



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sílma Aires de Oliveira
Mat.: Susep 877862

CC02/C06
Fls. 239

Processo nº	36944.005075/2006-78
Recurso nº	144.298 Voluntário
Matéria	APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Acórdão nº	206-00.301
Sessão de	12 de dezembro de 2007
Recorrente	FUNDAÇÃO SÃO FRANCISCO XAVIER
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM GOVERNADOR VALADARES - MG

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 13 / 08 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1998 a 30/07/2005

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO. NFLD. RELATÓRIO FISCAL. OMISSÕES. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL.

1. Nos termos do artigo 37, da Lei nº 8.212/91 e artigo 243 do RPS, o fiscal atuante ao promover o lançamento deve fundamentá-lo de forma clara e precisa, sob pena de nulidade do Auto de Infração.

2. O Relatório Fiscal tem por finalidade 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.

3. Violação ao inciso II, do artigo 59, do Decreto nº 70.235/72. Preterição ao direito de defesa.

4. Vício material.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	09 / 06 / 08
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862	
CC02/C06	Fls. 240

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos em anular, por vício material, a NFLD. Vencidas as conselheiras Ana Maria Bandeira, Bernadete de Oliveira Barros e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votaram por anular a NFLD por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

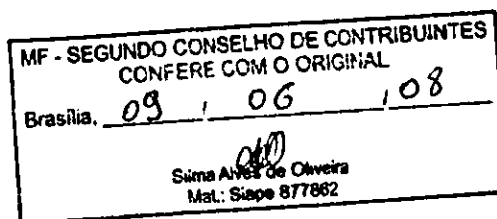
Presidente



DANIEL AYRES KALUME REIS

Relator-Designado

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



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados empregados.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 102 a 106), o débito lançado por meio da presente notificação trata exclusivamente das contribuições arrecadadas pela empresa, dos segurados empregados a seu serviço, quando do pagamento de suas remunerações, e não recolhidas aos cofres da Previdência Social. Consta, ainda, que os documentos apresentados que serviram de base para o levantamento do débito foram folhas de pagamento (físicas e digitais), GFIP's, GRPS e livros Diário.

A autoridade notificante informa que os valores lançados foram incluídos em GFIP e que a conduta da notificada de reter e não recolher as contribuições dos segurados empregados configura, em tese, crime contra a Seguridade Social, previsto na Lei 8.212/91, art. 95, alínea "d", e no Decreto 2.848/40, arts 168, 168-A, motivo pelo qual será emitida Representação Fiscal Para Fins Penais, a ser encaminhada à autoridade competente.

A recorrente impugnou o débito (fls. 144 a 154) alegando, em síntese, cerceamento de defesa por deficiência do Relatório Fiscal, e defendendo que os abonos pagos pela recorrente a seus empregados não integram o salário-de-contribuição.

A Secretaria da Receita Previdenciária, por intermédio da Decisão-Notificação de nº 11.424.4/120/2006 (fls. 209 a 212), julgou o lançamento procedente, sob o entendimento de que os relatórios integrantes da NFLD demonstram claramente os substratos fáticos e jurídicos do lançamento e esclarecendo que não há nenhuma relação entre os abonos pagos pela recorrente e o objeto da presente notificação.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 216 a 224), nos seguintes termos:

- a). Alega que, apesar de o recorrido entender que a recorrente teria pago o salário família de seus empregados indevidamente, a notificada sempre creditou, a seus empregados, os valores devidos por lei relativos ao salário-família, procedendo os correspondentes descontos por ocasião dos recolhimentos;
- b). Aduz que o entendimento do Auditor Fiscal é no sentido de que as verbas decorrentes de alimentação, seguro de vida em grupo, assistência odontológica e abono, que estão sendo discutidas apartadamente nas outras NFLD's, integram a base da remuneração para fins de configurar o pagamento ou não do salário família;
- c). Elabora um quadro na tentativa de demonstrar o equívoco cometido pelo auditor fiscal e defende que a base de cálculo do salário família é o valor do salário base, sendo que as demais verbas são controversas e não caracterizam salário de contribuição;

Processo n.º 36944.005075/2006-78
Acórdão n.º 206-00.301

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sime Aires de Oliveira
Mat.: Sinpe 877862

CC02/C06
Fls. 242

d). Reitera que a auditoria considerou os pagamentos de tais verbas pela entidade como salário indireto, entendendo que deveriam integrar a remuneração do empregado;

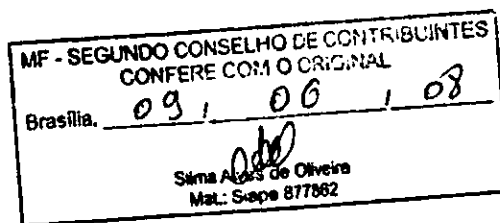
e). Discorre sobre cada verba concedida a seus empregados e traz julgados do CRPS e TRF para reforçar o entendimento de que o Seguro de Vida em Grupo, a Alimentação e a Assistência Odontológica não integram o salário de contribuição.

f). Requer, por fim, o sobrestamento do presente processo até o julgamento das NFLD's que discutem o mesmo objeto

Em Contra-Razões, a Secretaria da Receita Previdenciária manteve procedência do lançamento.

É o Relatório.

3



Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e a recorrente está dispensada de efetuar o depósito recursal por força de decisão judicial proferida em processo de Agravo de Instrumento n.º 2006.01.00.023193-8 (fls. 231/134), determinando o recebimento do recurso independentemente do recolhimento do depósito prévio.

Da análise dos relatórios e documentos que acompanham a NFLD, algumas inconsistências foram observadas.

Inicialmente, no item 01 do Relatório Fiscal, a autoridade notificante afirma que a presente NFLD se refere a contribuições devidas à Seguridade Social, arrecadadas pela empresa mediante desconto na remuneração de seus empregados e dos segurados contribuintes individuais.

Contudo, da leitura dos demais relatórios integrantes da notificação (DAD, DSD), verifica-se que apenas os valores arrecadados dos segurados empregados foram objeto do presente lançamento. Constata-se, ao contrário do afirmado pela autoridade lançadora, que as contribuições dos segurados contribuintes individuais não foram lançadas por meio desta NFLD.

E, ainda, o AFPS informa, no item 3.1.7 do Relatório Fiscal (fl. 104), que os valores relativos ao presente levantamento foram incluídos na GFIP.

Todavia, o levantamento FP1, também lançado por intermédio da NFLD em questão, se refere a período anterior à implantação da GFIP.

Também não ficou claro qual o objeto do lançamento. A auditoria fiscal relata que os fatos geradores das contribuições lançadas são os descontos realizados pela empresa, parte do segurado e afirma ainda que tais valores foram confessados em GFIP.


No entanto, no item 3.11 informa que para apuração da contribuição previdenciária (parte do empregado), aplicou-se taxas variadas, sobre os salários de contribuição, respeitando-se a faixa salarial de cada segurado.

Ora, se é objeto da NFLD os valores já descontados pela empresa e confessados em GFIP, qual a razão de se calcular, a partir dos salários de contribuição, aplicando-se taxas variadas, a contribuição dos segurados?

A recorrente, em sua defesa, alega cerceamento de defesa por deficiência do Relatório Fiscal.

De fato, o Relatório da NFLD não forneceu elementos suficientes para o exercício da ampla defesa e do contraditório pela notificada.

→

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	09 / 06 / 08
 Silma Alves de Oliveira Mat.: Siage 877862	

O agente notificante afirma que serviram de base para o levantamento do débito, entre outros, as Folhas de Pagamentos Físicas, anexadas no Anexo III por amostragem (fls. 109 a 123), e informa que os valores descontados sobre remuneração dos segurados empregados, bem como as deduções previstas em lei encontram-se discriminado no Anexo I (fl. 107).

Porém, verifica-se que os valores constantes da referida planilha divergem dos montantes registrados nas folhas anexadas.

Por exemplo, segundo o DAD, na competência 08/2003 foi deduzido o valor de R\$9.655,17, que é o mesmo valor constante da planilha de fl. 107. Porém, o montante pago a título de salário família na folha de 08/2003 é de R\$9.893,39.

O mesmo se repete em outras competências sem que haja, no Relatório Fiscal, qualquer esclarecimento a respeito.

Não há, nos autos, explicações para essas diferenças apontadas acima. Como também não há, aparentemente, razão para que a autoridade lançadora não considere, para efeito de dedução da contribuição devida, a totalidade do valor pago pela empresa a título de salário família, constante das folhas de pagamento apresentadas.

Tal fato dificulta a elaboração da defesa pelo sujeito passivo, configurando desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ora, entendo que o lançamento fiscal, como ato administrativo, deve expor com clareza os fundamentos de fato e de direito nos quais se baseia, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude. O fato gerador deve ser discriminado de forma precisa no relatório fiscal, parte integrante da NFLD, de modo a não gerar dúvidas quanto à sua ocorrência, conforme preceitua o art. 37, da Lei 8.212/91:

“Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento das 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”. (grifo nosso).

A autoridade julgadora de primeira instância julgou o lançamento procedente afirmando que os relatórios integrantes da NFLD “demonstram claramente os substratos fáticos e jurídicos do lançamento” e argumentando que as importâncias devidas advém do exame das folhas de pagamento da notificada e das informações por ela prestadas em GFIP.

Em que pese essa declaração do AFPS Analista, tal fato não corresponde à realidade, pois, como já amplamente exposto acima, o fiscal não demonstrou a origem dos valores de salário família/maternidade utilizados na dedução das quantias lançadas, bem como não comprovou que as contribuições devidas foram confessadas pela empresa por meio de GFIP, já que foram realizados cálculos para apuração da contribuição do segurado empregado e existem lançamentos em competências anteriores à implantação da GFIP.

O crédito lançado deverá sempre ser envolvido em cuidados especiais, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção, permitindo, principalmente, o exercício da ampla defesa do contribuinte.

Processo n.º 36944.005075/2006-78
Acórdão n.º 206-00.301

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COMO ORIGINAL Brasília, 09 / 06 / 08 Sima Aires de Oliveira Mat.: Sispac 877862
--

CC02/C06
Fls. 245

A inobservância desses cuidados vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Ante o exposto,

CONSIDERANDO a falta de clareza e precisão dos fatos geradores;

CONSIDERANDO a inviabilidade do saneamento do vício.

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

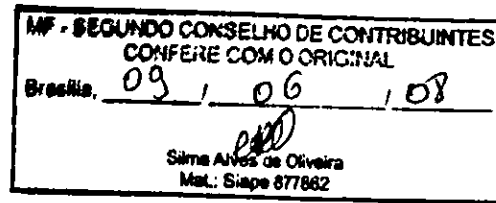
Voto no sentido de DECLARAR A NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO, por vício formal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de dezembro de 2007



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS



Voto Vencedor

Conselheiro DANIEL AYRES KALUME REIS, Relator

A ilustre Conselheira Relatora, Dra. Bernadete de Oliveira Barros, entendeu por declarar a nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, por vício formal, ante a seguinte constatação, *in verbis*:

"Contudo, da leitura dos demais relatórios integrantes da notificação (DAD, DSD), verifica-se que apenas os valores arrecadados dos segurados empregados foram objeto do presente lançamento. Constata-se, ao contrário do afirmado pela autoridade lançadora, que as contribuições dos segurados contribuintes individuais não foram lançadas por meio desta NFLD.

E, ainda, o AFPS informa, no item 3.1.7 do Relatório Fiscal (fl. 104), que os valores relativos ao presente levantamento foram incluídos na GFIP.

Todavia, o levantamento FP1, também lançado por intermédio da NFLD em questão, se refere a período anterior à implantação da GFIP.

Também não ficou claro qual o objeto do lançamento. A auditoria fiscal relata que os fatos geradores das contribuições lançadas são os descontos realizados pela empresa, parte do segurado e afirma ainda que tais valores foram confessados em GFIP.

No entanto, no item 3.11 informa que para apuração da contribuição previdenciária (parte do empregado), aplicou-se taxas variadas, sobre os salários de contribuição, respeitando-se a faixa salarial de cada segurado.

Ora, se é objeto da NFLD os valores já descontados pela empresa e confessados em GFIP, qual a razão de se calcular, a partir dos salários de contribuição, aplicando-se taxas variadas, a contribuição dos segurados?"

Todavia, apesar de concordar com a fundamentação exposta no voto, entendo que a nulidade da NFLD deve ser declarada por vício material e não por vício formal, conforme destacado pela Conselheira Relatora.

Isto porque a i. auditoria fiscal ao promover o lançamento, não explicitou de forma clara e precisa no Relatório Fiscal o objeto do lançamento, o que acarretou em cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

O artigo 37, da Lei n. 8212/91 e o artigo 243 do Decreto nº 3048, determinam o seguinte:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Súma Aires de Oliveira
Mat.: Sape 877862

“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.

