

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30, 03, 08
Rosilene Aires Soares
Matr. 1198377

CC02/C05
Fls. 224



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 35464.003922/2005-19
Recurso nº 141.247 Voluntário
Matéria Solidariedade
Acórdão nº 205-00.695
Sessão de 04 de junho de 2008
Recorrente ROHM AND HAAS QUÍMICA LTDA
Recorrida DRP SÃO PAULO SUL - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/1998

**DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES.
INSUFICIÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO.**

O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, Por maioria de votos, acatada a preliminar de falta de fundamentação legal no lançamento, seja no relatório fiscal ou relatório de fundamento legal do débito, para anular o lançamento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes. Vencido o relator que votou pela anulação da decisão de primeira instância para complementação do relatório fiscal.

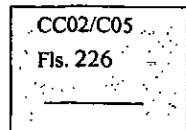
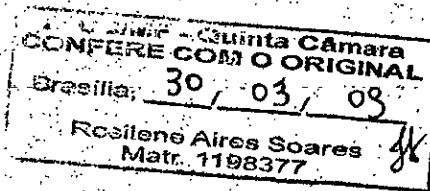

JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Relator designado.

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Renata Souza Rocha (Suplente)



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária decorrente da contratação de serviços da empresa Prolim Produtos para Limpeza Ltda que teriam envolvido cessão de mão-de-obra, conforme previsão no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências janeiro de 1997 a dezembro de 1998, fls. 24 a 26.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela sociedade empresária, fls. 36 a 49. Foi comandada diligência, fls. 90 a 93 a fim de que o Auditor prestasse esclarecimentos acerca das divergências em relação ao lançamento anterior anulado por vício formal.

A fiscalização prestou informações à fl. 95. A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, em parte, fls. 102 a 115, sendo excluídos os valores da competência junho de 1998.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 132 a 140; alegando em síntese:

- a) Não foram consideradas as guias de recolhimento juntadas pela recorrente;
- b) O período levantado já se encontra atingido pela fluência do prazo decadencial;
- c) A responsabilidade solidária somente surgiu com a regulamentação por meio da Lei n.º 9.711;
- d) Requerendo que seja conferido provimento ao recurso interposto.

Foi comandada nova diligência fiscal a fim de que fossem analisadas as guias de recolhimento juntadas na fase recursal, fls. 166 a 169. A fiscalização prestou informações à fl. 174, sugerindo a manutenção do lançamento em virtude da não apresentação de documentos.

A unidade descentralizada da SRP apresenta suas contra-razões às fls. 183 a 193. O órgão previdenciário alega, em síntese:

- A. Não foram trazidos elementos novos capazes de alterar a decisão anterior;
- B. Requerendo, por fim, que seja negado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte.

Às fls. 195 a 197 a recorrente solicitou a juntada das cópias das GRPS às fls. 198 a 214. Às fls. 215 a 218, a recorrente solicitou que fosse intimada a prestadora de serviços para que esta apresente a folha de pagamento.

É o Relatório.

[Handwritten mark]

[Handwritten signature]

Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

Recurso interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 165, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

DO MÉRITO:

Quanto à questão preliminar de mérito suscitada pela recorrente de que o lançamento já fôra atingido pela decadência, razão não lhe confiro.

O CTN dispõe sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente acerca da prescrição e da decadência. Estabelecendo normas gerais, a legislação ordinária pode dispor sobre normas específicas e assim o prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 é compatível com o ordenamento jurídico, conforme demonstrarei a seguir.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal em seu artigo 146, III reservou à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária. Dessa forma as normas gerais estão dispostas no CTN, entretanto normas específicas se tiverem de acordo com o disposto no CTN adquirem sua validade. Assim, o próprio CTN em seu artigo 97, VI dispõe que somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. O instituto da decadência é modalidade de extinção do crédito tributário, conforme previsto no art. 156, V do CTN, e sendo assim pode ser regulado por lei ordinária.

Além do mais, o art. 150, § 4º do CTN dispõe que a lei pode alterar o prazo à homologação do tributo, que pelo CTN é de 5 anos. Sabemos que em regra, as contribuições previdenciárias são lançadas por homologação, e assim a Lei n. 8.212/1991, poderia alterar o prazo para 10 anos, conforme previsão no próprio CTN.

O prazo decadencial para levantamento das contribuições previdenciárias não surgiu somente em 1999, mas está previsto em lei específica da previdência social, art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito. Desse modo foi correta a aplicação do instituto pelo órgão fiscalizador:

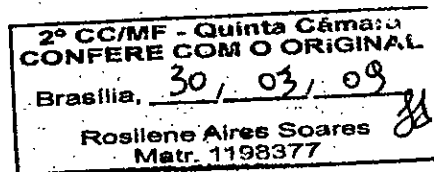
Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

(...)

Quanto à suposta inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao



cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991 em matéria de decadência e prescrição relativas às contribuições previdenciárias.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997.

Cumpre ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Nesse mesmo sentido segue trecho do Parecer/CJ n.º 2.547, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23/8/2001.

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

Não há como esse Colegiado recusar cumprimento à Lei n.º 8.212/1991, sem lhe afastar a presunção de constitucionalidade. Não cabe o disfarce de não aplicação da Lei n.º 8.212, sob o argumento de que deve prevalecer a lei complementar, no caso o CTN, pois se tal argumento prosperasse os tribunais judiciais não teriam que submeter a questão à Corte Especial ou ao Pleno. Mesmo porquê, por uma questão lógica não se pode declarar a ilegalidade de uma lei, que é posterior ao CTN, e além do mais é específica. De acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada inconstitucionalidade de norma pela Administração.

SÚMULA N.º 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Desse modo, voto no sentido de rejeitar a preliminar ao mérito, ratificando a aplicação do prazo decadencial de dez anos, previsto no art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, para constituição do crédito previdenciário.

No presente caso a cessão de mão de obra restou caracterizada, pois foram elaboradas guias de recolhimento específicas para a tomadora de serviços, conforme fls. 198 a 214.

Assim, diante da colocação de trabalhadores à disposição da contratante resta configurada a cessão de mão-de-obra, e conseqüentemente a aplicação do instituto da solidariedade prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212. Assim, não procede o argumento da recorrente de que o instituto da solidariedade somente tem aplicação após a entrada em vigor da Lei n.º 9.711. Essa lei prevê o instituto da retenção de 11%, substituição tributária; a solidariedade tem previsão na redação do art. 31 da Lei n.º 8.212 de 1991.

A notificada poderia se elidir, afastar a solidariedade nos termos do art. 46 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 612/1991 ou art. 43 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 2.173/1997, ou art. 220, § 3º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, conforme a época de ocorrência do fato gerador, mas não o fez.

Não é exigido da notificada o pleno conhecimento dos fatos ocorridos na empresa prestadora de serviços, bastando a guarda da documentação, folhas de pagamento e guias de recolhimento do pessoal utilizado na cessão, para que a recorrente pudesse afastar a solidariedade. A elisão é uma faculdade conferida ao devedor solidário, uma vez que não houve a utilização dessa prerrogativa pela notificada, a solidariedade persiste, no presente caso.

Uma vez o recorrente não detendo a referida documentação, no caso as folhas de pagamento, a fiscalização passa a ter a prerrogativa de lançar a importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário, por força do artigo 33, § 3º da Lei n.º 8.212/1991.

Assim, era dever do contribuinte a guarda da referida documentação e apresentação à fiscalização quando solicitado, conforme previsto no art. 32 caput combinado com o § 11 da Lei n.º 8.212/1991. Uma vez não apresentando a documentação, a fiscalização não pode deixar de lavrar o débito, partindo nesse caso para aferição dos valores. Conforme demonstrado, a legislação previdenciária oferece à Fiscalização Previdenciária mecanismos para lavrar a Notificação, nesse caso utilizando como base de aferição valores constantes em notas fiscais de posse da própria recorrente.

Conforme dispõe o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Há um vínculo entre a notificada e os segurados que prestaram serviço ao construtor, pois o beneficiado por aquela utilização de mão-de-obra foi o próprio recorrente, cujo produto dessa utilização é de sua propriedade, a edificação. Além disso, o disposto no art. 128 do CTN permite que a lei venha atribuir a responsabilidade do crédito à terceira pessoa, assim o fez a Lei n.º 8.212/1991 em seu artigo 31, nestas palavras:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto

no art. 23 não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Alterado pela MP n° 1.523-9 e reeditada até a MP n° 1.523-13, de 23/10/97. Republicada na MP n° 1.596-14 de 10/11/97, convertida na Lei n° 9.528, de 10/12/97).

