



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

Processo nº 12157.000496/2008-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-001.936 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de março de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente EXCEL SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/10/1999

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS - CRÉDITO APURADOS POR ARBITRAMENTO, CALCULADOS POR AFERIÇÃO INDIRETA, SOBRE O FATURAMENTO ATRAVÉS DAS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS - PRÓ-LABORE SÓCIOS, INCIDÊNCIA - ACORDO TRABALHISTA, INCIDÊNCIA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA SEM MANIFESTAÇÃO DO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA.

O cerceamento de defesa não se dá tão somente quando ocorre uma limitação na produção de provas de uma das partes no processo, que acaba por prejudicar a parte em relação ao seu objetivo processual. Não olvidemos que qualquer obstáculo que impeça uma das partes de se defender da forma legalmente permitida gera o cerceamento da defesa, causando a nulidade do ato e dos que se seguirem, por violar os princípios constitucional da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal.

No presente caso a decisão 'a quo' não obedeceu aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório ao julgar o lançamento sem que a parte passiva tivesse se pronunciado da diligência realizada.

A autoridade fiscal possui o dever de respeito à legalidade e, sobretudo aos preceitos constitucionais.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira Presidente.

(Assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério

Relatório

Trata de NFLD de contribuições devidas a Seguridade Social, correspondentes a parte da Empresa, financiamento da complementação das prestações por acidente do trabalho — SAT, financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de risco de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e as destinadas aos terceiros (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SESC, SENAI, SEBRAE).

Os fatos geradores das contribuições apuradas no lançamento de crédito ocorreram com o pagamento das remunerações aos segurados empregados, verificados pela fiscalização através das Folhas de Pagamento no período de 03/99 a 10/99, relativas somente as contribuições destinadas a terceiros, e para o período de 01/97 a 01/99 o crédito apurado por arbitramento, calculados por aferição indireta, sobre o faturamento da empresa através das Notas Fiscais de Serviços emitidas pela empresa. Sendo que serviram de base para a confecção da NFLD, livros contábeis, Notas Fiscais de entrada, tudo descrito no Relatório Fiscal.

Todos os documentos indispensáveis foram juntados pela fiscalização, inclusive demonstrativos contábeis, notas fiscais, acordo judicial, etc.

A NFLD foi devidamente constituída, acompanhada de seus requisitos necessários e, devidamente notificada a Recorrente apresentou defesa tempestiva.

Não conformado com a autuação, o Recorrente apresentou peça defensiva acompanhada de documentos, fls. 73 à 271, mormente guias de recolhimentos realizadas.

O processo foi baixado em diligência para que a autoridade fiscal avaliasse as guias de recolhimento apresentadas, sendo que foram retificados FEV.1997, ABR.1998 e SET.1998 os Salários Contribuição, para menor, e, mantidas os demais débitos.

A SRP/SP julgou procedente em parte o lançamento da NFLD, sem antes reservar a Recorrente o direito de pronúncia da avaliação da diligência realizada. A DRJ/SP emitiu a Decisão-Notificação (DN), fls. 278 a 287, mantendo a parcial autuação, conforme diligência realizada pela fiscalização.

O recorrente não concordando com a DN emitida pelo órgão previdenciário interpôs recurso, fls. 322 a 340, alegando em síntese:

- i) preliminarmente, que é inconstitucional a exigência do depósito prévio recursal;
- ii) que a ausência de notificação acerca dos novos valores apurados configura cerceamento de defesa;
- iii) alega que a ação fiscal se apresenta eivada de vício insanável, maculando-a por inteiro, mercê do desrespeito à Ordem de Serviço n.º 198/98, em especial no que diz respeito ao item 3.11 ali contido, e que por isso, torna passível de nulidade o auto de infração;

iv) alega que houve ilegalidade no critério de apuração adotado pela fiscalização nos meses de janeiro, março e abril de 1997, diante da ocorrência do extravio de notas fiscais para fins de apuração do faturamento, violando o princípio da estrita legalidade;

v) alega que é inconstitucional e ilegal a utilização de critério diverso da folha de salários para obter a base de cálculo da contribuição previdenciária, uma vez que o montante apurado por arbitramento sobre notas fiscais de serviço é bem superior, em termos numéricos, ao valor correspondente ao salário de contribuição, calculado com base na folha de salários, pois haveria outra forma de se aferir os salários de contribuição, qual seja com base nas guias de recolhimento apresentadas pela empresa, tendo em vista que estas refletem os salários do período;

vi) argumenta também que as mesmas prejudiciais poderá ser opostas relativamente à contribuição previdenciária exigida a título de pró-labore;

vii) argumenta sobre a necessidade do reconhecimento da presunção de validade dos descontos da contribuição;

viii) alega que é irregular a incidência da contribuição sobre acordos trabalhistas, pois a fiscalização não considerou as verbas de cunho indenizatório; argumenta que é inconstitucional a exigência do salário educação, tendo em vista que os fundamentos legais da exação estão eivados de vícios formais e inconstitucionalidades que a maculam desde a origem;

ix) que é ilegal a cobrança do SAT, tendo em vista que há infringência ao disposto no § 1º do art. 97, do CTN;

x) que é ilegal cobrar da recorrente as contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC, uma vez que tais imposições são devidas apenas aos estabelecimentos comerciais; alega que as multas e juros legais são confiscatórios, já que impõem uma obrigação de pagamento em dobro, afrontando a razoabilidade que deve amparar a aplicação destas penalidades.

Às fls 450/452, em 25/03/2003 o interessado peticionou ao Procurador do INSS informando sobre a existência de liminar deferida em 07/11/00 no MS 2000.61.00.044534-5 para que o INSS procedesse à recepção do recurso sem a comprovação do depósito recursal e requereu a imediata remessa dos autos ao CRPS.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação 'a quo'. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares ao exame do mérito.

DO CERCEAMENTO DE DEFESA – ANULAÇÃO DA DECISÃO

Para o livre prosseguimento do feito, tenho que é necessário no devido processo legal o respeito a princípios constitucionais. No caso em tela houve cerceamento de defesa, por desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A SRP/SP, após a realização da diligência deveria abrir novo prazo ao Recorrente para apresentar, se assim desejasse, a sua impugnação à aquela. Como não houve oportunidade, sendo exarada decisão sem o devido respeito a princípios constitucionais, deverá o julgamento da Delegacia de São Paulo ser anulada e os autos baixados em diligência para que oportunize a Recorrente de se pronunciar da mesma (diligência).

Não é muito lembrar que, na clareza da lei, como dizem os latinos, cessa sua interpretação, e, neste sentido, não deixa dúvida a Carta Maior quando trata do cerceamento de defesa em seu dispositivo 5º, LIV e LV.

Aliás, o que não falta a essa Corte é decisão reconhecendo cerceamento de defesa, por falta de aplicação do devido processo legal e do contraditório, como é o caso em tela. 'Ex vi':

Processo nº 37216.000667/2006-91 - Recurso nº 143.275 Voluntário -
Matéria RETENÇÃO - Acórdão nº 206-00.773 - Sessão de 07 de maio de 2008

Recorrente: XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

Recorrida: SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2000

EMENTA

PRELIMINAR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO. NFLD. RELATÓRIO FISCAL. OMISSÕES. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. REJEITADA.

1. Nos termos do artigo 37, da Lei n. 8.212/91 e artigo 243 do RPS, o fiscal autuante ao promover o lançamento deve fundamentá-lo de forma clara e precisa, sob pena de nulidade do Auto de Infração. GN

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 n. 70.235/72. Preterição ao direito de defesa.

4. Vício material.

5. Rejeitada.

PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. ARBITRAMENTO. NULIDADE. VICIO FORMAL. REJEITADA

1. Na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito deve haver a expressa fundamentação legal do arbitramento procedido no relatório

Fundamentos Legais do Débito e/ou no Relatório Fiscal.

2. A inobservância das formalidades legais na lavratura da NFLD configuram a sua nulidade.

3. Rejeitada.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Especificamente, há Jurisprudência dessa Casa que trata do cerceamento de defesa reconhecendo que há necessidade de manifestação contrária quando, da colheita de fatos novos, implicarem em modificações substanciais no julgamento. Como é o caso, já que se verificou que houve recolhimentos não contabilizados e que prejudicou o ‘quantum debeatur’ de responsabilidade do sujeito passivo. Realizada a perícia, a autoridade administrativa chegou a conclusão sem ouvir o contribuinte.

Neste sentido:

*Nº Recurso 221729 Número do Processo:
13116.000024/2002-83*

*Órgão Julgador: Segunda
Câmara/Segundo Conselho de
Contribuintes*

*Contribuinte: ELDORADO INDUSTRIA E
COMERCIO DE CARNES*

*Tipo do Recurso: Recurso Voluntário -
Dado Provimento Parcial Por
Unanimidade*

Data da Sessão: 15/04/2003

Relator(a): Ana Neyle Olimpio Holanda

Nº Acórdão: 202-14693

*Tributo / Matéria Cofins - ação fiscal
(todas)*

Decisão I) Por maioria de votos acolheu-se parcialmente a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Nayra Bastos Manatta e Henrique Pinheiro Torres; II) Por unanimidade de votos: a) rejeitou-se as demais preliminares, nos termos do voto da Relatora; e b) quanto ao mérito, por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso. Ementa LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF, principalmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal, mas, de nada adianta estar habilitado pelo MPF, se não forem lavrados os termos que

indiquem o início ou o prosseguimento do procedimento fiscal. E, mesmo mediante um MPF, o procedimento de fiscalização apenas estará formalizado após notificação por escrito do sujeito passivo, exarada por servidor competente. O MPF sozinho não é suficiente para demarcar o início do procedimento fiscal, o que força o seu caráter de subsidiariedade aos atos de fiscalização; isto importa em que, se ocorrerem problemas com o MPF, não seriam invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, nem dados por imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributário apurados. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não poderia o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional. Preliminar rejeitada.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PRAZO DECADENCIAL - OCORRÊNCIA DAS SITUAÇÕES QUALIFICATIVAS - FRAUDE, DOLO OU SIMULAÇÃO - A declaração e o recolhimento a menor de receita comprovadamente auferidas, ao procedimento sistemático, deixam evidente a voluntariedade da conduta adotada e o escopo de exonerar-se do pagamento de tributos à Fazenda Pública, o que inclui a ação perpetrada pelo sujeito passivo na categoria delituosa de sonegação fiscal, que encontra definição no art. 71, I, da Lei nº 4.502/64. Configurado o dolo, devem ser observadas as determinações do art. 173, I, do CTN legal, o que implica projetar o dies a quo do cômputo da decadência para primeiro dia útil do exercício seguinte. Precedentes do STJ, REsp nº 395059/RS. Preliminar acolhida parcialmente.

DILIGÊNCIA - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - A obrigatoriedade

de reabertura de prazo para manifestação do sujeito passivo dá-se apenas quando o julgador de primeira instância, em consequência da colheita de fatos novos, verificar a existência de circunstâncias que impliquem agravamento do lançamento original, devendo dar conhecimento de tais fato à autoridade lançadora, para que esta proceda ao lançamento complementar, na forma determinada pelo artigo 18, § 3º, do Decreto nº 70.235/72. Quando da diligência realizada não resultaram fatos novos, nem agravamento da exação, a não oportunidade para que dela a autuada se manifestasse não ocasionou qualquer prejuízo que se tivesse por maculado o seu amplo direito de defesa. Preliminar rejeitada. COFINS - MULTA DE OFÍCIO - MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL - SITUAÇÃO QUALIFICATIVA - FRAUDE - O sujeito passivo, ao declara e recolher valores menores que os devidos, agiu de modo a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fiscal do fato gerador da obrigação tributária principal, restando configurado que a autuada incorreu na conduta descrita como sonegação fiscal, cuja definição decorre do art. 71, I, da Lei nº 4.502/64. A omissão de expressiva e vultosa quantia de rendimentos não oferecidos à tributação demonstra a manifesta intenção dolosa do agente, tipificando a infração tributária como sonegação fiscal. E, em havendo infração, cabível a imposição de caráter punitivo, pelo que, pertinente a infligência da penalidade inscrita no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96. Recurso ao qual se dá provimento parcial.

Por todo o exposto tenho que o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, mas, ao final do tramitar processual em primeira instância não obedeceu a princípios constitucionais, devendo, portanto, ser anulada a decisão de primeiro grau, oportunizando a Recorrente de impugnar a diligência, se assim desejar.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para DAR-LHE PROVIMENTO para que seja anulada a decisão de primeiro grau por falta de respeito aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, determinando a devolução dos autos para oportunizar a Recorrente a se manifestar, se desejar, quanto da diligência efetuada antes da Decisão.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa- Relator