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições sociais e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.” (sem grifos no original).

Ao proceder de forma omissa, deixando de demonstrar no Relatório Fiscal de maneira clara e precisa as irregularidades cometidas pelo Contribuinte, o ilustre fiscal autuante incorreu em vício insanável, cerceando o direito de defesa da autuada, ensejando a nulidade do Auto de Infração, conforme legislação de regência e pacífica jurisprudência deste Conselho de Contribuintes.

Diz o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988:

“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 ele inerentes.”

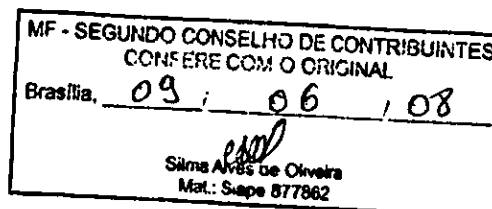
Alexandre de Moraes, *in* Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, 5ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2005, pg. 366, assim se manifesta a respeito da questão, *in verbis*:

“(..).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive nos militares, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso. Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como já ressaltado, são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do



processo (par conditio), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor."

Alberto Xavier, in *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, pgs. 5/10, se manifesta no seguinte sentido:

"§ 2º AMPLA DEFESA

Devido processo legal

(...).

Direito de defesa e contraditório são, por seu turno, manifestações do princípio mais amplo do 'devido processo legal' (due process of law) consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América, cuja seção 1ª, 2ª frase assegura que ninguém pode ser 'privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem um processo justo e disciplinado por lei'. Como diz Pedro Machete 'o significado imediato deste direito constitucionalmente reconhecido (e, portanto, vinculativo para todos os Estados) é a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se faça nos termos de um procedimento justo (fair procedure). Tal implica para o particular afetado, em princípio, o direito de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários (confrontation and cross-examination).


Direito de Audiência

O direito de ampla defesa reveste hoje a natureza de um direito de audiência (Audi alteram partem), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir conseqüências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo, sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses.

(...).

O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico 'parte' no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios. Todavia, nem todo o direito de participação procedimental visa a finalidade garantística de defesa, podendo também, desempenhar a função de colaboração democrática dos cidadãos, individualmente ou associados, na própria formação das decisões administrativas, segundo um modelo de 'administração participada': a primeira é uma participação defensiva ou garantística; a segunda, uma participação informativa ou democrática.

§ 3º CONTRADITÓRIO.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 09
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Smape 877862

O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo do seu exercício. Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a possibilidade de influir, por igual, na decisão ('princípio da igualdade de armas'); e o caráter dialético dos métodos de investigação e de tomada de decisão, de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra."

Patente, portanto, o cerceamento de defesa no presente caso.

Por outro lado, o Decreto nº 70.235/72, no seu artigo 59 prevê as nulidades por vícios insanáveis. Veja-se.

"CAPÍTULO III

Das Nulidades

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.


§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)."

No presente caso, entendo que o defeito na constituição do crédito tributário inobservou o direito de defesa do Contribuinte, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto n. 70.235/72, razão pela qual deve ser reconhecida nulidade por vício material.

No mesmo sentido, transcrevem-se julgados deste Egrégio Conselho de Contribuintes que corroboram a argumentação da existência de vício material:

"(...) A descrição defeituosa dos fatos impede a compreensão dos mesmos, e, por consequência, das infrações correspondentes, sendo, portanto, vício material, pois mitiga, indevidamente, a participação do contribuinte na instauração do litígio, mediante a apresentação da impugnação. No caso em análise, havia possibilidade de conhecimento dos fatos descritos e das infrações imputadas, posto que complexas." (Recurso n. 131.449, Acórdão n. 108-07556, 8ª Câmara, Relator



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	09 / 06 / 08
	
Síma Ayres de Oliveira	
Mat.: Siape 877862	

Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, sessão de julgamento de 15/10/2003).

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO – É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercer, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sedo imputado. Trata-se, no caso, de nulidade pro vício material, na medida em que falta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência.” (Recurso n. 132.213, Acórdão n. 101-94049, 1ª Câmara, Relator Conselheiro Sebastião Rodrigues Cabral, sessão de julgamento de 06/12/2002).

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso E ANULAR A NFLD POR VÍCIO MATERIAL.



DANIEL AYRES KALUME REIS