



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

**Processo n°** 13601.000291/2008-74  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-003.165 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 16 de fevereiro de 2016  
**Matéria** CP: RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO.  
**Recorrente** COMAU DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2006 a 01/01/2007

VERIFICADA A FALHA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. SURGE A VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E EM CONSEQUÊNCIA A VULNERAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. SITUAÇÃO QUE IMPÕE A ANULAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS. SURGINDO A NECESSIDADE DE NOVA ANÁLISE DO CASO, CONSIDERANDO TODAS AS PROVAS APRESENTADAS, BEM COMO SE NECESSÁRIO O SUPRIMENTO DE EVENTUAIS FALHAS NA DOCUMENTAÇÃO.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade do Despacho - Decisório de N° 1.395/2009, de fls. 3.025 a 3.035, bem como do Acórdão N° 02-25.917 - 7ª, Turma DRJ/BHE, fls. 5.785 a 5.790, determinando o retorno do autos à DRF de origem para que o pedido de restituição seja analisado considerando-se todas as provas anexadas aos autos até o momento, bem como, a critério da autoridade fiscal, que outras provas, esclarecimentos e elementos sejam solicitados ao contribuinte.

(Assinado digitalmente).

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Processo nº 13601.000291/2008-74  
Acórdão n.º **2202-003.165**

**S2-C2T2**  
Fl. 5.805

---

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

CÓPIA

## Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o requerimento de Restituição de Retenção, referentes as competências 01/2006 a 12/2006, fls. 02 a 05, apresentado, em 20/03/2008, acompanhado dos documentos, de fls. 06 a 2.734.

O órgão fiscal emitiu o Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 2.738 e 2.739, recebido pelo contribuinte, em 12/08/2009, inaugurando procedimento fiscal no requerente da restituição.

Consta, as fls. 2.741, Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal - TEPF, recebido pelo contribuinte, supostamente, em 30/09/2009.

O órgão fiscal, anexou, aos autos, as fls. 2.742 a 3.024.

Feito a análise do pleito da empresa pelo agente fiscal designado este emitiu o Despacho - Decisório, de fls. 3.025 a 3.035, onde o pedido de restituição foi indeferido.

A requerente foi cientificada do indeferimento, conforme Ofício nº 1.232/2009 /SAORT/DRF- CON, de fls. 3.036, em 09/10/2009.

A empresa apresentou petição de manifestação de inconformidade, as fls. 3.040, recebida, em 06/11/2009, com suas razões de inconformismo, as fls. 3.041 a 3.047, acompanhada dos documentos, de fls. 3.048 a 5.783.

A manifestação de inconformidade foi considerada tempestiva, fls. 5.784.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-25.917 - 7ª, Turma DRJ/BHE, em 10/03/2010, fls. 5.785 a 5.790.

No qual a manifestação de inconformidade foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento da decisão da DRJ, em 25/03/2010, conforme AR, de fls. 5.792.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 5.793, recebida, em 20/04/2010, com razões recursais, as fls. 5.794 a 5.798, acompanhado do documento, de fls. 5.799.

As razões recursais estão a seguir sumariadas.

### Preliminar.

- que a decisão recorrida é nula por cerceamento de defesa, uma vez que reconheceu a impossibilidade do pedido de restituição ser indeferido, sem que a peticionaria fosse intimada para sanear as falhas na instrução processual, porém, contrariamente, julgou a manifestação de inconformidade improcedente com base na falta de outros

documentos que citou, mas não concedeu prazo a empresa para sanar tais irregularidades, sendo que a falta de documento em processo administrativo não é causa para seu indeferimento, nos termos do artigo 226, da IN/MPS/SRP n.º 03/2005, transcrito, constando algo semelhante na IN/RFB 900/2008, artigo 65, assim, a ausência de algum documento no pedido de restituição não pode de plano acarretar o indeferimento do pleito;

#### Mérito.

- que a ausência do destaque da retenção em algumas notas não é causa para o indeferimento da restituição, pois o que importa é a prova da ocorrência dessa mesma retenção e havendo divergência entre essas informações deve-se aplicar o artigo 209, da IN/MPS/SRP nº03/2005, o implica em realização de diligência antes do indeferimento;
- que a decisão *a quo* reconheceu que a retificação da GFIP saneou a divergência com a DNF, mas apontou outras falhas sem oportunizar o contraditório, o que causa cerceamento de defesa e aponta para a nulidade da decisão recorrida;
- Requerimentos: a) que o recurso seja provido, para afastar a prescrição quinquenal e para que seja decretada a nulidade das decisões de piso, remetendo aos autos a SAORT para apreciação do pedido de restituição, observando-se o que diz os artigos 209 e 226, da IN/SRP nº 03/2005; b) entendendo esse órgão pelo julgamento do processo, requer-se o deferimento da restituição pleiteada.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 5.800.

O processo foi remetido ao CARF, fls. 5.800.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 22/01/2015, Lote 01, fls. 5.802.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

### Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

### Delimitação da Lide.

O pedido de afastamento da prescrição quinquenal não cabe ser analisado nesses autos, pois o período de restituição compreende 01/2006 a 12/2006 e o requerimento foi feito, em 20/03/2008, assim esse pedido é impertinente e dissociado dos elementos dos autos.

### Preliminar.

Inicialmente, entendo necessário transcrever o que dito pelo julgador de primeiro grau no início de sua análise, pois esse é o ponto inicial de irresignação do contribuinte.

*O indeferimento do pedido se deu em razão da apresentação deficiente da documentação necessária para sua análise, bem como, apresentação de nota fiscal sem o devido destaque da retenção e sem comprovação do recolhimento da contribuição pela empresa tomadora dos serviços e divergência de informação entre valores informados na GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social e DNF - Demonstrativo de Notas Fiscais.*

*A recorrente argui a nulidade do Despacho Decisório 1.395/2009, por cerceio de defesa, sob o fundamento de não ter sido intimada a apresentar os documentos necessários à análise do seu pedido de restituição. Cabe, contudo, esclarecer que é a partir do momento em que o contribuinte registrar seu inconformismo com o ato praticado pela administração que, no seu entender, lhe cause algum gravame, é que se instaura a fase litigiosa do processo, passando a assistirem a ele as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, conforme artigo 14 do Decreto 70.235, de 1972, c/c o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988.*

***Com razão o contribuinte, posto que não consta dos autos, nenhuma intimação dirigida à requerente, quando da análise do processo de restituição. No entanto, o ato normativo vigente à época do protocolo do Requerimento de Restituição da***

***Retenção, Instrução Normativa MPS/SRP 03, de 2005, descrevia com exatidão, no artigo 207, quais eram os documentos necessários a sua instrução. (realcei).***

Penso que a decisão não trouxe a melhor solução jurídica ao caso.

A uma, porque nos autos em tela não se está cuidando de lançamento tributário propriamente dito, pois o fisco não empreendeu procedimento/ação fiscal, visando a promoção da constituição de um crédito, comunicando posteriormente o contribuinte para que esse desse início a fase contenciosa com a impugnação ao lançamento.

Basta ver que o Decreto 70.235/72 se aplica, segundo disposição de seu artigo 1º c/c o artigo 7º, os quais abaixo transcrevo, ao crédito lançado, sendo determinação dirigida, exclusivamente, ao fisco.

*Art. 1º Este Decreto rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal.*

*Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)*

***I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;***

*II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;*

*III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. (destaquei).*

No caso, em tela quem deu início ao procedimento administrativo foi o contribuinte e não o fisco, pois ao contribuinte não é dado iniciar o processo administrativo de determinação do crédito tributário, salvo o autolancamento via GFIP, hoje, admitido por lei e pela jurisprudência.

O pedido é bem outro, qual seja a restituição de retenção e esse pedido na fase inicial não se sujeita ao Decreto 70.235/72, mas sim a Lei 9.784/99 lei geral do processo administrativo federal e essa no seu capítulo sobre instrução processual, assim determina.

#### **CAPÍTULO X DA INSTRUÇÃO**

*Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.*

*§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.*

*§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.*

*Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

*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.*

*Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*

*Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.*

*Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.*

A lei deixa claro que cabe ao contribuinte provar os fatos que tenha alegado, aliás, isso é a regra geral das provas, mas, também, estabelece que quando for necessária a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros estes devem ser intimados para tal fim.

Outro não era o entendimento apresentado na norma administrativa que regia o procedimento à época do pedido, conforme suscitado e transcrito pela recorrente, o que o faço abaixo.

*É de conhecimento mezinho que a falta de algum documento não implica no indeferimento do requerimento administrativo. O art. 226, da IN MPS/SRP nº 3/2005, vigente à época do protocolo deste pedido de restituição, disciplinava com clareza essa situação específica, conforme abaixo se afere:*

*Art. 226. Na hipótese de requerimento protocolizado na UARP, a falta de apresentação de qualquer elemento necessário à instrução e análise do processo deverá ser comunicada ao sujeito passivo, mediante ofício enviado por meio postal ou por correio eletrônico.*

*Parágrafo único. Não suprida a falta documental no prazo de dez dias, a contar da data do recebimento do ofício pelo sujeito passivo, o processo será arquivado.*

Assim sendo, com esses esclarecimentos, entendo que as decisões precedentes não andaram bem, pois não observaram o devido processo legal e assim deixaram de atender ao direito de constitucional de petição, que por certo, inclui, ( a ampla defesa e contraditório) no curso de questão contenciosa, o que vulnera a decisão administrativa.

Desta forma, reconheço a nulidade do Despacho - Decisório de Nº 1.395/2009, de fls. 3.025 a 3.035, bem como do Acórdão Nº 02-25.917 - 7ª, Turma DRJ/BHE, fls. 5.785 a 5.790.

Determino o retorno do autos à DRF - Origem para que o pedido de restituição seja analisado considerando-se todas as provas anexadas aos autos, bem como se necessário for, a critério da autoridade fiscal, outras provas, esclarecimentos e elementos sejam solicitados ao contribuinte, bem como que seja cumprindo o que determina a legislação de regência sobre a matéria, finalizando com a lavratura de despacho conclusivo sobre a existência ou não do direito creditório da recorrente.

O presente Acórdão não reconhece ao contribuinte direito creditório de qualquer espécie ou origem, cuidando, única e exclusivamente da questão do indeferimento do pedido de restituição.

### **CONCLUSÃO:**

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para em preliminar dar-lhe provimento e reconhecer a nulidade do Despacho - Decisório de Nº 1.395/2009, de fls. 3.025 a 3.035, bem como do Acórdão Nº 02-25.917 - 7ª, Turma DRJ/BHE, fls. 5.785 a 5.790, determinando o retorno do autos à DRF - Origem para que o pedido de restituição seja analisado considerando-se todas as provas anexadas aos autos até o momento, bem como se necessário for, e a critério da autoridade fiscal, que outras provas, esclarecimentos e elementos sejam solicitados ao contribuinte ou outras se for o caso, assim como devem ser cumpridas as determinações da legislação de regência sobre a matéria, finalizando com a lavratura de despacho conclusivo sobre a existência ou não do direito creditório da recorrente, o qual deve ser dado conhecimento ao contribuinte, devendo ser oportunizado a esse caso seja a decisão contrária aos interesses daquele parcial ou totalmente, reiniciar o contencioso administrativo, via manifestação adequada.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.