



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

Processo nº 11516.005143/2009-61
Recurso nº 00000
Resolução nº **2401-000.177 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 23 de agosto de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente LIGEYRINHO INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire
Presidente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira
Relator

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

RELATÓRIO

LIGEYRINHO INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA., contribuinte, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho do Ofício nº 121/2010/DRFFNS - Agência da Receita Federal do Brasil em São José/SC, às fls. 502, e respectivo Termo de Revelia de fls. 503, que declararam revel a contribuinte em face da não apresentação de impugnação no prazo legal, contra o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela notificada ao INSS, correspondentes a parte destinada a Terceiros (Salário Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA), incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, em relação ao período de 12/2003 a 12/2006, conforme Relatório Fiscal, às fls. 39/53.

Trata-se de Auto de Infração (Antiga NFLD), lavrado em 31/12/2009, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 63.820,12 (Sessenta e três mil, oitocentos e vinte reais e doze centavos).

Inconformada com o Ofício encimado, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 505/512, procurando demonstrar a improcedência do lançamento, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, insurge-se contra o não conhecimento de sua impugnação, aduzindo para tanto que, tratando-se de processo administrativo fiscal, sua reclamação merece ser conhecida, ainda que intempestiva, em observância ao princípio da ampla defesa, sobretudo com a finalidade de se evitar *prejuízos com uma reversão da dívida ora cobrada*.

Ainda em sede de preliminar, requer seja reconhecida a *prescrição de todos os tributos e eventuais créditos anteriores à 31.12.2004, posto que decorridos mais de cinco anos, consoante redação da Súmula Vinculante n. 8 do c. STF e artigo 174 do CTN, devendo, portanto, ser excluídos do auto de infração os créditos apurados no período de 12/2003 a 31.12.2004*.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, contrapõe-se à exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, defendendo que o presente lançamento decorre de nova ação fiscal de período já devidamente fiscalizado, inclusive com a lavratura de Lançamentos de Débito Confessado – LDC's, as quais foram objeto de pedido de parcelamento da contribuinte.

Neste sentido, pretende seja declarada a improcedência da autuação, sob pena de se exigir em duplicidade contribuições previdenciárias sobre o mesmo fato gerador, em um verdadeiro *bis in idem*.

Opõe-se à responsabilização atribuída à recorrente de contribuições previdenciárias devidas pela empresa Emerson Cesar Henrique – ME, sob o argumento de inexistir razão para desconsiderar a personalidade jurídica daquela contribuinte, bem como declará-la inapta e cancelar seu CNPJ, mormente quando não se comprovou que seria uma empresa interposta ou “de fachada”, com vínculo direto à recorrente.

Processo nº 11516.005143/2009-61
Resolução nº **2401-000.177**

S2-C4T1
Fl. 517

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a autuação, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte, especialmente no seu recurso voluntário, há nos autos vício processual sanável, ocorrido no decorrer do processo administrativo fiscal, o qual precisa ser saneado, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, com o fito de se restabelecer a garantia do devido processo legal.

Com efeito, ainda que a contribuinte não tenha suscitado em suas alegações de recurso, do exame dos elementos que instruem o processo conclui-se que a autoridade julgadora de primeira instância cerceou o direito de defesa da recorrente, como passaremos a demonstrar.

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, constata-se que a contribuinte fora intimada da lavratura do presente Auto de Infração em 31/12/2009, como se verifica do Aviso de Recebimento – AR, às fls. 56.

Diante da intimação do lançamento, a contribuinte interpôs impugnação, às fls. 58/65, protocolizada em 03/02/2010, insurgindo-se contra a exigência fiscal, aduzindo os mais variados argumentos, notadamente quanto à pretensa irregularidade na refiscalização procedida pela autoridade lançadora, com a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Emerson Cesar Henrique – ME.

Em que pesem as alegações suscitadas pela autuada em sua defesa inaugural, a autoridade fazendária competente da Agência da Receita Federal do Brasil em São José/SC entendeu por bem declarar a contribuinte revel, a pretexto da ausência de apresentação de impugnação tempestiva, lavrando, por conseguinte, o Termo de Revelia de fls. 503, encaminhado para a empresa juntamente com o Ofício nº 121/2010/DRFFNS, às fls. 502, contemplando a cobrança amigável do débito em epígrafe no prazo legal, sob pena de sua inscrição na Dívida Ativa da União.

Devidamente intimada do Ofício e Termo de Revelia encimados, em 22/02/2010 (AR fls. 504), a contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 505/512, pugnando, preliminarmente, pelo conhecimento de sua impugnação em observância ao devido processo legal, arguindo, igualmente, outras questões meritórias, as quais não adentraremos nesta oportunidade, em razão da existência de prejudicial, senão vejamos.

Como se observa dos autos, inobstante a interposição da impugnação pela contribuinte, ainda que intempestiva, o que não será objeto de análise por este Colegiado, sob pena de supressão de instância, o processo não fora submetido a julgamento de primeira instância, cerceando, assim, o seu direito de defesa.

Em outras palavras, ao arrepio do princípio do devido processo legal, mais precisamente da ampla defesa, não houve qualquer manifestação do ilustre julgador de primeira instância a propósito da impugnação da contribuinte, seja quanto ao seu não

conhecimento, ou mesmo quanto às demais razões aventadas na defesa inaugural, ferindo-lhe, assim, seu sagrado direito a ampla defesa, inscrito no artigo 5º, inciso LV, da CF, *in verbis*:

“Art. 5º.

[...]

