

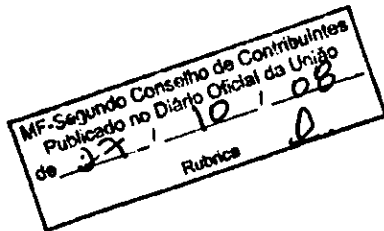


MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22, 09, 08
Sims Alves de Oliveira
Mat.: Siape 877862

CC02/C06
Fls. 207

Processo nº 36708.000220/2004-55
Recurso nº 143.231 Voluntário
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA, CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Acórdão nº 206-00.478
Sessão de 14 de fevereiro de 2008
Recorrente MUNICÍPIO DE CACULÉ - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM VITÓRIA DA CONQUISTA/BA




Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/12/1998

Ementa: PEDIDO DE REVISÃO. OBSERVÂNCIA PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. Tratando-se de Pedido de Revisão devidamente enquadrado em uma das hipóteses/pressupostos legais contidos na legislação de regência, especialmente no art. 60, da Portaria MPS nº 88 – RICRPS, deve ser conhecido para anular o Acórdão Recorrido, mormente quando restar comprovada a contrariedade a lei.

NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. NULIDADE. A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito-FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável, nos termos do art. 37 da Lei nº 8.212/91, c/c art. 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS. Somente nas hipóteses em que restar constatada a efetiva existência dos elementos constituintes da relação empregatícia entre o suposto “tomador de serviços” e os “prestadores de serviços”, poderá o Auditor Fiscal caracterizar o contribuinte individual (autônomo) como segurado empregado, com

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22/09/08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sisaep 877862

CC02/C06 Fls. 208

fulcro no art. 229, § 2º, do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

RELATÓRIO FISCAL DO NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar de forma clara e precisa todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.

Omissões ou incorreções no Relatório Fiscal, relativamente aos critérios de apuração do crédito tributário levados a efeito por ocasião do lançamento fiscal, que impossibilitem o exercício pleno do direito de defesa e contraditório do contribuinte, enseja a nulidade material da notificação, mormente tratando-se de caracterização de segurados empregados, onde os requisitos do vínculo empregatício devem restar circunstanciadamente comprovados.

CONTRIBUIÇÕES SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. OBRIGAÇÃO RECOLHIMENTO. Nos termos do art. 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.212/91, a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, descontando-as das respectivas remunerações e recolher o produto até o dia dez do mês seguinte ao da competência.

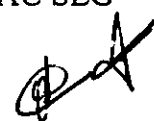
TAXA SELIC E MULTA. LEGALIDADE. Não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na utilização da taxa de juros SELIC para aplicação dos acréscimos legais ao valor originário do débito, porquanto encontra amparo legal no art. 34, da Lei nº 8.212/91.

Incide multa de mora sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas no vencimento, de acordo com o art. 35 da Lei nº 8.212/91 e demais alterações.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos: a) em acolher o pedido de revisão para anular o Acórdão 04-02989/2005 da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS; b) em dar provimento parcial ao recurso para anular os lançamentos referentes aos levantamentos "EP/CARAC SEG



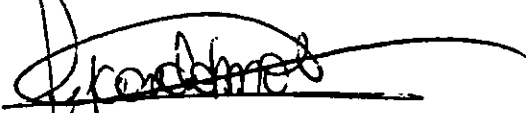
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22, 09, 08
Sílvia Ayres de Oliveira
Mat.: SIAPE 877862

EMPR PREF PAG”, “AF/AFERIÇÃO PAG” e “TA/FRETE AFERIÇÃO PAG”, mantidos os demais levantamentos. II) por unanimidade de votos em declarar a nulidade do levantamento “TA/FRETE AFERIÇÃO PAG” por vício formal; III) por maioria de votos em declarar a nulidade dos levantamentos “EP/CARAC SEG EMPR PREF PAG” e “AF/AFERIÇÃO PAG”, por vício material. Vencidas as Conselheiras Ana Maria Bandeira, Bernadete de Oliveira Barros e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votaram por declarar a nulidade por vício formal. Apresentará declaração de voto a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

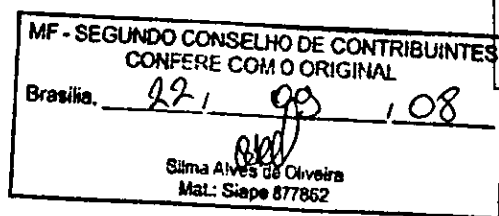
Presidente



RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Cleusa Vieira de Souza..



Relatório

MUNICÍPIO DE CACULÉ - PREFEITURA MUNICIPAL, contribuinte, pessoa jurídica de direito público, já qualificada nos autos do processo em referência, teve contra si lavrada Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos – NFLD n.º 35.437.875-9, referente às contribuições sociais devidas pela empresa ao INSS, correspondentes à parte dos empregados, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros (SEST/SENAT), em relação ao período de 01/13/1994; 01/13/1995; 01/05/1996 a 31/12/1998, conforme Relatório Fiscal, às fls. 78/82, concernentes aos seguintes levantamentos:

- 1) EP/CARAC SEG EMPR PREF PAG – até 12/1998, relativamente à caracterização de segurados empregados;
- 2) PP/PREST SERV TERC PRE PAG – até 12/1998, para os prestadores de serviços;
- 3) TP/FRETE TRANS AUT PREF PAG – até 12/1998, relacionado aos transportadores autônomos;
- 4) AF/AFERIÇÃO PAG – caracterização de segurados empregados e prestadores de serviços, até 12/1998;
- 5) TA/FRETE AFERIÇÃO PAG – transportadores autônomos, relativamente ao período até 12/1998;

Após regular processamento, incluído na pauta de julgamento do dia 16/12/2005, a egrégia 4ª Câmara, por maioria de votos, ao apreciar o recurso da contribuinte, achou por bem ANULAR A NFLD, por conter vício formal insanável, o fazendo sob a égide dos fundamentos consubstanciados no Acórdão n.º 2989/2005, com sua ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. NORMAS PROCEDIMENTAIS. RECURSO VOLUNTÁRIO. INTERPOSIÇÃO VIA POSTAL. DATA ADMITIDA PARA CONTAGEM DO PRAZO. TEMPESTIVIDADE. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL-MPF EXPIRADO. LANÇAMENTO POSTERIOR. NULIDADE.

Com fulcro na legislação previdenciária, mormente no Manual do Contencioso Administrativo Fiscal, no caso de recurso voluntário interposto via postal, para efeito de tempestividade, será admitida a data de sua postagem no Correio.

De conformidade com a legislação tributária, especialmente o artigo 31, inciso III, da Portaria n.º 520, é nulo o lançamento fiscal promovido, com a devida notificação do sujeito passivo, fora do prazo de validade do respectivo MPF.

RECURSO CONHECIDO. NFLD ANULADA.”

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22 / 09 / 08
Sima Alves de Oliveira Mat.: Siape 877862

Irresignado, o INSS apresentou Pedido de Revisão do Acórdão, às fls. 194/196, com fulcro no artigo 60, da Portaria n.º 88 – Regimento Interno do CRPS, c/c Enunciado n.º 25, do Conselho Pleno do CRPS, procurando demonstrar a sua insubsistência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após dissertar a respeito das características e efeitos do ato administrativo do lançamento e procedimento fiscal, contrapõe-se ao Acórdão atacado, alegando ser equivocado o entendimento da Câmara recorrida de que a ciência do contribuinte deve ocorrer dentro do prazo do respectivo MPF.

