



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

Processo n° 13746.001220/2007-63
Recurso n° 506.001 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **2402-01.243 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de outubro de 2010
Matéria Aferição.
Recorrentes LOCANTY COM. SERVIÇOS LTDA
DRJ RIO DE JANEIRO II (RJ)

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/12/2004

Ementa: NULIDADE. MOTIVAÇÃO.

Segundo o Decreto 70235/1072 somente são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não se configura cerceamento de defesa a falta de análise pelo Fisco de documentos trazidos aos autos pelo sujeito passivo.

Decisão Recorrida Nula.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, para anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do Relator. Quanto ao recurso voluntário, em negar provimento, nos termos do voto do Relator.

MARCELO OLIVEIRA

Presidente - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário, apresentados, respectivamente, contra Decisão da Delegacia da Secretaria Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), Rio de Janeiro II (RJ), a partir das fls. 0102105, e pela recorrente, devido à decisão que anulou lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga a segurados, correspondentes a contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT), adicional de risco para aposentadoria especial e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores da base de cálculo foram obtidos por aferição indireta, devido a recorrente não ter disponibilizado documentos.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos que o configuram.

Em 15/08/2005 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 0102107.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0223 a 0232, acompanhada de anexos, onde alega, em síntese, que:

1. Afronta a Princípios Constitucionais;
2. Nulidade do lançamento, por ausência de fundamentação técnica e suporte legal;
3. Cerceamento de direito de defesa, devido ao exíguo prazo para apresentação de documentos (três dias), na sede do órgão, e que esses documentos foram recusados;
4. O Fisco recusou o recebimento dos documentos, por estes serem somente referentes ao período não decadente;
5. Exibir documentos não pode ser confundido com transportar documentos para a sede do órgão;
6. Os critérios da aferição foram feitos de maneira equivocada;
7. A regra decadencial deve ser a determinada no CTN;
8. Requer a apreciação da prova em contrário ao lançamento (ônus);
9. Solicita a realização de perícia;
10. Os processos com mesmo fundamento devem ser apreciados de forma conjunta;

11. Anexa documentos, como propostas aprovadas, contratos de prestação de serviços, notas fiscais;
12. Requer, por fim, em síntese, provimento de seu recurso.

Diante dos argumentos da defesa, a Delegacia solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 0102100 a 0102101.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fl. 0102102 e 0102103, afirmando que não analisou os documentos, pois, em síntese:

1. Não há como alterar lançamento devidamente notificado ao sujeito passivo;
2. Seria espúrio modificar o lançamento, com a análise de documentos e consolidação de dados em planilhas e relatórios complementares;
3. Não há previsão legal para apresentação de documentos na fase litigiosa (Decreto 70235/1972 e Portaria RFB 10875/2007);
4. O julgador não indica onde podem ocorrer falhas no lançamento;
5. O julgador não apreciou o pedido de perícia da recorrente;
6. É do julgador a competência para análise da documentação apresentada;
7. O Artigo 29 do Decreto 70.235/1972 esclarece qualquer dúvida quanto à inviabilidade da diligência, pois não houve apreciação de provas, cotejando-as com o lançamento, portanto, não há indagações para fins de conclusão sobre a exigência originária.

A Delegacia não encaminhou os pronunciamentos fiscais à recorrente e não reabriu seu prazo para defesa.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando nulo o lançamento - devido, em síntese, a cerceamento de defesa, pela falta da análise da diligência - recorrendo de ofício a este conselho, como determina a legislação.

A recorrente foi intimada da decisão e apresentou recurso voluntário, posicionando-se, em síntese, pela manutenção da decisão.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivos, CONHEÇO DOS RECURSOS e passo ao exame de seus argumentos.

RECURSO DE OFÍCIO

DA PRELIMINAR

Quanto às preliminares, há questão que merece ser analisada.

Saliento que concordo com a relatora de primeira instância em quase todo seu voto, itens 3.1 a 3.32, fls. 0102114 a 0102125, onde há riqueza de argumentos e legislações sobre o dever da fiscalização em cumprir a diligência solicitada pela autoridade julgadora.

No mesmo sentido há riqueza de informações nas declarações de voto elaboradas pelos julgadores, fls. 0102126 a 0102108, fls 0102135 a 0102143.

Só não posso concordar com a conclusão do voto, em anular o lançamento, por ausência de apreciação por parte do Fisco de diligência solicitada, dever funcional, como demonstra a vastidão de argumentos e legislações citadas nas folhas mencionadas acima.

Esclarecendo, o lançamento foi efetuado por aferição indireta, método previsto na legislação.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

...

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

*§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF **podem, sem prejuízo da penalidade***

cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, CABENDO À EMPRESA OU AO SEGURADO O ÔNUS DA PROVA EM CONTRÁRIO.

Como demonstra o texto legal, o Fisco pode e deve realizar a aferição, quando o correr recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, mas a aferição, com a inscrição de ofício de importância reputada devida, é uma presunção, que pode ser modificada, já que o próprio texto que possibilita a aferição oferece ao sujeito passivo a faculdade e o ônus de fazer prova em contrário.

Portanto, sem respaldo legal as afirmações da fiscalização sobre a imutabilidade do lançamento.

Quanto à realização da diligência pelo Fisco, sem alongar demais a discussão, já que há riqueza de informações nas folhas citadas, a legislação determina que os órgãos julgadores podem determinar a realização de diligências.

Decreto 70.235/1972:

*Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo **determinar as diligências que entender necessárias.***

Só pela leitura da legislação acima fica claro que a autoridade julgadora pode, deve, **determinar** as diligências que entenderem necessárias.

Conseqüentemente, não há razão na falta de cumprimento da realização de diligência, por descumprimento da legislação, já que o Fisco possui sua atividade vinculada à legislação.

Por fim, iremos analisar a conclusão da decisão quanto à não realização da diligência, a decretação da nulidade por cerceamento de defesa.

A legislação determina os motivos geradores de nulidade nos processos administrativos fiscais.

Decreto 70.235/1972:

*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 conseqüência.***

*§ 2º **Na declaração de nulidade, a autoridade **dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*****

*§ 3º **Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade***

juizadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

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.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A nulidade do processo tributário só pode ser decretada quando ocorrerem os fatos citados acima (atos e termos lavrados por pessoa incompetente e despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa).

Ressalte-se que a legislação esclarece, ainda, que a *nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.*

Segundo a decisão, o ato gerador de nulidade foi a ausência de análise por parte do Fisco quanto aos documentos juntados na diligência.

Sendo esse o fato gerador da nulidade, jamais ele poderia prejudicar fato anterior (lançamento), somente os posteriores, como determina expressamente a legislação.

Aliás, o não cumprimento de diligência é obrigação do Fisco, já que a atividade é vinculada e a diligência deve ser cumprida.

Portanto, por todos os motivos expostos, dou provimento ao recurso de ofício, a fim de anular a decisão de primeira instância, para que os autos retornem à primeira instância, a fim de que os documentos sejam analisados, a resposta dessa análise seja dada à recorrente, com sua ciência e abertura de prazo (trinta dias) para apresentação de seus argumentos e que nova decisão seja proferida, prosseguindo o contencioso.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso de ofício, devido à nulidade da decisão de primeira instância, nos termos do voto.

Marcelo Oliveira