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 ela inerentes;”

A corroborar este entendimento a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 3º, inciso III, e 38, assim preceitua:

“Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”

Na mesma linha de raciocínio, para não deixar dúvidas quanto à preterição do direito de defesa da contribuinte, os artigos 31 e 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelecem o seguinte:

“Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Art. 59. São nulos:

[...]

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

Por sua vez, a doutrina pátria não discrepa deste entendimento, consoante se infere das obras abaixo transcritas:

“ c. *Princípio da ampla defesa.* Todo processo administrativo, para que se afigure constitucionalmente válido, deve ensejar ao particular a possibilidade de ver conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter formal e material e de produzir todas as provas necessárias à comprovação de suas alegações. A ampla defesa, desse modo biparte-se no direito à cognição formal e material ampla (que corresponde ao princípio da ampla competência decisória) e no direito à produção de provas (que corresponde ao princípio da ampla produção probatória), como veremos abaixo.

d. *Princípio da ampla competência decisória.* Toda a matéria de defesa produzida pelo contribuinte deve ser conhecida e apreciada pelo órgão da administração encarregado do julgamento do conflito fiscal. Não pode se escusar a autoridade julgadora – em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa – de apreciar matéria formal ou material, de Direito ou de fato, questões preliminares ou mérito.

Quer se tratem de questões concernentes à mera irregularidade formal do auto de infração, quer se trate de alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica tributária, toda a matéria de defesa deve ser formalmente apreciada. Não se realiza a ampla defesa sem o direito à cognição formal e material ampla, pois em se recusando a Administração a apreciar qualquer dos elementos fáticos ou jurídicos que estejam contidos na impugnação formulada haverá restrição do direito de ampla defesa, a macular o processo administrativo fiscal.” (Marins, James – Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial) – 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003 – pág. 194)

Constata-se, assim, que ao deixar de se manifestar a respeito da integralidade das alegações da contribuinte, ou mesmo quanto à intempestividade de sua impugnação, incorreu a autoridade fazendária em cerceamento do direito de defesa da autuada, em total afronta ao princípio do devido processo legal, impondo seja o presente processo remetido à DRJ competente, para que seja proferida decisão pela autoridade julgadora de primeira instância na boa e devida forma.

Destarte, ainda que intempestiva a defesa inaugural, o processo merece ser submetido a julgamento, reconhecendo tal condição ou não, de maneira a possibilitar à contribuinte recorrer a este Colegiado.

Aliás, a jurisprudência administrativa é firme e mansa neste sentido, determinando que na hipótese de decisão que julgou intempestiva a impugnação, uma vez interposto recurso voluntário, este será conhecido exclusivamente quanto às alegações contemplando a (in)tempestividade. É o que se extrai dos julgados assim ementados:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRAZOS – INTEMPESTIVIDADE – Impugnação interposta após o prazo [...], leva a perda do direito de recorrer. Intempestiva a impugnação, consolida-se o lançamento na esfera administrativa. O recurso é recebido por este Conselho de Contribuintes apenas para ser decidida essa prejudicial.” (6ª Câmara do 1º CC – Recurso nº 132.464, Acórdão nº 106-13.197, Sessão de 26/02/2003 – Unânime)

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRAZOS – PEREMPÇÃO – Impugnação interposta após o prazo [...], leva a perda do direito de recorrer. Perempta a impugnação, consolida-se o lançamento na

esfera administrativa. O recurso é recebido por este Conselho de Contribuintes apenas para ser decidida essa prejudicial.” (2ª Câmara do 2º CC – Recurso nº 110.969, Acórdão nº 202-11302, Sessão 07/07/1999 – Unânime).

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1999 a 31/03/2006

PREVIDENCIÁRIO. NORMAS PROCESSUAIS. PRAZOS. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA. DISCUSSÃO MATÉRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PREJUDICIAL DE TEMPESTIVIDADE. POSSIBILIDADE.

A impugnação interposta fora do prazo legal de 30 (trinta) dias enseja a preclusão administrativa relativamente às questões meritórias suscitadas na defesa inaugural, cabendo recurso voluntário a este Egrégio Conselho tão somente quanto à prejudicial de conhecimento da peça impugnatória.

Restando incontroversa a intempestividade da impugnação, com reconhecimento da própria contribuinte, é defeso ao CARF conhecer do recurso voluntário para se pronunciar a respeito das razões meritórias, as quais não foram contempladas na decisão recorrida, em face da preclusão, sob pena, inclusive, de supressão de instância. Recurso Voluntário Negado.” (Processo nº 13972.000356/2007-82, Acórdão nº 2401-01.685 – Sessão de 24/03/2011)

A fazer prevalecer este entendimento, adotando-se por analogia, o artigo 35 do Decreto nº 70.235/72 determina a remessa do recurso voluntário a este Colegiado, ainda que interposto de maneira intempestiva, para julgamento em segunda instância, *in verbis*:

“Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.”

Diante de tão incisivos dispositivos constitucionais e legais acima transcritos, corroborados pela doutrina e jurisprudência administrativa, a simples lavratura de Termo de Revelia, com a constatação da suposta intempestividade da impugnação, não tem o condão de suprimir o dever de a Administração Fazendária emitir Decisão fundamentada contemplando as razões de fato e de direito suscitadas pela contribuinte ou mesmo o não conhecimento da defesa inaugural em face da intempestividade, com o fito de oportunizar a autuada a apresentar seu recurso voluntário a este Egrégio Colegiado.

Por todo o exposto, estando o processo fiscal em epígrafe em dissonância com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, remetendo o processo para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ competente para que seja proferido Acórdão de primeira instância na boa e devida forma.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira