



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

Processo n° 13971.002613/2008-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-003.981 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria PROCESSO ANULADO PELO PODER JUDICIÁRIO
Recorrente HERING TÊXTIL S/A (CIA. HERING)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1993 a 30/09/1998

PROCESSO ADMINISTRATIVO. DECISÃO PODER JUDICIÁRIO.
REALIZAÇÃO PERÍCIA.

A ausência de exame de matéria fática na primeira instância caracteriza supressão de instância, fato cerceador do amplo direito à defesa e ao contraditório, motivo de nulidade. Esse entendimento encontra amparo no Decreto 70.235/1972 que, ao tratar das nulidades no inciso II do art. 59, deixa claro que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Importa cerceamento ao direito de defesa o não enfrentamento pela autoridade de primeira instância das questões fáticas apresentadas após decisão do Poder Judiciário (fato novo e superveniente).

Havendo decisão judicial para a realização de perícia, tal providência deverá ser implementada pelo Fisco (primeira instância de julgamento).

Decisão de Primeira Instância Não Conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em determinar que a produção da prova pericial seja analisada pela primeira instância de julgamento.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente

Ronaldo de Lima Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Carlos Henrique de Oliveira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Thiago Tabora Simões. Ausente, justificadamente, o conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Cuida-se de crédito previdenciário, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, competências 01/1993 a 09/1998, incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados das empresas prestadoras de serviço, pelas quais a notificada responde solidariamente, com fundamento no art. 30, incisos VI e VII e art. 31 e parágrafos da Lei 8.212/91, na redação vigente à época.

O crédito foi lançado por meio de aferição indireta (arbitramento) e a base de cálculo foi apurada de 40% das notas fiscais de serviço emitidas pelas prestadoras, uma vez que não foram apresentadas as guias de recolhimento distintas para a notificada na qualidade de tomadora de serviços, consoante os termos do Relatório Fiscal (fls. 86/89).

Na impugnação (fls. 157/177), a contribuinte requereu, caso não fossem consideradas as guias de recolhimentos apresentadas como comprovantes de pagamentos efetivados pelas prestadoras de serviço (fls. 182/354), a produção de prova pericial a fim de se constatar que os débitos questionados encontram-se efetivamente quitados. Houve a realização de diligência que alterou o crédito para o valor originário de R\$211.398,16, para considerar algumas GRPS vinculadas às notas fiscais (fls. 358/442).

A Decisão-Notificação (DN) nº 20.621.0/060/1999, emitida pela Gerência Regional de Arrecadação e Fiscalização de Blumenau/SC (fls. 443/450), que julgou pela procedência do Lançamento do Crédito Retificado, indeferiu o pedido de perícia sob o fundamento de se tratar de questão eminentemente de direito, ou seja, a inobservância do disposto na legislação previdenciária para a elisão da responsabilidade solidária, traduzida na apresentação de guias de recolhimento genéricas das empresas cedentes de mão-de-obra, em vez de guias distintas e específicas para cada tomador dos serviços.

Sobreveio a interposição de Recurso Voluntário (fls. 641/665), com o regular depósito de 30% do valor da exigência, sendo que a 6ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), após conversão do julgamento em diligência (fls. 679/685) e Informação Fiscal (fls. 687/688), acordou por conhecer do Recurso apresentado dando-lhe provimento parcial, para excluir do débito a parcela referente a rubrica Terceiros, em face do Parecer CJ/MPAS no. 1.710/99 - Acórdão nº. 06/00928/2000 (fls. 691/699), alterando o valor originário do lançamento para R\$206.080,97, o qual acrescido os encargos legais resultou no valor de R\$456.514,67, consolidado com a data de 25/03/1999.

A empresa, inconformada com o julgamento administrativo, ingressou com a Ação Ordinária nº 2000.72.05.004214-8, na 2ª Vara Federal em Blumenau, objetivando elidir a cobrança da NFLD em questão com o depósito judicial da importância remanescente dos 70% do valor do lançamento, sendo que obteve liminarmente a antecipação de tutela para o fim de não lhe ser negada a expedição de Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa e para que não fosse inscrita no CADIN (fls. 805/806). Conforme o despacho administrativo do Escritório de Representação da Procuradoria-Geral Federal de fls. 828, a sentença prolatada julgou procedente o pedido.

Verifica-se que dentre os pedidos da autora constantes da inicial (fl. 872), com a devida ressalva quanto a correta nomenclatura da instância, esta: *“julgar totalmente procedente o pedido ora formulado, para que seja totalmente reformada a decisão proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, relativa a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 32.631.853-4 (...)”*

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acolheu a preliminar do INSS para afastar a nulidade do próprio crédito, persistindo, porém, o comando sentencial apenas na parte que anulou o julgamento da defesa administrativa, determinando à autoridade que realize a prova pericial requerida, antes de proceder à nova decisão (fls. 833/838). Pois, segundo a Ementa, *“ao fundamentar a cobrança apenas na falta de apresentação, pela prestadora, de guias de recolhimento distintas para cada estabelecimento contratante (art. 31, 4º da Lei 8.212/91), sem perquirir acerca de eventual pagamento das contribuições respectivas independentemente do não-cumprimento de obrigação acessória, o INSS cerceou o direito de defesa da autora, mostrando-se acertada a sentença, na parte que determinou a renovação do julgamento, após a produção de prova pericial”*.

No relatório, o Desembargador Federal não acolhe a preliminar invocada pela autarquia a respeito da necessidade de citação da União, de vez que o CRPS não pertence ao INSS, informando que o objetivo da lide é *“provocar a nulidade de todo o procedimento administrativo que se sucedeu ao indeferimento da prova pericial requerida pela autora. Com efeito, consoante se observa na inicial, e considerada apenas a questão efetivamente devolvida a julgamento, a autora arguiu a nulidade dos atos administrativos que se sucederam ao indeferimento de prova pericial (fls. 05-09). O acolhimento da tese pelo Judiciário não pode ensejar a nulidade da NFLD, porque anterior ao procedimento iniciado com a defesa administrativa, mas tão-somente aos atos decisórios posteriores à caracterização do cerceamento de defesa no âmbito administrativo. Assim, acolho parcialmente a preliminar para afastar a decretação de nulidade da NFLD nº 32.631.853-4, restando mantida a determinação par que seja renovado o julgamento do recurso, após a produção da prova requerida.”*

Foi interposto Recurso Especial (fl. 842), sendo que não consta dos autos a existência excepcional de concessão de efeito suspensivo em sede de medida cautelar. Logo, em tese, o Recurso Especial apresenta apenas o efeito devolutivo em consonância ao art. 542, § 2º do CPC. Por via de consequência, não suspende a execução da sentença, a teor do art. 497 do citado diploma legal.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Blumenau/SC encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para análise e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Da análise dos autos, verifica-se que há uma questão prejudicial ao cumprimento da decisão judicial por esta Corte Administrativa (CARF), face à ocorrência de cerceamento da garantia da ampla defesa e da supressão de instância, vícios esses que devem ser evitados e sanados.

Após tomar ciência da decisão proferida pelo Poder Judiciário determinando a realização de perícia – oportunidade em que houve a nulidade de todo o procedimento administrativo que se sucedeu ao indeferimento da prova pericial requerida pela autora –, a DRJ em Florianópolis/SC proferiu o Despacho nº 18 – 6ª Turma da DRJ/FNS (fls. 913/915), entendendo que “(...) a decisão judicial foi no sentido de anular o acórdão proferido em segunda instância administrativa, para que seja renovado o julgamento do recurso, após a produção da prova pericial requerida pela empresa, faz-se necessário devolver os autos à origem para o correto cumprimento da ordem judicial, em vista de que esta Delegacia de Julgamento não é competente para tal atribuição”.

Considerando a garantia da ampla defesa e da supressão de instância, entende-se que a produção da prova pericial, determinada pelo Poder Judiciário, deverá ser analisada e providenciada pela primeira instância de julgamento. Esse entendimento decorre do fato de que a produção da prova pericial deverá estar consubstanciada em matéria exclusivamente fática e não jurídica (questão de direito), que, por sua vez, é distinta da matéria tratada na decisão de primeira instância (Decisão-Notificação (DN) nº 20.621.0/060/1999, fls. 443/450), já que esta indeferiu o pedido de perícia sob o fundamento de se tratar de questão eminentemente de direito.

Nesse passo, observa-se que não houve uma manifestação do Poder Judiciário, de forma direta, para a anulação do Julgamento do CRPS (Acórdão nº 06/00928/2000, fls. 691/699), havendo somente uma manifestação para a realização da produção da prova pericial requerida pelo sujeito passivo da obrigação tributária ora contestada.

E, mesmo que após a realização da perícia determinada pelo Poder Judiciário, venha a entender que o seu resultado irá interferir nas decisões já proferidas no âmbito administrativo (primeira instância e Conselho), é prudente que seja feita uma nova análise também pela primeira instância (DRJ), já que tal perícia deverá abordar matéria fática. Isso evitará a supressão de instância.

Além disso, a produção da prova pericial passará a ser considerada um fato novo para o processo (superveniente) e deverá ser realizada em consonância com as regras estampadas no Decreto 70.235/1972.

Logo, com a finalidade de afastar qualquer dúvida acerca dos valores apurados no presente processo, já que a Recorrente alega que os fatos apontados pelo Fisco não guardam correspondências com a documentação existente nos autos nem com valores já recolhidos (fato novo para o processo) – tal como a alegação de que os débitos questionados encontram-se efetivamente quitados, conforme as guias de recolhimentos apresentadas como comprovantes de pagamentos efetivados pelas prestadoras de serviço (fls. 182/354), dentre outros registrados na peça recursal (fls. 641/665) –, deverá a autoridade de primeira instância de julgamento rebater os pontos apresentados na futura peça de impugnação, caso seja apresentada após a produção da prova pericial que tratará da matéria fática – fato superveniente evidenciado no processo.

Dentro desse contexto do exame e da análise da primeira instância, haverá uma decisão consubstanciada em matéria fática e pautada dentro princípio da motivação. Esta motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os pressupostos fáticos e jurídicos, assim como a correlação lógica entre os fatos expostos nos autos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei. Enfim, exige um raciocínio lógico entre o motivo, o resultado da decisão e a lei. Assim, não é razoável o exame de toda a matéria fática na fase recursal, se, posteriormente, houve uma determinação judicial para a produção da prova pericial. Isso permitirá que tal matéria fática seja analisada pela primeira instância e evitará a garantia da supressão de instância e da ampla defesa.

Esse entendimento acima está em consonância com o art. 50 da Lei 9.784/1999, que estabelece a exigência de motivação como condição de validade do ato.

Lei 9.784/1999– diploma que estabelece as regras no âmbito do processo administrativo federal:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
(...)

A Recorrente possui o direito de verificação e análise de todos seus argumentos na primeira instância. Não procedendo dessa forma, ocorrerá a supressão de instância do direito de defesa da Recorrente, motivo de nulidade, ainda que se trata de matéria fática exposta somente na peça recursal, desde que seja de forma excepcional e justificada por meio de uma decisão judicial determinando a produção da prova pericial, que tratará exclusivamente dessa matéria fática.

A ausência de exame de matéria fática na primeira instância caracteriza supressão de instância, fato cerceador do amplo direito à defesa e ao contraditório, motivo de nulidade. Esse entendimento encontra amparo no Decreto 70.235/1972 que, ao tratar das nulidades no inciso II do art. 59, deixa claro que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Da forma como foi prolatada a decisão de primeira instância, por meio do Despacho nº 18 - 6ª Turma da DRJ/FNS (fls. 913/915), o direito do sujeito passivo ao contraditório não será conferido de forma ampla.

E a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo

Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina: “A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e **apreciadas** todas as suas alegações de caráter processual e **material**, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações”.

Ressalte-se, também, que há determinação legal para que se verifique o direito dos cidadãos, nos termos do art. 2º da Lei 9.784/1999 e do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/1988.

Lei 9.784/1999:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

*VI - adequação entre meios e fins, **vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**(...)*

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (...)

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

.....
.....

Constituição Federal/1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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;
(g.n.)

Assim, é dever da Administração Pública garantir o direito dos cidadãos contribuintes, especialmente àqueles que se configuram como direitos e deveres individuais e coletivos, previstos na Constituição Federal/1988 como cláusula pétrea.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

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 julgadora 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. (g.n.)

Portanto, entende-se que a produção da prova pericial deverá ser analisada e providenciada pela primeira instância de julgamento.

Em respeito ao § 2º do art. 59 do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, emitir nova decisão – após realização da perícia –, dar ciência de todas as diligências e de seus respectivos resultados (pronunciamentos da fiscalização e do órgão julgador, bem como os documentos que serviram de base para a realização da perícia), reabrir prazos e tomar as devidas providências para a continuação do contencioso.

Desse modo, é necessário que seja efetuado o saneamento do vício apontado para que se possa julgar a procedência ou não do lançamento fiscal, bem como a análise de um futuro recurso voluntário interposto.

Processo nº 13971.002613/2008-10
Acórdão n.º **2402-003.981**

S2-C4T2
Fl. 6

CONCLUSÃO:

Com isso, voto no sentido de que a produção da prova pericial, determinada pelo Poder Judiciário, seja analisada pela primeira instância de julgamento, nos termos do voto. E, não conheço da decisão de primeira instância que determinou o envio dos autos a esta Corte Administrativa (CARF).

Ronaldo de Lima Macedo.