Aduz que somente o ato de emitir a notificação, com a assinatura do fiscal autuante, ou seja, a consolidação do lançamento é que deve se dar dentro do prazo de validade do MPF, não podendo a existência do lançamento ser confundida com a sua eficácia, sobretudo quando não houver prejuízo ao direito da ampla defesa e contraditório do contribuinte, o que se verifica no caso vertente.

Nesse sentido, assevera que a ciência do contribuinte fora do prazo de validade do respectivo MPF não acarreta a nulidade do lançamento, conforme se extrai dos preceitos contidos no Enunciado n.º 25, do Conselho Pleno do CRPS, cujo teor já se tem conhecimento.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu pedido de Revisão de Acórdão, impondo a reforma do julgado ora guerreado, no sentido de negar provimento ao recurso da contribuinte.

Instada a se manifestar a respeito do Pedido de Revisão, a contribuinte assim não o fez, conforme se constata dos documentos de fls. 199/200.

Com arrimo no artigo 29, da Lei n.º 11.457/2007, que criou a Receita Federal do Brasil, transferindo do CRPS para o Segundo Conselho de Contribuintes a competência para julgamentos de recursos administrativos pertinentes às contribuições previdenciárias, em 10/07/2007, o presente Pedido de Revisão fora encaminhado à este Colegiado, em observância ao disposto no artigo 5º, § 1º, da Portaria GM/MF n.º 147/2007.

Submetido a exame preliminar de admissibilidade, o ilustre Presidente da 6ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, entendeu por bem indeferir o pedido de concessão de efeito suspensivo, e acolher o Pedido de Revisão, sob o argumento de que a contribuinte logrou comprovar que o Acórdão recorrido violou literalmente dispositivo legal do Dec. n.º 3.969/2001, na forma do inciso I, do artigo 60, do Regimento Interno do CRPS, razão pela qual determinou a remessa do processo a este Conselheiro, para inclusão em pauta, com proposta de saneamento do *decisum* atacado.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 108 Sílma Alves da Oliveira Mat.: Slape 877862	CC02/C06 Fls. 212
--	----------------------

Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA, Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE REVISÃO

Preliminarmente, mister se faz examinar os pressupostos legais para o conhecimento e seguimento do Pedido de Revisão do Acórdão.

Em que pese não compartilhar com as razões esposadas no Pedido de Revisão do INSS, apesar de respeitá-las, deve ser acolhido o seu pleito, uma vez que submetido referido tema ao exame do Conselho Pleno do CRPS, este órgão julgador achou por bem determinar que a cientificação do sujeito passivo da notificação fiscal ou auto de infração fora do prazo de validade do MPF não enseja a nulidade do lançamento, conforme se depreende do Enunciado n.º 25, publicado em 06/03/2006, sedimentando de uma vez por todas o entendimento a respeito da matéria, impondo o conhecimento do recurso voluntário do contribuinte e conseqüente exame dos argumentos ali consignados.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e dispensado do depósito recursal, por tratar-se de órgão público, conheço do recurso voluntário da contribuinte e passo à análise das alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo processo administrativo fiscal, especialmente no seu recurso voluntário e os esclarecimentos da fiscalização em defesa da manutenção do crédito previdenciário, há na hipótese vertente vícios formais, capazes de ensejar a nulidade parcial do lançamento, como restará demonstrado ao longo desse arrazoado.

Consoante se positiva da análise dos elementos que instruem o processo, trata-se de notificação fiscal englobando vários levantamentos distintos, contemplando, inclusive, caracterização de segurados empregados e aferição indireta da base de cálculo dos tributos lançados, razão pela qual o exame do recurso se dará de forma individualizada.

LEVANTAMENTOS “EP/CARAC SEG EMPR PREF PAG” E “AF/AFERIÇÃO PAG”

Os levantamentos em epígrafe, constantes deste lançamento, dizem respeito às contribuições sociais devidas pela empresa ao INSS, incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, assim considerados pela fiscalização os prestadores de serviços, face a constatação dos requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício, quais sejam, subordinação, remuneração e não eventualidade, conforme Relatório Fiscal às fls. 78/82.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sisppe 877862	CC02/C06 Fls. 213
---	----------------------

Em que pesem os argumentos da recorrente contra referido procedimento, a legislação previdenciária, por meio do artigo 229, § 2º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Dec. nº 3.048/1999, impôs ao Auditor Fiscal a obrigação de considerar os contribuintes individuais (autônomos) como segurados empregados, quando verificados os requisitos legais, *in verbis*:

“Art. 229.

[...]

§ 2º - Se o Auditor Fiscal da Previdência Social, constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inc. I «caput» do art.9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.”

Esse procedimento encontra respaldo, igualmente, no Parecer/MPAS/CJ nº 299/95, com a seguinte ementa:

“EMENTA

Débito previdenciário. Avocatória. Segurados empregados indevidamente caracterizados como autônomos. Procedente a NFLD emitida pela fiscalização do INSS. Revogação do Acórdão nº 671/94 da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, que decidiu contrariamente a esse entendimento.”

Indispensável ao deslinde da controvérsia, cumpre transcrever os preceitos do artigo 3º, da CLT, *in verbis*:

“Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Assim, verificados todos os requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício do suposto tomador de serviços com os tidos prestadores de serviços, a autoridade administrativa, de conformidade com os dispositivos legais encimados, tem a obrigação de caracterizar como segurado empregado qualquer trabalhador que preste serviço ao contribuinte nestas condições, fazendo incidir, conseqüentemente, as contribuições previdenciárias sobre as remunerações pagas ou creditadas em favor daqueles.

Entrementes, não basta que a autoridade lançadora inscreva no Relatório Fiscal da Notificação tais requisitos, quais sejam, **subordinação, remuneração e não eventualidade**. Deve, em verdade, deixar explicitamente comprovada de forma individualizada a existência dos pressupostos legais da relação empregatícia, sob pena de nulidade do lançamento por ausência de comprovação do fato gerador do tributo, e cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22 09 08 Silmá Alves de Oliveira Mat.: Siape 877852	CC02/C06 Fls. 214
---	----------------------

É o que determina o art. 37, da Lei nº 8.212/91, nos seguintes termos:

“Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.” (grifamos).

Na hipótese vertente, porém, ao promover o lançamento levando a efeito a caracterização dos prestadores de serviços (autônomos) como segurados empregados, o ilustre fiscal autuante, em seu Relatório Fiscal, simplesmente inferiu ter efetuado tal enquadramento, sem conquanto demonstrar/comprovar de forma pormenorizada seu entendimento, maculando os levantamentos em comento.

Repita-se, para que tal procedimento tenha validade e esteja em consonância com a legislação de regência, não é suficiente a alegação genérica da autoridade administrativa de que constatou a existência dos pressupostos da relação de emprego, devendo haver comprovação da existência efetiva do vínculo laboral, abordando cada requisito necessário para tanto, de maneira individualizada ou por tipo de trabalho desenvolvido pelos prestadores de serviços.

Destarte, os atos administrativos, conforme se depreende do art. 50, da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, devem ser motivados, sob pena de nulidade, *in verbis*:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos [...]

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente [...].”

A jurisprudência administrativa oferece proteção a esse entendimento, como faz certo Acórdão nº 180/2004, com voto vencedor da lavra do então Presidente da 4º Caj do CRPS, com sua ementa abaixo transcrita:

“EMENTA. CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS. NULIDADE. RELATÓRIO FISCAL INCOMPLETO. O relatório fiscal deve conter todos os elementos que permitem ao contribuinte defender-se de eventual caracterização de segurado empregado sob pena de nulidade.

[...].”

No caso *sub examine*, com mais razão o fiscal autuante deveria ter explicitado circunstanciadamente os motivos que o levaram a concluir serem os prestadores de serviços segurados empregados, uma vez que referido procedimento, por se revestir do caráter de excepcionalidade, deverá estar devidamente fundamentado, não se prestando à validá-lo a simples menção de tratar-se de caracterização de segurados empregados.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sírmia Alves de Oliveira Mat.: Saco 677862	CC02/C06 Fls. 215
---	----------------------

Na esteira desse entendimento, os levantamentos "EP/CARAC SEG EMPR PRAF PAG" E "AF/AFERIÇÃO PAG" devem ser excluídos do presente lançamento, por vício material, eis que a autoridade lançadora, ao proceder de forma omissa, deixou de comprovar a efetiva existência dos fatos geradores dos tributos lançados.

LEVANTAMENTO "TA/FRETE AFERIÇÃO PAG"

Como se verifica dos autos, em que pese não restarem consignados no Relatório Fiscal todos critérios de apuração utilizados pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, o que por si só já seria capaz de ensejar a nulidade do feito, observe-se que o crédito previdenciário constituído no levantamento em comento fora apurado por aferição indireta, conforme se extrai das informações constantes dos itens 2.2.3, 2.2.4, 2.3.5, 2.2.6 e 2.2.7, do REFISC, às fls. 79.

Com efeito, conclui-se que o fiscal atuante edificou uma presunção legal, lançando valores que entendeu devidos, invertendo, assim, o ônus da prova ao contribuinte.

No entanto, sabemos que a presunção legal, como o próprio nome indica, somente poderá ser levada a efeito quando estiver expressamente inserida na legislação de regência.

Na hipótese vertente, o único dispositivo legal que ampara o procedimento adotado pelo fiscal atuante é o artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, o qual contempla a possibilidade da apuração das contribuições previdenciárias por arbitramento, nos seguintes termos:

"Art. 33.

[...].

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

[...].

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário."

Consoante se infere do processo, conclui-se que o procedimento utilizado pela fiscalização relativamente ao levantamento sob análise foi precisamente aquele inscrito na norma legal encimada, qual seja, aferição indireta.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Silma Alves de Oliveira Mat.: Sisepe 877862
--

Como se observa, o procedimento do arbitramento, uma vez constatados os requisitos exigidos pelos dispositivos legais que regulam a matéria, é legal e inverte o ônus da prova ao contribuinte. Porém, tal procedimento deve estar devidamente fundamentado nos autos do processo (Relatório Fiscal e/ou Fundamentos Legais do Débito), sob pena de nulidade da notificação e/ou levantamento.

No presente caso, o ilustre fiscal atuante, além de não demonstrar de forma circunstanciada/pormenorizada os critérios utilizados na apuração do crédito por arbitramento, nos termos da legislação previdenciária, procedeu, igualmente, de forma omissa e/ou genérica, não especificando clara e precisamente no anexo Fundamentos Legais do Débito-FLD, às fls. 56/59, ou mesmo no Relatório Fiscal, qual o dispositivo legal que dá sustentáculo ao procedimento levado a efeito na constituição do crédito tributário, qual seja, aferição indireta/arbitramento.

Dessa forma, não se sabe clara e precisamente em qual fundamento legal a fiscalização se baseou ao constituir o crédito previdenciário, o que vai de encontro com o art. 37, da Lei nº 8.212/91, c/c art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, já transcritos acima.

Ao proceder dessa maneira, deixando de elencar no Relatório dos Fundamentos Legais do Débito – FLD, mais precisamente às fls. 56/59, e/ou no Relatório Fiscal da Notificação, a legislação específica que dá amparo ao ARBITRAMENTO, *in casu*, artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, o ilustre fiscal atuante incorreu em vício formal insanável, capaz de determinar a nulidade do levantamento em epígrafe, conforme legislação de regência e torrencial jurisprudência deste Conselho.

Por sua vez, o Decreto 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal, não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

“Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

[...].

III – a disposição legal infringida, se for o caso;”

Na mesma linha de raciocínio, o Código Tributário Nacional, em seus artigos 201 a 204, determina que após o trâmite regular, a notificação será inscrita em dívida ativa que indicará, entre outros elementos essenciais, a “origem e a natureza do crédito tributário, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado”. A falta desses requisitos ocasiona a nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, não gozando a CDA da presunção de certeza e liquidez, por não ter sido regularmente inscrita.

O artigo 145 do Código Tributário Nacional, assim prescreve:

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Silma Alves de Oliveira Mat.: Siape 877862	CC02/C06 Fls. 217
---	----------------------

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.” (grifamos).

Por seu turno, o artigo 149, CTN, estabelece o seguinte:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I – quando a lei assim o determine;

[...];

IX – quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial.” (grifamos).

A corroborar esse entendimento, o artigo 53 da Lei 9.784/99, assim preleciona:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”


Como se constata dos dispositivos legais supracitados, muitas são as hipóteses que geram a nulidade do lançamento, enquadrando-se perfeitamente o presente caso na legislação de regência, seja com fulcro no CTN, nas Leis nºs 8.212/91 e 9.784 ou no Decreto nº 70.235/72, não deixando margem de dúvida quanto nulidade do presente levantamento.

Registre-se, que o processo administrativo fiscal tem como um de seus alicerces o Princípio da Legalidade, atribuindo à autoridade administrativa o dever-poder de anular, corrigir ou modificar o lançamento, independentemente de se tratar de erro de fato ou de direito.

Na hipótese vertente, a fiscalização lançou mão do instituto da aferição indireta, nos termos do artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, apurando a remuneração dos segurados empregados e autônomos por arbitramento a partir dos registros contábeis da contribuinte.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação legal que ampara a constituição do crédito previdenciário, bem como dos procedimentos utilizados pelo fisco nesta empreitada, deve constar de forma inequívoca no anexo “Fundamentos Legais do Débito” e/ou no Relatório Fiscal da Notificação, e a sua ausência enseja a nulidade da notificação e/ou levantamento.

Assim, quanto ao levantamento “TA/FRETE AFERIÇÃO PAG”, deve ser excluído da presente notificação, por ausência de fundamentação legal do débito, ou seja, por vício formal insanável, o que se prestaria, também, ao levantamento “AF/AFERIÇÃO PAG”, não fosse o vício material já relatado, em virtude da falta de motivação da caracterização procedida.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	CC02/C06 Fls. 218
Brasília, 22, 08, 08	
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Siga 877862	

**LEVANTAMENTOS "PP/PREST SERV TERC PRE PAG" E "TP/FRETE
TRANS AUT PREF PAG"**

No que tange à estes levantamentos, afóra os demais argumentos da contribuinte quanto o arbitramento e caracterização dos segurados empregados, já devidamente debatidos, resta tão somente o insurgimento a propósito da aplicação da Taxa Selic e multa, alegando serem ilegais e inconstitucionais, entendimento que não tem o condão de macular o crédito previdenciário em questão.

As contribuições sociais arrecadas pelo INSS estão sujeitas à taxa referencial do SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do art. 34 da Lei nº 8.212/91, não prosperando a alegação da impossibilidade de utilização para a fixação de juros de mora, senão vejamos:

"Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)"

Por sua vez, de conformidade com o art. 35, inciso I, da Lei nº 8.212/91, as contribuições previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso, como segue:

"Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

[...]."

Dessa forma, devida a contribuição e não sendo recolhida até a data do vencimento, fica sujeita aos acréscimos legais na forma da legislação de regência. Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, e bem assim da multa moratória, nos termos do artigo 35 do mesmo Diploma Legal.

Quanto às demais alegações da contribuinte, não merece aqui tecer maiores considerações, uma vez não serem capazes de ensejar a reforma da decisão recorrida, sobretudo quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente debatidas pelo julgador de primeira instância.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFEPE COI.: O ORIGINAL Brasília, 22, 09, 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 877862	CC02/C06 Fls. 219
--	----------------------

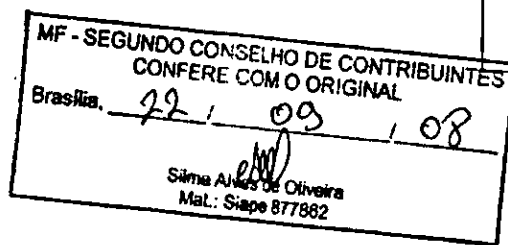
Diante desse fatos, o presente lançamento deve reformado nos seguintes termos:

- 1) Excluir por vício material os levantamentos "EP/CARAC SEG EMPR PEF PAG" E "AF/AFERIÇÃO PAG";
- 2) Excluir por vício formal o levantamento "TA/FRETE AFERIÇÃO PAG";
- 3) Manter os demais levantamentos ("PP/PREST SERV TERC PRE PAG" E "TP/FRETE TRANS AUT PEF PAG").

Por todo o exposto, estando a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD *sub examine* parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE ACOLHER O PEDIDO DE REVISÃO DO INSS, ANULAR O ACÓRDÃO N° 2989/2005, CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008


RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA



Declaração de Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

Não concordo com o entendimento do Conselheiro representante das Empresas quanto aos créditos apurados na presente NFLD serem anulados por vício material.

No caso da NFLD em questão a nulidade argüida deveria ser por vício formal e não material, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaque abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de constituição do desse ato, bem como os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na mesma obra à página 202, a ilustre autora ainda descreve, in verbis: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.”

Entendo que não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A primeira representa a exposição de motivos, ou seja, a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato que justificam o ato realmente existiram. Já a motivação diz respeito às formalidades que ensejam a formação do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvia di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é o que enseja a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária.

No entanto, a motivação é a descrição dos motivos, é a possibilidade da fiscalização tornar real os fatos geradores encontrados e que ensejariam o recolhimento de contribuições previdenciárias. A falha na motivação pode ser corrigida, mas, para tanto é necessário que o motivo realmente tenha existido.

Não é outra a lição do ilustre mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o doutrinador, na obra Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros, pág. 385, verbis: “em se tratando de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22 / 09 / 08
Sônia Alves de Oliveira
Mat.: Siage 877862

ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato.”

Não obstante, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, ou seja no motivo que ensejou o lançamento, o vício é material. Por exemplo, em se tratando de lançamento de contribuições previdenciárias: acerca de enquadrando de trabalhador como empregado, quando na verdade as provas contidas nos autos deixam claro tratar-se de enquadramento como contribuinte individual, há falha no pressupostos de fato e de direito, ou seja vício na material, no motivo. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; entendo que haveria falha na motivação; devendo o lançamento ser anulado por vício formal. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei n.º 8.212.

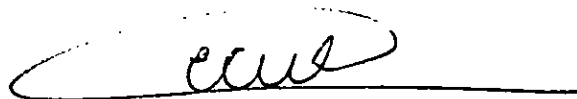
Dessa análise pode ser concluído que o relatório fiscal preenche todos os requisitos formais, o que permite um regular desenvolvimento para ser julgado o mérito; ou pode ser concluído que há um vício sanável, ou o vício poderá ser insanável. No caso de o vício ser sanável, a autoridade julgadora determinará a correção da eiva pela autoridade lançadora, caso não seja corrigida deverá ser anulado o lançamento por vício formal. Caso o vício seja insanável, como por exemplo o fato indicado pelo Auditor Fiscal não consta em lei como hipótese de incidência, deverá ser dado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte, pois se não há possibilidade de correção, não há motivo para que seja realizado novo lançamento.

Do exposto, entendo que em sendo aplicável anulação da NFLD, está seria por vício formal e não material.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito ANULAR A NFLD por vício formal.

É como voto.



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA