



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10746.001356/2003-51
Recurso n° 144.373 Especial do Procurador
Acórdão n° **9202-02.098 – 2ª Turma**
Sessão de 09 de maio de 2012
Matéria IRPF
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MARCELO DE FREITAS HONORATO

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1999, 2000

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL . NULIDADE. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGENCIA.

O julgamento de primeira instância foi realizado sem que o contribuinte tivesse sido intimado do resultado de diligência determinada pelo órgão julgador após a interposição da impugnação.

O resultado do pronunciamento da fiscalização deveria ter sido informado ao contribuinte, antes da decisão de primeira instância, para que esta pudesse se manifestar a respeito das informações prestadas pela auditoria fiscal, o que configura transgressão ao art. 59, inciso II do Decreto n° 70.235 de 1972.

Recurso especial provido e parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, com retorno à DRJ de origem para análise das demais questões suscitadas. Vencido o Conselheiro Gonçalo Bonet Allage (Relator). Designado o Conselheiro Elias Sampaio Freire para redigir o voto vencedor.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage – Relator

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire – Redator-Designado

FORMALIZADO EM: 13/06/2012

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Pedro Paulo Pereira Barbosa (suplente convocado), Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

Em face de Marcelo de Freitas Honorato foi lavrado o auto de infração de fls. 04-11, para a exigência de imposto de renda pessoa física, exercícios 1999 e 2000, em razão da presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada, sendo que as bases de cálculo do lançamento foram de R\$ 920.057,15 e de R\$ 1.587.744,44, respectivamente, para os anos-calendário 1998 e 1999, com multa de ofício agravada para o patamar de 112,5%.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília (DF), após a realização de diligência, através da qual pediu para que a repartição de origem juntasse aos autos os demonstrativos dos depósitos bancários não comprovados utilizados para determinar os valores mensais levados à tributação (fls. 479-480, Volume III), considerou o lançamento procedente em parte, excluindo da base de cálculo do lançamento os valores de R\$ 146.341,20 e de R\$ 1.011.571,05, respectivamente, para os anos-calendário 1998 e 1999, bem como reduzindo a multa de ofício para 75% (fls. 497-517, Volume III).

Por sua vez, a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, apreciando o recurso de ofício apresentado pela DRJ e o recurso voluntário interposto pelo contribuinte, proferiu o acórdão nº 102-48.796, que se encontra às fls. 769-788 (Volume IV), cuja ementa é a seguinte:

NULIDADE DO LANÇAMENTO — MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL — O mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle administrativo. A não observância na instauração, amplitude ou prorrogação do MPF poderá ser objeto de repreensão disciplinar. A incompetência só ficará caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS DECORRENTE DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO JUSTIFICADOS — AUTO DE INFRAÇÃO QUE NÃO IDENTIFICA OS DEPÓSITOS QUE CONSIDEROU NÃO JUSTIFICADOS — NULIDADE - Em se tratando de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários não justificados, a relação dos mesmos faz parte da descrição dos fatos. No momento em que o auto de infração não contém a identificação individualizada, com data e valor, dos depósitos bancários não justificados, tal fato se constitui em nulidade material caracterizada pela inadequada descrição e identificação do fato gerador da obrigação tributária. Inteligência do art. 10, III, do Decreto nº 70.235, de 1972.

Preliminar de nulidade do processo rejeitada.

Preliminar de nulidade do lançamento acolhida.

Recurso de ofício negado.

A decisão recorrida, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício e rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por irregularidade no MPF e, pelo voto de qualidade, acolheu a preliminar de nulidade do lançamento pela ausência da relação dos depósitos bancários levados à tributação, vencidos os Conselheiros Nauray Fragoso Tanaka, José Raimundo Tosta Santos (Relator) e Leila Maria Scherrer Leitão. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva.

Intimada do acórdão em 30/10/2008 (fls. 789), a Fazenda Nacional interpôs, com fundamento no artigo 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 147/2007, recurso especial às fls. 791-796 (Volume IV), cujas razões podem ser assim sintetizadas:

- a) Insurge-se a Fazenda Nacional contra o r. acórdão proferido pela e. 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso do contribuinte para anular o auto de infração por ausência de juntada do anexo de discriminação de cada um dos depósitos bancários antes da impugnação;
- b) Aduziu a e. Câmara *a quo* que a discriminação de cada um dos depósitos sobre os quais recai a presunção de omissão de rendimentos constitui a descrição dos fatos, e que a sua ausência no auto de lançamento importa em cerceamento ao direito de defesa, implicando nulidade material absoluta;
- c) O r. acórdão merece ser reformado, pois a decisão não unânime viola o artigo 59, § 1º, do Decreto nº 70.235/72;
- d) A discussão posta nos autos se resume à ocorrência ou não de nulidade pelo fato de terem sido juntados aos autos o anexo de discriminação de depósitos bancários considerados, presumidamente, como omissão de rendimentos após a apresentação da impugnação, por lapso da autoridade autuante;

- e) Os julgadores que restaram vencidos sustentaram que não haveria nulidade porque há prova nos autos de que a notificação do lançamento encaminhada ao sujeito passivo continha o anexo com a discriminação dos depósitos, o que seria demonstrado pelo AR e pelo conteúdo da impugnação apresentada;
- f) Por outro lado, o voto condutor firmou entendimento no sentido de que os elementos dos autos não dariam certeza de que o sujeito passivo teria recebido a discriminação antes da impugnação, e que a sua ausência implicaria em nulidade do próprio auto de infração, por insuficiente descrição dos fatos, o que configuraria nulidade material absoluta;
- g) É importante pisar que esse anexo do auto de infração foi juntado aos autos após a impugnação, em fls. 483 a 495, o que revela que, efetivamente, o lançamento se deu com base neles;
- h) O fato de não constar o referido anexo do auto de infração nos autos não implica em nulidade absoluta deste. O anexo não muda a descrição dos fatos, não altera a matéria tributável, a base do cálculo, a identificação do fato gerador e do sujeito passivo. Se declarada fosse a sua nulidade absoluta e outro lançamento pudesse ser efetuado, teria exatamente o mesmo teor daquele declarado nulo;
- i) Portanto, não há nulidade material no auto de infração, como entendeu o nobre voto condutor. O auto de infração é hígido, formalmente e materialmente;
- j) O que precisa ser analisado é o lapso consubstanciado na falta de juntada aos autos do anexo do auto de infração que discriminava cada um dos depósitos. Esse anexo somente foi juntado aos autos após a apresentação de impugnação pelo sujeito passivo.
- k) Essa juntada não implica em aditamento suplementar do auto de infração, na medida em que esse anexo já estava pronto, foi ele que baseou o auto de infração, a determinação da matéria tributável, apenas não foi juntado no momento oportuno aos autos. A sua confecção é contemporânea ao do auto de infração. É mais do que evidente que sem os dados do anexo sequer haveria possibilidade de lançamento;
- l) Por isso, a tese de que o auto de lançamento conteria nulidade absoluta por não descrever os fatos, por ser vago, por não identificar o fato gerador, não encontra guarida na realidade dos fatos trazida nestes autos. O auto de lançamento identifica perfeitamente o fato gerador e apresenta a matéria fática, que no caso da presunção de omissão de rendimentos com base em depósito bancários a isso se resume, não demandando maiores digressões;
- m) Da mesma forma, não há que se falar em aditamento suplementar do auto de infração, na medida em que o anexo foi elaborado juntamente com o auto, cediço que somente com base nele poderia ser identificado o fato gerador;

- n) Superada a questão da nulidade material do auto de infração, resta apreciar a questão acerca do cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo por falta de juntada do anexo aos autos juntamente com o auto de infração;
- o) Deve prevalecer o entendimento firmado pelos doutos julgadores que restaram vencidos, na medida em que há elementos nos autos que demonstram que os documentos enviados ao sujeito passivo continham o anexo juntado posteriormente aos autos (teor da impugnação e AR de fls. 216);
- p) Se esses elementos não forem encarados como seguros acerca da ciência do sujeito passivo sobre o anexo discriminatório, cumpre anotar que o diploma legal que rege o PAF determina que a nulidade de um ato nele produzido somente prejudica aqueles que lhe forem posteriores (art. 59, §1º, do Decreto 70.235/72);
- q) Outrossim, como visto, não há nulidade formal ou material no auto de infração, mas houve a falta de juntada do anexo discriminatório dos depósitos juntamente com o auto de infração, o que poderia, em tese, cercear a defesa do sujeito passivo;
- r) Nesse sentido, se acaso não prevalecer o posicionamento exarado pelos vencidos de que não há nulidade alguma a ser declarada, a única nulidade que poderia a Egrégia CSRF proclamar de ofício seria a do PAF desde o momento em que o fiscal deixou de juntar o anexo do auto de infração aos autos, o que importaria em reabertura do prazo para impugnação pelo sujeito passivo;
- s) Certo é que não pode prevalecer o entendimento firmado no voto vencedor, cediço que não há qualquer irregularidade no auto de infração e nem no seu anexo. A irregularidade presente nos autos é de direito processual (falta de juntada do anexo aos autos no momento oportuno), e não de direito material;
- t) Requer a Fazenda Nacional provimento ao presente recurso, para que seja reformado o r. acórdão proferido pela e. Câmara *a quo*, de modo que seja mantido o lançamento em sua integralidade.

Admitido o recurso através do despacho nº 033 (fls. 797-798), o contribuinte foi intimado e, inicialmente, apresentou “agravo” às fls. 805-819, o qual foi rejeitado liminarmente por intermédio do despacho nº 2200-0011/2010 (fls. 836, Volume IV).

Apresentou, também, contrarrazões às fls. 825-835, onde defendeu, preliminarmente, a impossibilidade de conhecimento do recurso, em razão da ausência de pré-questionamento e de indicação da prova que teria sido violada. Quanto ao mérito, pugnou, fundamentalmente, pela manutenção da decisão recorrida.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional cumpre os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Na visão deste julgador, a preliminar de não conhecimento do recurso argüida pelo contribuinte em sede de contrarrazões não pode prosperar, já que, contra decisão não unânime proferida sob a égide do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria nº 147/2007, a Fazenda Nacional insurgiu-se apontando contrariedade ao artigo 59, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, sob o fundamento de que inexistente nulidade no caso.

Segundo penso, agindo assim a recorrente atendeu à regra regimental.

Saber se houve ou não contrariedade a tal dispositivo legal é matéria a ser enfrentada no mérito do julgamento, o que passo a fazer a partir de agora, ressaltando que o pré-questionamento do tema é evidente, tanto que restou acolhida a preliminar de nulidade do lançamento.

Reitero que o acórdão proferido pela Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de ofício e rejeitou a preliminar de nulidade do lançamento por irregularidade no MPF e, pelo voto de qualidade, acolheu a preliminar de nulidade do lançamento pela ausência da relação dos depósitos bancários levados à tributação.

Segundo a recorrente, a ausência de juntada ao processo, no momento da lavratura do auto de infração, do demonstrativo de depósitos bancários de origem não justificada, não causa cerceamento do direito de defesa, pois há perfeita descrição dos fatos, da matéria tributável, da base do cálculo, do fato gerador e do sujeito passivo da obrigação tributária.

Eis a matéria em litígio.

A presunção de omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários de origem não comprovada está prevista no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, da seguinte forma:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

Esse dispositivo legal atribui ao sujeito passivo o ônus de provar a origem dos depósitos bancários constatados pela autoridade fiscal, sob pena de se presumir que referidos valores configuram omissão de rendimentos.

A discussão, no caso, cumpre repetir, está relacionada à ausência de juntada ao processo, no momento da lavratura do auto de infração, do demonstrativo de depósitos bancários de origem não comprovada.

No voto condutor do acórdão recorrido, da lavra do Conselheiro Moisés Giacomelli Nunes da Silva, está consignado que (fls. 785-786):

Neste sentido, para viabilizar o direito de defesa, o artigo 10, III, do Decreto nº 70.235, de 1972, dispõe que o auto de infração deve conter, obrigatoriamente, a descrição do fato. Em assim sendo, nos casos de presunção de omissão de rendimentos decorrente de depósitos bancários de origem não justificada, o lançamento, ainda que por meio de documento anexo, deve relacionar, de forma individualizada, cada um dos depósitos que formam a base de cálculo da exigência do crédito tributário, sob pena de inviabilizar o direito de defesa. Cada depósito bancário não justificado constitui uma infração, razão pela qual deve estar precisamente identificada com valor e data, para que o sujeito passivo possa apresentar defesa.

Tendo por pressuposto que a fase litigiosa do processo administrativo fiscal inicia-se a partir do auto de infração, no momento em que este não especifica quais os depósitos considerados não justificados, informando a data, a conta e o respectivo valor, o sujeito passivo não terá meios para impugná-los, a não ser com impugnações genéricas, semelhantes às que foram feitas neste processo.

O Auto de Infração de fls. 04/11, ao tratar da omissão de rendimentos caracterizada por depósitos bancários com origem não comprovada, lançou, em cada mês, a soma de todos os depósitos considerados não foram justificados. Em assim procedendo, na prática, o auto de infração não descreveu quais foram as infrações cometidas. Isto é, não identificou o dia e o valor correspondente a cada um dos depósitos que considerou não justificados.

Embora, em tese, possa concordar com tais assertivas, entendo que, para este feito, inexistente justificativa para se declarar a nulidade do auto de infração.

Nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Sob minha ótica, todos os requisitos do artigo 142 do CTN foram cumpridos, pois a autoridade lançadora identificou o fato gerador, determinou a matéria tributável, efetuou

o cálculo do montante do tributo devido, indicou o sujeito passivo e aplicou a respectiva penalidade.

Já o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72 prevê os seguintes elementos obrigatórios do auto de infração:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Segundo penso, nenhuma dessas exigências restou descumprida no caso.

Ademais, os artigos 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72 assim estabelecem:

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.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior 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.

Às fls. 111-118, anexado ao termo de intimação de fls. 110, está juntada a relação inicial de depósitos bancários identificados nas contas do contribuinte.

Já no Termo de Verificação Fiscal de fls. 12-20, a autoridade lançadora justifica a não aceitação de determinadas explicações dadas pelo sujeito passivo durante a fiscalização quanto à origem dos depósitos.

Conseqüentemente, a tributação de ofício incidiu sobre tais créditos.

A impugnação do contribuinte, além de trazer questões preliminares e diversas matérias de direito, foi bastante pontual com relação a diversos depósitos bancários, sem se insurgir quanto à falta do tal demonstrativo, sendo que a decisão de primeira instância

acabou excluindo da base de cálculo do lançamento valor superior a R\$ 1.150.000,00 pela comprovação da origem dos créditos.

Portanto, sob minha ótica, inexistiu cerceamento do direito de defesa.

Mais do que isso, às fls. 483-495, em atendimento à diligência proposta pela DRJ, está juntado o referido demonstrativo, que retrata, fielmente, a exigência contida no auto de infração.

De acordo com o voto do Relator do acórdão recorrido, Conselheiro José Raimundo Tosta Santos (fls. 782-783):

O recorrente também imputa ser inepto e nulo o procedimento fiscal que cerceou seu amplo direito de defesa, devido à ausência de peça indispensável ao seu conhecimento, representado pelo Demonstrativo de Depósitos Tributados (fato reconhecido pelo Órgão julgador de primeiro grau — fls. 479/480), que devolveu os autos à origem, mas foi ignorado pela instância preparadora, que afirmou à fl. 496 ter o autuado tomado ciência do anexo ao Relatório Fiscal de fls. 483/488, contendo os depósitos não justificados pelo contribuinte no decorrer da ação fiscal, por ocasião da ciência do lançamento, mas que, por um lapso, não constava no processo quando da instauração do contencioso administrativo. Nesta oportunidade, objetivando auxiliar o julgador, o órgão fiscalizador elaborou a planilha às fls. 489 a 495, demonstrando os créditos que compõem o Montante mensal tributado no lançamento. O recorrente redarguiu afirmando que o AR à fl. 216 menciona apenas o envio do AI, Termo de Verificação Fiscal e Demonstrativo de MPF, e que, portanto, peça indispensável ao conhecimento da matéria tributável não lhe foi enviada, cerceando seu direito de defesa.

Esta questão, a meu ver, resta superada pela impugnação apresentada pelo autuado. O autuado demonstra conhecer a matéria tributável em sua impugnação e não reclama a ausência do anexo contendo a relação de depósitos bancários sem origem comprovada, o que evidencia ter referido anexo sido enviado ao contribuinte, consoante indica o Termo de Verificação Fiscal anexo ao Auto de Infração. Por outro lado, a defesa do autuado não expõe qualquer dúvida sobre a matéria tributável, somente o fazendo em sede recursal, após a diligência proposta pela Delegacia de Julgamento. É de se notar, inclusive, que grande parte da base tributável foi excluída no julgamento de primeiro grau, tendo em vista as alegações aduzidas pelo impugnante e elementos de prova juntados aos autos. Parece-me evidente que nenhum prejuízo foi causado à defesa do autuado. O cerceamento de direito de defesa alegado pelo recorrente refere-se aos créditos bancários que já haviam constado de intimação para comprovar a origem dos recursos depositados, cujos totais mensais constam no Auto de Infração e Termo de Verificação Fiscal.

A preliminar de nulidade do lançamento foi acolhida pelo Colegiado, por maioria de votos, restando sem deliberação as demais questões suscitadas no recurso, por perda do objeto.

Concordo inteiramente com tais ponderações e adoto-as como razões de decidir.

Com estas singelas considerações, concluo que inexistente nulidade do lançamento em apreço, de modo que a decisão recorrida merece ser reformada.

Voto, portanto, no sentido de dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, devendo os autos retornar para a Câmara de origem a fim de que sejam apreciados os demais argumentos contidos no recurso voluntário apresentado pelo contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage

Voto Vencedor

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Designado

Ouso divergir do ilustre Conselheiro relator, pelas razões a seguir.

Inicialmente há de se salientar que o julgamento de primeira instância foi convertido em diligência nos seguintes termos (fls. 479/480):

“Assim, não há como se determinar, com precisão, quais depósitos foram excluídos e quais foram mantidos e somados para determinar, mensalmente, o montante das infrações a serem tributadas.”

Na impugnação, o contribuinte solicita que se examine novamente os argumentos referentes ao ano-calendário de 1998, apresentando novos documentos referente a esse exercício e ao seguinte, exercício de 2000.

Assim, para que não se corra o risco de excluir algum depósito já excluído pela Fiscalização durante as investigações, proponho o encaminhamento do processo acima à DRF/Palmas — TO para que junte aos autos os demonstrativos dos depósitos incomprovados, utilizados para determinar os valores mensais levados a tributação.

Após estas providências, caso o sujeito passivo não tenha conhecimento do mencionado demonstrativo, visando garantir a ampla defesa do contribuinte, que lhe seja dada ciência, para que possa se manifestar acerca da matéria objeto desta diligência.”

(fls. 496):

Em atendimento à diligência determinada, houve a seguinte, manifestação

Em atendimento ao despacho da Delegacia de Julgamento (DRJ) de Brasília, constante à folha 481 do presente processo, esta Fiana tem a informar quer:

1) Por um lapso no momento da instrução do PAF, o "Anexo ao Relatório Fiscal" (fls 483 a 488), contendo os depósitos bancários não justificados pelo contribuinte no decorrer da ação fiscal, não constava do processo quando da instauração do contencioso administrativo;

2) O contribuinte teve ciência do "Anexo ao Relatório Fiscal" no por ocasião da ciência do lançamento, ou seja, em 24/11/2003 (fls 216);

3) Adicionalmente, no intuito de auxiliar o julgador, foi elaborada planilha (fls 489 a 495) - a partir do "Anexo ao

Relatório Fiscal" e com o mesmo conteúdo - demonstrando mensalmente o montante das infrações que foram tributadas.

Retorne-se àquela DRJ para prosseguimento do julgamento.

Ato contínuo a 3ª Turma da DRFJ de Brasília procedeu ao julgamento de primeira instância (fls. 497/517).

Ou seja, o julgamento de primeira instância foi realizado sem que o contribuinte tivesse sido intimado do resultado de diligência determinada pelo órgão julgador após a interposição da impugnação.

O artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelece o seguinte:

“Art. 59. São nulos:

(...)

II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa;”

Entendo que o resultado do pronunciamento da fiscalização deveria ter sido informado ao contribuinte, antes da decisão de primeira instância, para que esta pudesse se manifestar a respeito das informações prestadas pela auditoria fiscal, o que configura transgressão ao art. 59, inciso II do Decreto nº 70.235 de 1972.

Acerca do contraditório e da ampla defesa lecionam Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez (Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. pág. 47):

“Especificamente, no processo administrativo fiscal, há previsão para a observância do contraditório e da ampla defesa, já que a Lei nº 9.784/99, e seu artigo 2º, inciso X, prescreve “(...)”.

Também o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina, a abertura de vista à parte contrária no caso de apresentação de esclarecimentos ou documentos pela outra parte.

Importante frisar que, na hipótese de a decisão administrativa ser proferida sem respeitar o contraditório e a ampla defesa, ela é considerada nula por falta de elemento essencial à sua formação.”

Nessa linha de entendimento, deixando o julgador recorrido de intimar/cientificar a Recorrente do resultado da diligência requerida, para devida manifestação, após a apresentação de sua Impugnação e antes de proferida a decisão de primeira instância, incorreu em cerceamento do direito de defesa da Recorrente, em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, o que enseja a nulidade formal da decisão recorrida, bem como de todos os atos subseqüentes, devendo o presente processo ser remetido à origem para intimar a Recorrente, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa, das razões da fiscalização consubstanciadas na Informação Fiscal, às fls. 496, bem como da planilha

elaborada planilha às fls. 489 a 495, para que seja, então, proferida nova decisão de primeira instância.

Precedentes neste mesmo sentido:

“CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação.”

(Acórdão nº 105-15.982, Relator Conselheiro Daniel Sahagoff, data da sessão 20/09/2006)

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL . NULIDADE. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGENCIA. CUMPRIMENTO DEFICIENTE.

Ocorre cerceamento do direito de defesa quando a diligência proposta não é cumprida de forma adequada e quando do seu resultado não é concedido prazo para a manifestação do recorrente. Situações que acarretam na nulidade da diligencia efetuada e, por conseqüência, na nulidade da decisão de primeira instância.”

(Acórdão nº 3302-01.118, Relator Conselheiro Alexandre Gomes, data da sessão 07/07/2011)

“RECORRENTE. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

O recorrente possui direito de participação no processo administrativo em relação a qualquer ato praticado ou documento juntado.

Diligência sem a comunicação de seu resultado à parte viola o princípio do contraditório. Transgressão ao art. 59, inciso II do Decreto n º 70.235 de 1972.

Decisão-Notificação emitida sem observância dos princípios que regem o processo administrativo merece ser anulada.

Anulada Decisão de Primeira Instância.”

(Acórdão nº 2302-00.950, Relator Conselheiro Marco André Ramos Vieira, data da sessão 17/03/2011)

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, no sentido de anular a decisão de primeira instância, para que o sujeito passivo seja informado do resultado do pronunciamento fiscal de fls. 496 e dos documentos

Processo nº 10746.001356/2003-51
Acórdão n.º **9202-02.098**

CSRF-T2
Fl. 850

inseridos ao processo às fls. 489 a 495, bem como seja oferecido ao mesmo prazo para manifestação.

(Assinado digitalmente)

Elias Sampaio Freire