A redação original desse inciso era a seguinte:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

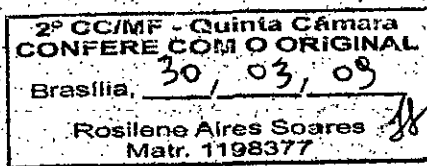
Assim, o contribuinte e o responsável tributário, no caso o recorrente, são solidários em relação à obrigação tributária, não cabendo, nos termos do parágrafo único do artigo 124 do CTN, benefício de ordem. Compete à fiscalização cobrar de todos os sujeitos passivos a satisfação da obrigação. Sendo a responsabilidade solidária uma garantia do crédito tributário, não pode ser dispensada pela autoridade fiscal, conforme previsto no art. 141 do CTN, nestas palavras:

Art. 141 - O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Caso prevaleça o entendimento do notificado de se apurar primeiramente no prestador de serviços, haverá uma verdadeira imposição do benefício de ordem, ocorrendo a desnaturação do instituto da solidariedade. Uma vez que a atribuição da solidariedade surge para facilitar a arrecadação e fiscalização das contribuições, caso a fiscalização tenha que diligenciar junto à prestadora de serviços não haverá mais o benefício de ordem. Nesse sentido é o entendimento manifestado no Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social de n° 2.376/2000, nestas palavras:

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. SOLIDARIEDADE PASSIVA NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. A obrigação tributária é uma só e o fisco pode cobrar o seu crédito tanto do contribuinte, quanto do responsável tributário. Não há ocorrência de duplicidade de lançamento, nem de bis in idem e nem de crime de excesso de exação."

Pelo exposto, ao não conseguir elidir a responsabilidade, por meio da apresentação das folhas de pagamento específicas, o lançamento foi corretamente realizado. Sem as folhas de pagamento não é possível saber se os valores recolhidos correspondem à totalidade dos funcionários que foram cedidos. Contudo, no presente caso, existem guias específicas de recolhimento que devem ser consideradas na apuração do *quantum debeatur*. Caso não sejam consideradas as guias haverá uma inversão de valores, pois será privilegiada a obrigação acessória em detrimento do tributo recolhido. Além do mais, estaríamos igualando duas situações dispare, o tomador que não possui nem guias específicas e nem folhas, com o tomador que possui as guias específicas de recolhimento.



Desse modo, as guias específicas apresentadas devem ser abatidas dos valores apurados às fls. 04 a 08. Por exemplo, na competência janeiro de 1997 foi apurado um valor devido no montante de R\$ 1.518,03 (fl. 04), mas a empresa apresentou GRPS no valor de R\$ 1.464,16 (fl. 154). Assim, deveria ser cobrada a diferença.

Entretanto, há um vício no presente lançamento. Como já deveria ser de conhecimento da fiscalização previdenciária, existe uma codificação específica para o lançamento por arbitramento, que faz constar no relatório de fundamentos legais a menção ao art. 33, § 3º da Lei n.º 8.212/1991. O caput do art. 33 faz referência somente à competência da autarquia para fiscalizar, não para arbitrar. Para este último caso há fundamento legal específico. O relatório fiscal foi omissivo nesse ponto, pois mesmo que não conste no anexo de fundamentos legais, deveria constar a menção ao parágrafo 3º do art. 33 no corpo do relatório fiscal.

Não resta dúvida portanto, que há um vício na presente Notificação, o ponto controverso reside na possibilidade de saneamento ou não da falta.

Conforme dispõe o art. 28 da Portaria MPAS n.º 357/2002, o lançamento com ausência de fundamentação legal é nulo.

Art. 28. 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;

III - o lançamento com ausência de fundamento legal, erro na identificação do fato gerador, do período ou do sujeito passivo ou não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF;

Contudo, a Portaria MPAS n.º 357/2002 foi revogada pela Portaria MPS n.º 520/2004. Essa Portaria, em seu artigo 32, não menciona a hipótese de ausência de fundamento legal como causa de nulidade do processo administrativo e de acordo com o previsto no art. 44, para os processos em curso na Previdência Social deveria ser aplicada a referida Portaria MPS n.º 520/2004, nestas palavras:

Art. 44 O disposto nesta Portaria aplica-se imediatamente aos processos em curso no Instituto Nacional do Seguro Social e no Conselho de Recursos da Previdência Social, ficando revogada a Portaria n.º 357, de 17.04.2002, publicada no DOU de 18.04.2002, seção 1.

De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, há apenas dois casos de nulidades: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Conforme disposto no art. 60 do referido Decreto, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das acima referidas não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Destaca-se que mesmo nos casos de preterição do direito de defesa, não deve ser anulada a NFLD ou o auto de infração, mas sim a decisão ou o despacho. Prova desse entendimento é que se não houver a cientificação do sujeito passivo, não há dúvida que há um cerceamento ao direito de defesa, mas pergunta-se: há que ser anulada a NFLD? Entendo que não, assim como a maior parte, se não a totalidade dos demais Conselheiros. Não se pode olvidar que a cientificação é parte necessária ao aperfeiçoamento do lançamento fiscal, e portanto é intrínseco ao ato, mas o vício dessa cientificação não é causa de nulidade do procedimento fiscal.

Não se pode esquecer que o lançamento após notificado ao sujeito passivo não se torna perfeito e acabado. Esse lançamento pode ser alterado em função da impugnação do sujeito passivo, por recurso de ofício ou por iniciativa de ofício, conforme previsão no art. 145 do CTN. O processo administrativo fiscal tem justamente a função de constituir definitivamente ao crédito, assegurando-lhe a certeza e a liquidez. Caso não adotemos essa característica inerente ao processo administrativo, transformaríamos nossas decisões na cômoda anulação da NFLD ou do auto de infração, nos furtando à análise de mérito, para procurarmos meras irregularidades formais na constituição do crédito.

O apego demasiado à formalidade por este Colegiado vai de encontro aos princípios do Direito Administrativo da economia processual e da eficiência. Se é reconhecido que a fiscalização pode efetuar novo lançamento fiscal, após a anulação por vício formal, para quê gastar tanto esforço e tempo, se podemos aproveitar todas as provas que estão colacionadas aos autos, possibilitando a correção do feito?

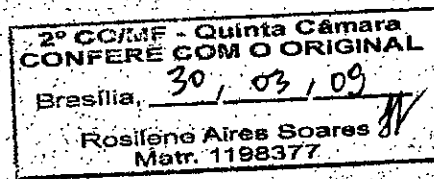
Não entendo ser aplicável ao presente caso o Parecer CJ/MPAS n° 1.045/1997, uma vez que esse Parecer é específico para o caso em que a nulidade do procedimento não foi detectada pelo CRPS, mas somente quando da inscrição do crédito em Dívida Ativa. Sendo assim, não havia como corrigir a falha, senão pela anulação da Notificação Fiscal. Além do mais, o referido Parecer referia-se a uma legislação anterior à Portaria MPS n° 520, que foi publicada pelo próprio Ministro de Estado. Os Pareceres também não se posicionaram sobre a aplicabilidade dos arts. 59 e 60 do Decreto n° 70.235.

A persistir o entendimento desta Câmara, em qualquer hipótese que se verificar uma irregularidade, que ensejasse complementação do relatório fiscal, esta não poderia ser realizada. Desse modo, a decisão descumpra a lei, no caso o Decreto n° 70.235/1972, uma vez que nenhuma diligência poderia ser mais realizada, pois toda a diligência colaciona novas informações que não constavam no relatório inicial.

Destaca-se que a possibilidade de complementação do relatório fiscal, reconhecendo o saneamento do vício, já foi ratificada por este Colegiado, por unanimidade, no julgamento do recurso de n° 142.245, em 12 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

Não obstante as razões apresentadas, entendo que a diligência fiscal, relatório complementar e despacho decisório emitidos [fls. 53-64], com a conseguinte intimação da ora Recorrente para manifestação, sanaram o vício constante do lançamento, sendo inoportuna e despendiendá qualquer reparação por este órgão julgador. (grifei)

Sendo assim, entendo que a partir da publicação da Portaria MPS n° 520/2004, o vício no fundamento legal passou a ser considerado como sanável.



