmos vícios de forma.

Trouxe aos autos Ementa de julgado do CRPS sobre a matéria.

No mérito, alegou que foram incluídos indevidamente na base de cálculo do referido lançamento levantamentos através da NFLD nº 35.908.395-1, que foi contestado pela impugnante o qual deve ser excluído, uma vez que não há decisão final sobre a procedência do débito. Cabendo ressaltar que a matéria, relativa as contribuições do INCRA, estão sendo discutidas judicialmente. Logos termos do artigo 151, incisão V do Código Tributário Nacional – CTN, a exigibilidade do crédito encontra-se suspensa.

A Secretaria da Receita Previdenciária em Vitória/ES, por meio da Decisão – Notificação nº 07.401.4/341/2006, julgou procedente o lançamento, trazendo a decisão a seguinte ementa:

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO – MPF – PRORROGAÇÃO DO MPF – MPF-C – VALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS – INCRA PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL – RENUNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

É legal o procedimento administrativo fiscal precedido de MPF – Mandado de Procedimento Fiscal. A prorrogação do prazo de

validade do MPF será formalizada mediante a emissão de MPF -C.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso administrativo. Ocorrerá a instauração do contencioso somente em relação à matéria diferenciada daquela discutida judicialmente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Intimada da decisão e com ela não se conformando a empresa interpôs Recurso a este conselho, conforme razões expendidas às fls. 1009/1021, alegando que a decisão de primeira instância não pode prevalecer, pois representa séria afronta a legislação, além do que, vai de encontro ao entendimento jurisprudencial expendido, tanto na esfera judicial quanto no próprio sistema contencioso administrativo, conforme se demonstrará nas preliminares e no mérito.

Em preliminares reiterou todas as razões já deduzidas em sua defesa, sustentando, mais que a interpretação dada pelo nobre julgador aos dispositivos legais, que norteiam a emissão e prorrogação do MPF é um tanto simplista, posto que os mencionados dispositivos, na verdade querem dizer que somente a formalização da prorrogação de validade do MPF é que se dá com a emissão do MPF-C, de forma que o aperfeiçoamento do ato só acontece com a regular ciência do sujeito passivo, como aliás, ocorre com o auto de infração, a notificação de lançamento, etc.

Transcreve algumas Ementas de julgados do CRPS sobre o assunto

No mérito, alegou, em síntese, que a recorrente está desobrigada de tal recolhimento, eis que amparada por sentença judicial que lhe assegura o direito de abster-se do pagamento de tal exação. Tal decisão foi prolatada no processo nº 2001.50.01.0111365-4, pelo Exmo. Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara Federal Civil da Justiça Federal de Vitória, cuja parte dispositiva transcreveu.

Concluiu requerendo que, pelas preliminares argüidas, seja reconhecida a nulidade do presente lançamento. Se não pelo mérito, seja julgado improcedente o lançamento em sua totalidade.

Houve depósito recursal obrigatório, nos termos da legislação em vigor, fls. 1026.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cleusa Vieira de Souza, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e preparado pelo depósito recursal prévio, nos termos da legislação de regência.

Em suas razões de recurso, bem como em sua impugnação, o recorrente pugna pela anulação da NFLD, alegando que existe vício formal na prorrogação do MPF nº 09235560, emitido em 27/04/2005, com validade até 30/06/2005, sendo este prazo prorrogado pelo MPF-C nº 01 e MPF-C nº 02, com prazo de execução até 01/08/2005. Posteriormente, em 06/12/2005, após 3 dias de vencido o referido MPF, foi emitido um novo MPF-C prorrogando a ação extinta até 31/12/2005 e, sucessivamente emitidos outros MPF-C, com os mesmos vícios de forma. Ou seja, pretendeu o fisco estender seus trabalhos em momento em que a fiscalização já estava extinta por decurso de prazo.

De fato, O MPF que deu início a ação fiscal foi prorrogado pelo MPF Complementar nº 01 e 02, este último expirou em 03/12/2005 e o MPF-C nº 03, embora expedido em 18/11/2005, e embora conste em seu campo próprio a ciência em 02/12/2005, na verdade fora enviado pela via postal com AR, tendo como data do recebimento, e, conseqüentemente, da ciência em 06/12/2005 (fls. 29), de igual modo os MPF- C nº 04, 05, 07 e 08 todos tiveram a ciência do contribuinte fora dos prazos de validade de seus antecessores 9 como se vê dos documentos de fls. 31,3336e 38. De sorte que, quando a NFLD foi lavrada em 23/06/2006, não havia MPF válido que a sustentasse.

A legislação vigente exige emissão e ciência do MPF, conforme vemos a seguir.

Decreto 3.969/2001:

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos federais previdenciários serão executados por Auditores Fiscais da Previdência Social habilitados e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização (MPF-F) e, no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal-Diligência (MPF-D).

Art3º Para os fins deste Decreto, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos federais previdenciários, podendo resultar em constituição de crédito tributário;

...

Art. 4º O MPF será emitido na forma de modelos adotados e divulgados pela Diretoria de Arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, do qual será dada ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, por ocasião do início do procedimento fiscal.

Portanto, resta claro que a instauração do procedimento de fiscalização e a ciência, no início do procedimento fiscal, da emissão do MPF são exigências da Legislação. Da mesma forma a complementação do MPF segue igual rito e formalidade, devendo para ser válido ter aposta a ciência do contribuinte, até porque o ato somente se perfectibiliza com a respectiva ciência do sujeito passivo de que continua sob ação fiscal.

Esclareça-se, por oportuno, que no presente caso, embora existindo um MPF válido para o início da ação fiscal e este teve seu prazo prorrogado pelos MPF complementar nº 01 e 02, que expirou em 31/12/2005. Assim, a lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito- NFLD ocorreu com ausência de MPF válido, eis que como já dito o MPF complementar nº 02 expirou em 31/12/2005 e o complementar nº 03, assim como os demais, embora emitidos dentro do prazo de validade do anterior teve a ciência do contribuinte após o decurso do prazo de validade. Repita-se, portanto que, quando a NFLD foi lavrada já não havia MPF válido que a sustentasse

Diante de tal constatação fica evidenciado que o presente lançamento não está revestido de todas as formalidades essenciais para que se considere que houve a regularidade do mesmo e que o procedimento administrativo que originou o lançamento em tela não observou as condições e os limites impostos pela legislação em vigência que se consubstanciam em requisitos de eficácia do mesmo;

Dessa maneira, o processo deve ser anulado porquanto a ausência de MPF válido tolhe o início ou, no caso, a seqüência do procedimento fiscalizatório, pois a lei exige que o contribuinte seja cientificado de todos os atos praticados pela autoridade administrativa, o que não ocorreu neste processo, quando da emissão da notificação fiscal que foi expedida sem Mandado de Procedimento Fiscal com validade assegurada pela ciência do contribuinte.

Por todo o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para **ANULAR**, por vício formal, **O PROCESSO**.

Caso não se acolha o encaminhamento de anulação do presente processo, pela preliminar de nulidade suscitada, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 54/72 refere-se às Contribuições Sociais a cargo da empresa, destinadas somente a terceiros (INCRA), arrecadadas e fiscalizadas pela Secretaria da Receita Previdenciária – INSS e objetiva prevenir a decadência.

Informa a auditoria fiscal que o lançamento refere-se a contribuições declaradas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, e contribuições não declaradas em GFIP (caracterização de vínculo dos representantes comerciais), todas referente ao percentual de 0,2% incidente sobre o salário-de-contribuição.

Em fase recursal a recorrente alega, em síntese, que está desobrigada de tal recolhimento, eis que amparada por sentença judicial que lhe assegura o direito de abster-se do pagamento de tal exação. Tal decisão foi prolatada no processo nº 2001.50.01.0111365-4, pelo Exmo. Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara Federal Civil da Justiça Federal de Vitória, cuja parte dispositiva transcreveu.

Nesse sentido, este 2º Conselho dos Contribuintes já se posicionou sobre a matéria, é o que se vê da Súmula nº. 1 aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28:

Súmula nº 1 - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo. (grifei)

Também, à luz do que dispõe o artigo 126 da lei nº 8213/91 e artigo 307 do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3048/99, “A propositura pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa a renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto”

Por outro lado a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Entretanto quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário, necessário se faz considerar que no Brasil, praticamente, sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

De sorte que, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepoem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

"Art.126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

Isto posto, e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta,

CONCLUSÃO: pelo exposto, **Voto** no sentido de **CONHECER** do recurso somente em relação às matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário, **REJEITAR PRELIMINARES e NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA – Relatora

Voto Vencedor

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Redatora designada

Divirjo do entendimento da ilustre conselheira, quanto a nulidade declarada, por entender que não existia MPF válido quando da lavratura da NFLD em questão.

Em primeiro lugar entendo que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais para sua instauração, não havendo, pois, nulidade a ser declarada. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

- *autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.*

Diferente de outros procedimentos, observa-se neste caso, um número significativo de MPF complementares, contudo, conforme demonstrado nos autos, entendo que o auditor encaminhou na forma devida à empresa notificada os MPF complementares, o que ensejou que no momento da lavratura da NFLD, existisse sim, MPF válido, senão vejamos:

MFP – F Nº – EMITIDO, VALIDO ATÉ– ASSINADO.

MPF Nº	DT.EMIÇÃO	VALIDADE	ASSINATURA/EMVIO	RECEBIDO
09235560	27/04/2005	30/06/2005	24/05/2005	
COMP 01	22/06/2005	31/08/2005	28/06/2005	
COMP 02	05/08/2005	03/12/2005	16/08/2005	16/08/2005
COMP 03	18/11/2005	31/12/2005	02/12/2005	06/12/2005
COMP 04	26/12/2005	24/02/2006	03/01/2006	03/01/2006
COMP 05	21/02/2006	16/04/2006	02/03/2006	02/03/2006

COMP 06	13/04/2006	10/05/2006	13/04/2006	
COMP 07	08/05/2006	31/05/2006	09/05/2006	11/05/2006
COMP 08	31/05/2006	23/06/2006	31/05/2006	02/06/2006

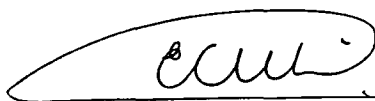
Ademais, a NFLD foi lavrada em 23/06/2006, o que em conjunto com a análise das informações prestadas acima, demonstra que todo o procedimento teve a devida cobertura de MPF, tendo sido emitidos MPF complementares, antes mesmo do anterior perder validade.

Entendo que a exigência legal é no sentido de que na data da lavratura da NFLD exista MPF válido, conferindo legitimidade ao trabalho do auditor. O fato de terem existido diversos MPF complementares, mesmo que não cientificados pessoalmente não invalida o procedimento, já que é possível tanto a cientificação pessoal como o encaminhamento por meio de Aviso de Recebimento – AR.

CONCLUSÃO

Face o exposto, voto por rejeitar a preliminar de nulidade suscitada.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Redatora designada