Não se pode confundir falta de fundamentação legal, com falta de fundamento legal. Em virtude de a Administração somente poder agir se houver previsão em lei para a prática do ato, caso não haja tal fundamentação legal, o ato será nulo. Diferentemente será a hipótese de ausência de um dispositivo legal que não foi arrolado no relatório; falta de fundamento legal, entendo que tal vício pode ser corrigido.

Diante da irregularidade constatada, há que ser aplicado o Decreto n° 70.235/1972 devendo ser efetuada notificação fiscal complementar, conforme previsto no 18, § 3°, nestas palavras:

Art. 18 (...)

§ 3° Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Redação dada pelo art. 1º da Lei n° 8.748/93)

A notificação complementar a ser efetuada pelo órgão previdenciário deve ser apensada aos presentes autos, devolvendo-se aos sujeitos passivos prazo para defesa administrativa relativa ao fundamento acrescentado ao relatório.

O contribuinte se defende não apenas dos dispositivos legais elencados pelo Auditor, mas principalmente dos fatos ocorridos e narrados pela fiscalização. Assim, o apego à ausência do fundamento legal é atribuir um peso excessivo à NFLD quanto à norma legal, esquecendo-se este colegiado que o direito tributário tem como fonte imediata a situação fática (fato gerador). Por isso a omissão quanto ao dispositivo da norma pode ser regularizada.

Ora, se é possível a complementação do relatório fiscal por decisão de primeira instância, qual o motivo de não ser possível por decisão de segundo grau, ainda mais quando é reconhecido que o Conselho de Contribuintes possui competência para rever todas as decisões proferidas pelas DRJ.

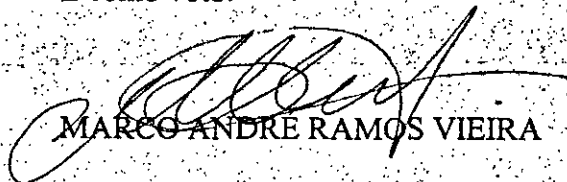
Pelo exposto, entendo que deveria o julgamento ser convertido em diligência a fim que seja complementado o relatório fiscal. Entretanto, tal diligência traria novas informações que não teriam sido analisadas na primeira instância administrativa, inovando a matéria em grau de recurso, o que ocasionaria a supressão de instância. Desse modo, para não ferir o princípio da ampla defesa, e para não suprimir a primeira instância, por uma questão lógica deve ser anulada a decisão de primeira instância para que seja possibilitada a complementação do relatório fiscal.

Deve o Auditor notificante completar o relatório fiscal indicando o dispositivo para o arbitramento. Repita-se que entendo que não cabe a diligência para complementar o relatório em segunda instância administrativa, pois ocasionaria a supressão de instância; por esse motivo é que voto por anular a decisão-notificação. Anulando a decisão de primeiro grau é reaberta toda a discussão sobre os dados que porventura sejam acrescidos aos autos, o que favorece o contraditório e a ampla defesa.

CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER do recurso do notificado para ANULAR a Decisão-Notificação.

É como voto.


MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA

Voto Vencedor

Conselheiro, DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

1. O contribuinte tem o direito de saber o que exatamente ocorreu nos autos, notadamente quanto aos elementos fáticos e jurídicos que regeram o lançamento, além do mais é obrigação do auditor fiscal fundamentar devidamente a constituição do crédito.

2. E, nesse sentido, a NFLD não fundamentou o procedimento adotado de aferição indireta em dispositivo legal pertinente, qual seja o §3º do art. 33, da Lei n.º 8212/91.

3. E não se trata de mera imposição, pois a norma estabeleceu os pressupostos para a inscrição de ofício de importâncias reputadas pelo fisco como devidas, através do procedimento de aferição, que não é a regra, mas sim a exceção. Além do que, nunca é demais falar que, em adotando o fiscal tal procedimento de lançamento, o ônus da prova é invertido para a pessoa do sujeito passivo.

4. De maneira que é nulo o lançamento por violação à Lei n.º 9.784/1999, cujos artigos 50 e 53 estabelecem que todo ato administrativo deve ser, obrigatoriamente, motivado e deve vir com a indicação do seu fundamento jurídico.

5. Por fim, deve ser acrescentado que a constituição do crédito previdenciário feriu o princípio da legalidade tributária e merece retificação, ante a irregularidade levada a cabo pela fiscalização.

6. Feitas estas considerações, voto por anular o lançamento fiscal.


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES