



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

Processo nº 14479.000141/2007-03
Recurso nº 263.837 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.621 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente TORNEARIA E USINAGEM PIQUERI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/12/2005

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Não havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

REMUNERAÇÃO DECLARADA EM GFIP

A empresa está obrigada a arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por maioria de votos: a) em não reconhecer a existência de nulidade na decisão de primeira instância, devido a cerceamento de defesa, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Leonardo Henrique Pires Lopes, que votaram pela nulidade da decisão de primeira instância; III) Por unanimidade votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a) Declarações de voto: Mauro José Silva e Damião Cordeiro de Moraes.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros- Relatora.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Declaração de Voto

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva – Declaração de Voto

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados empregados e à do contribuinte individual, no período compreendido entre 01/1996 a 12/2005.

Consta do Relatório Fiscal (fls. 92), que a empresa efetuou os descontos das contribuições devidas à Seguridade Social por seus empregados e por seus administradores, e deixou de efetuar o recolhimento de tais valores no prazo legal

A autoridade notificante informa, ainda, que as contribuições sociais dos segurados empregados, arrecadadas pelo empregador, mediante desconto, nas competências de 01/1996 a 12/1996, 12/1997 a 07/2003, 09/2003 a 04/2004, 03/2005, 05/2005, 07/2005 a 09/2005 e 12/2005, inclusive décimos terceiros de 1996 a 2003, foram apuradas por meio das folhas de pagamento de empregados, e que as contribuições dos contribuintes individuais, relativas às competências de 04/2003 a 07/2003, 09/2003 a 04/2004, 09/2004, 11/2004, 03/2005, 05/2005, 07/2005 a 09/2005 e 12/2005, foram extraídas da escrituração contábil (anexo 1), e se referem à remuneração dos administradores.

A recorrente apresentou defesa e, de sua análise, o processo foi convertido em diligência, resultando na emissão da Informação Fiscal de fls. 114, e na retificação do débito, em relação ao 13º salário de 1996.

Cientificada do resultado da diligência fiscal, a recorrente aditou sua impugnação e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 17-22.251, da 11ª Turma da DRJ/SP011 (fls. 130), julgou o lançamento procedente em parte, acatando o parecer retificador da fiscalização, e indeferindo o pedido de perícia formulado pela notificada.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 142), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, entende que houve certa dose de negligência por parte do agente fiscal e que o lançamento do débito foi excessivo, tendo sido constatada ausência de cuidado e zelo no levantamento, o que compromete o seu todo.

Entende que, se houve erro em parte do valor lançado, o trabalho restou comprometido e inconfiável, tornando imprestável todo o resto.

Alega nulidade do julgamento de primeira instância, ao argumento de que não se admite mais os julgamentos secretos, e que não se pode negar a presença de pessoas habilitadas no processo que possam exercer a efetiva fiscalização quanto à forma, ou se essa atendeu os requisitos reclamados pela lei e pelas portarias que normatizam a condução no julgamento e a conduta dos julgadores, bem como a presença do mínimo legal que compõe a turma.

Requer que seja decretada a nulidade do Acórdão recorrido, tornando sem efeito qualquer intimação da recorrente, uma vez que, se não há previsão legal para acompanhar o julgamento, também inexistente lei proibindo o acompanhamento.

Sustenta ainda que o Acórdão combatido é nulo porque indeferiu prova técnica, dando-a por inútil e desnecessária, o que macula o princípio constitucional da ampla defesa, aplicável inclusive em procedimento dessa natureza.

No mérito, alega que, diferentemente do que constou do Anexo I, do Relatório Fiscal, os valores lá relacionados nunca se constituíram nas efetivas retiradas a título de pro-labore, uma vez que trata-se de sociedade entre marido e mulher, sendo que a sócia detém apenas uma parcela ínfima do capital, não tendo nunca prestado qualquer serviços à sociedade, motivo pelo qual jamais retirou qualquer valor mensal a tal título, e que o outro sócio, no exercício da gerência, jamais teve ganho mensal no valor indicado no relatório.

Assevera que não pode se ter a segurança que se espera do procedimento fiscalizatório, na medida que o próprio órgão julgador constatou o excesso cometido pelo Auditor Fiscal, inserindo duplamente valores no resultado da autuação, tornando inseguro a constituição do crédito previdenciário, mesmo depois de sua retificação.

Reitera o pedido para realização de perícia e apresentação de prova documental, acentuando que os documentos que seguem com o recurso falam por si na justificação do que se pede.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete De Oliveira Barros, Relatora.

O recurso é tempestivo e todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice para seu conhecimento.

Inicialmente, impõe suscitar questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pela recorrente no recurso tempestivo, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

Verifica-se que a fiscalização lavrou o presente AI com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Cumprе ressaltar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob

pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Contudo, no caso em tela, constata-se que não houve recolhimento de contribuições no período compreendido entre 12/97 a 03/02, conforme RDA e RADA, caso em que se aplica a regra contida no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

A NFLD foi consolidada em 07/06/2006, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 08/06/2006, conforme fls. 01, do processo, e o lançamento se refere ao período de 01/1996 a 12/2005.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito lançado nas competências entre 01/96 a 11/00, inclusive décimos terceiros salários de 1996 a 2000.

Cumprе esclarecer que, para a competência 12/2000, o tributo poderia ter sido recolhido em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal citado acima (art. 173, I, CTN).

Portanto, reconheço a decadência de parte do débito, nos termos expostos acima.

Preliminarmente, a notificada alega que o equívoco cometido pelo Auditor Fiscal na competência 13/1996 vicia todo o procedimento, tornando imprestável a NFLD

Porém, a retificação do valor lançado se fez necessária, pois, em diligência, ao analisar os argumentos que recorrente apresentou em sede de impugnação, a autoridade lançadora verificou a existência de erro no lançamento relativo à competência 13/96.

Mas, ao contrário do que entende a recorrente, a retificação da NFLD pela fiscalização após a apresentação da defesa, ou pelo órgão julgador de primeira instância não acarreta a nulidade do ato do lançamento.

O art. 59, do Decreto 70.235/72, dispõe que

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.

Portanto, a constatação de que a NFLD lançou uma contribuição maior do que a de fato era devida, enseja a retificação do débito lançado e não a sua nulidade, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

Ainda em preliminar, a notificada alega nulidade do julgamento de primeira instância pelo fato de não ter sido intimada da data de realização da sessão de julgamento.

Porém, a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre os direitos dos administrados em seu art. 3º, transcrito a seguir:

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

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

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

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei. (grifei)

E o artigo 26 estabelece que:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

Dessa forma, verifica-se, no presente processo, que houve a observância dos mandamentos legais que regem o contencioso administrativo, já que o contribuinte teve ciência do ato e tomou conhecimento da decisão proferida, conforme AR de fl. 140, tendo-lhe sido concedido prazo para apresentação de recurso, em respeito ao devido processo legal e ao contraditório.

A citada Lei 9.784/99 não estabelece que o contribuinte deva ser intimado da data de realização da sessão de julgamento de primeira instância administrativa, mas apenas intimado para ciência de decisão, o que ocorreu no presente caso.

Em relação ao argumento de que, se não há previsão legal para acompanhar o julgamento, também inexistente lei proibindo o acompanhamento, cumpre observar que a inexistência de proibição não pode ser interpretada como permissão.

Na administração pública, o ato administrativo está inexoravelmente jungido ao previsto em lei, sendo inaplicável a máxima reinante no direito privado, segundo a qual “o que não é proibido é permitido”.

A recorrente sustenta, ainda, que o Acórdão combatido é nulo porque indeferiu prova técnica, dando-a por inútil e desnecessária, o que macula o princípio constitucional da ampla defesa, aplicável inclusive em procedimento dessa natureza.

Dessa forma, não há que se falar, no caso presente, em cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade do Acórdão de primeira instância.

Porém, não comprova o alegado. Apenas alega mas não junta, aos autos, cópias dos Livros Diários apontados no referido Anexo I para fazer prova de suas alegações.

E, sendo o lançamento um ato vinculado, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e o não recolhimento das contribuições devidas, a fiscalização lavrou a competente NFLD, em observância ao disposto no art. 37 da Lei 8212/91:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

A notificada insiste em afirmar que não pode se ter a segurança que se espera do procedimento fiscalizatório, na medida em que o próprio órgão julgador constatou o excesso cometido pelo Auditor Fiscal, inserindo duplamente valores no resultado da autuação, tornando insegura a constituição do crédito previdenciário, mesmo depois de sua retificação.

Todavia, consoante art. 28, da Portaria RFB nº 10.875/2007, que trata sobre o processo Administrativo fiscal relativo às contribuições previdenciárias, “as *irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 27 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.*”

Dessa forma, reitera-se, como o equívoco apontado não se enquadra nas hipóteses elencadas no art. 27, da Portaria mencionada, e nem no Decreto 70.235/72, já mencionado acima, e considerando que, em diligência fiscal, a incorreção foi sanada, não há insegurança na constituição do crédito.

Relativamente ao pedido que seja realizada perícia, vale lembrar que o inciso IV e § 1º, do art. 16, do Decreto 70.235/72, assim determina:

Art. 16:

(...)

*IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito; *(Redação dada pela Lei 8.748/93).*

*§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. *(Acrescido pela Lei 8.748/93)*

Portanto, entendo como não formulado o pedido de perícia por não atender aos requisitos legais.

Ademais, todas as alegações feitas pela recorrente poderiam ser comprovadas por meio da juntada de prova documental pela notificada, conforme disposto no relatório IPC (fls. 02/03) e ressaltando que o contribuinte ainda dispunha do prazo de recurso para a apresentação de outros elementos.

Porém, a empresa não trouxe outros elementos para serem analisados por este Conselho. Apenas alega, mas não prova, que não houve pagamento de pro-labore.

Porém, não basta alegar. A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

E a convicção da autoridade julgadora advém, no processo administrativo fiscal, dos elementos probatórios carreados pela fiscalização e pela recorrente. Daí a necessidade de se juntar aos autos elementos comprobatórios dos fatos alegados.

E, como não é facultado ao servidor público eximir-se de aplicar uma lei, a fiscalização, ao constatar, da análise dos registros contábeis, o pagamento de valores a título de pro-labore, agiu corretamente lavrando a presente NFLD, em estrita observância aos ditames legais.

Assim, indefere-se o pedido de diligência/perícia, por considerá-la prescindível e meramente protelatória, além de o requerimento não atender os requisitos das normas legais que tratam da matéria.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do valor do débito, por decadência, os valores lançados nas competências compreendidas entre 01/1996 a 11/2000, inclusive, bem como as contribuições incidentes sobre os décimos terceiros salários de 1996 a 2000.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

1. Conforme relatado, o Recorrente requereu à autoridade fiscal de piso a sua participação no julgamento de primeira instância (ff. 116-117).

2. Compulsando os autos, verifica-se que, após a apresentação de impugnação pelo contribuinte (ff. 96-101), o processo baixou para a realização de diligência requerida pelo Fisco (f. 105). Após o retorno (f. 114), antes da apreciação pelo colegiado da Delegacia Regional de Julgamento, o contribuinte constituiu advogado nos autos e, expressamente deixou consignado que: “O Advogado pretende sustentar oralmente, senão, ao menos assistir o [sic] julgamento” (f. 117). Contudo, no julgamento de primeira instância, o patrono do sujeito passivo não foi intimado para acompanhar o julgamento perante a Turma da DRJ (ff. 130-136).

3. A Conselheira Relatora entendeu que a negativa observou os mandamentos legais que regem o contencioso administrativo, já que teria sido suficiente a ciência do contribuinte da decisão recorrida (AR de fl. 140), após proferida. Aplicou, então, a Lei n. 9.784/99 – que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (arts. 3º e 26) para asseverar que “a citada Lei 9.784/99 não estabelece que o contribuinte deva ser intimado da data de realização da sessão de julgamento de primeira instância administrativa, mas apenas intimado para ciência de decisão, o que ocorreu no presente caso”.

4. Por fim, concluiu no seguinte sentido: “Em relação ao argumento de que, se não há previsão legal para acompanhar o julgamento, também inexistente lei proibindo o acompanhamento, cumpre observar que a inexistência de proibição não pode ser interpretada como permissão. Na administração pública, o ato administrativo está inexoravelmente jungido ao previsto em lei, sendo inaplicável a máxima reinante no direito privado, segundo a qual ‘o que não é proibido é permitido’. Assim, não há que se falar em nulidade do julgamento de primeira instância”.

5. Não obstante o bom arrazoadado trazido pela douta Conselheira Relatora Bernadete de Oliveira Barros, peço *venia* para discordar do seu posicionamento em relação à nulidade do julgamento de primeira instância, decorrente do fato de o contribuinte não ter sido intimado da data de realização da sessão de julgamento e, por consequência, não ter exercido o seu direito de defesa.

6. Primeiramente, destaca-se que em ambos os diplomas normativos que tratam do processo administrativo no âmbito federal – Lei n. 9.784/99 e Dec. n. 70.235/72 –, assim como no Regimento Interno do CARF ou qualquer outra regra de menor hierarquia, não se verificam a discriminação procedimental pormenorizada das fases do julgamento de primeira instância no processo administrativo-fiscal. Porém, essas leis detalham direitos garantidos aos administrados quando litigam com o Poder Público fora do Judiciário.

7. Exige-se, portanto, o desforço interpretativo para, diante da normatização existente, sistematizar as fases do julgamento de base, sob a guarda dos direitos legais e constitucionais dos litigantes administrativos.

9. Esse tem sido o entendimento firmado pela jurisprudência deste Conselho em diversos acórdãos por mim pesquisados, inclusive vedando a sustentação oral ou apresentação de memoriais perante as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. Exercício: 2000, 2001PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. SUSTENTAÇÃO ORAL, APRESENTAÇÃO DE MEMORIAL, DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO (DRJ). Inexiste previsão legal ou regimental para intimação do sujeito passivo, ou seu representante ou procurador, para realizar sustentação oral ou apresentar memorial perante as Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ). Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado” (CARF. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Turma Especial. Acórdão nº 180300455. Processo 10580004988200315, Data 08/07/2010)

“SUSTENTAÇÃO ORAL. INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DO SEU REPRESENTANTE. Inexiste previsão legal ou regimental para intimação do contribuinte ou do seu representante para realizar sustentação oral nos julgamentos dos Conselhos de Contribuintes. [...]” (1CC. 3ª Câmara. Turma Ordinária. Acórdão nº 10323015. Processo 108800214169582. Data 23/05/2007)

11. Neste sentido, o art. 2º da Lei n. 9.784/99 – que prevê o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo federal –, bem como art. 3º da mesma lei – que garante a facilitação ao exercício de seus direitos (inc. I) e a possibilidade de formulação de alegações e apresentação de documentos até mesmo antes da decisão, objeto de consideração pelo órgão competente (inc. III) – dão alicerce ao entendimento de se assegurar ao recorrente a participação no julgamento de primeira instância, com a possibilidade de entrega de memoriais aos julgadores administrativos e sustentação oral das razões de impugnação.

12. Quando previstos direitos da parte no diploma legal, a sua defesa no contencioso administrativo-fiscal não pode ser restringida pela falta de normatização específica do procedimento de julgamento. A regra que se extrai do texto constitucional é o da garantia da defesa ampla no contencioso administrativo, além da publicidade dos atos administrativos (CF, art. 5º, LVII), garantida pela comunicação da decisão proferida. Ou seja: a intimação da decisão de primeiro grau se relaciona com o princípio da publicidade dos atos administrativos; ao passo

que a participação no julgamento em si, com a possibilidade de influência no mesmo, tem vínculo com o direito de ampla defesa.

13. A defesa, por mandamento constitucional, é ampla, e não restrita. A redação do inc. LV do art. 5º da Constituição Federal, inclusive, é propositalmente abrangente: “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”.

14. No âmbito jurisdicional, já é pacífico no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, em havendo requerimento expresso, a ausência de notificação da sessão de julgamento – visando à participação para proferir sustentação oral – acarreta nulidade da decisão (cf. HC 85.138, Min. Marco Aurélio, DJ 9.8.05; RHC 89.135, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.9.06).

15. O Min. Cezar Peluso do STF, na ADIn 1.127 – que apreciou a constitucionalidade do Estatuto da Advocacia –, foi categórico ao sustentar que: “As funções básicas do contraditório são duas. A primeira delas: o juiz por definição, é o profissional da ausência; quer dizer, é aquele que tem por profissão o não ter estado presente ao fato, àquilo que já ocorreu. O contraditório serve, sob este ponto de vista, para permitir que as partes tentem convencer o juiz, com os materiais historiográficos que o sistema jurídico autoriza, sobre a existência ou a inexistência do fato. Tal função, está claro, é de preparar o julgamento” (trecho do voto do Min. Cezar Peluso na ADIn 1.127, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 11.6.10, RTJ 215/528).

16. Decorre, portanto, além da norma de regência, diretamente do texto constitucional, a garantia da ampla defesa no processo administrativo (fiscal). É direito constitucional do contribuinte a amplitude de defesa e o devido processo legal no seu sentido formal e material (CF, 5, LV e art. 2º da Lei n. 9.784/99).

17. É certo que o pedido do contribuinte para participação no julgamento administrativo tem como escopo exercer o seu direito de defesa, com fito de influir na decisão a ser tomada pelo julgador do lançamento (cf. art. 3º, inc. III da Lei n. 9.784/99), mormente pela sustentação oral das suas razões (ff. 116-117).

18. A injusta frustração do exercício do direito de defesa oral ofende o princípio de amplitude de defesa no processo contencioso: “A sustentação oral - que traduz prerrogativa jurídica de essencial importância - compõe o estatuto constitucional do direito de defesa. A injusta frustração desse direito - por falta de prévia comunicação, [...], requerida, em tempo oportuno, pelo impetrante, para efeito de sustentação oral de suas razões - afeta o princípio constitucional da amplitude de defesa. O cerceamento do exercício dessa prerrogativa, que constitui uma das projeções concretizadoras do direito de defesa, enseja, quando configurado, a própria invalidação do julgamento realizado pelo Tribunal, em função da carga irrecusável de prejuízo que lhe é ínsita” (STF, HC 103867 MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29.6.10). Em uníssono: “o patrono da recorrente não foi intimado para a sessão de julgamento, ficando impedido de sustentar oralmente” (STF, RE 255.739, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 26.11.1999).

19. No mesmo sentido, se extrai o seguinte trecho do voto do Min. Carlos Britto na supracitada ADIn 1.127: “Senhora Presidente, estamos cuidando de sustentação oral, e, de fato, ela é a expressão do contraditório na sua oralidade. Não há como negar isso. É até o clímax do contraditório oral no âmbito do devido processo legal. Mesmo atingindo esse ponto mais alto,

não deixa de ser contraditório, e é claro que o contraditório antecede o julgamento” (trecho do voto do Min Carlos Britto na ADIn 1.127, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator do Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 11.6.10, RTJ 215/528).

20. Destaca-se que, em se tratando de julgamento colegiado, a regra contida no ordenamento como um todo, é da possibilidade de acompanhamento e sustentação oral das suas razões. O julgamento monocrático, ordinariamente, não se submete a esta regra, pois a possibilidade de influência na decisão do julgador se faz por escrito, nas razões de convencimento. No julgamento perante um órgão colegiado, contudo – por se tratar de uma decisão tomada pelo somatório de vários votos, em que o convencimento do julgador se forma pela oitiva do Relator–, a defesa oral das razões do litigante deve ser garantida.

21. E não se diga que o julgado trazido da primeira instância não é originário de um colegiado, uma vez que o Decreto 70.235/72 considera expressamente que as Delegacias da Receita Federal de Julgamento são órgãos de deliberação interna e natureza colegiada, *verbis*:

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal;

22. Frisa-se que, em se tratando de indeferimento do pedido de acompanhamento de julgamento feito por advogado constituído no processo fiscal (procuração – f. 118), a ilegalidade é flagrante, em decorrência da infringência a uma série de dispositivos do estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), *verbis*:

“Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

...

VI - ingressar livremente:

a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

VII - permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença;

VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;

XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;"

23. Assim, o exercício do poder judicante na esfera administrativa não pode ser feita às espreitas, de forma sorrateira, prejudicando o contribuinte, de maneira que o julgador deve se submeter à influência do litigante na formação do seu convencimento (cf. art. 3º, inc. III da Lei n. 9.784/99).

24. Considerando o fato de o recorrente ter requerido à autoridade fiscal de primeira instância a participação na sessão de julgamento da sua impugnação (ff. 116-117), não se pode admitir o indeferimento deste pedido, com a tomada de decisão à revelia do maior interessado na mesma. Não pode ser denegado o pleito do litigante para o exercício do seu direito de defesa.

25. Em resumo, a divergência com o voto da d. Relatora reside no fato de Sua Exa. entender que, diante do silêncio na norma procedimental de julgamento em primeira instância, a “inexistência de proibição não pode ser interpretada como permissão”.

26. Em sentido diametralmente oposto, partindo-se do pressuposto que o contribuinte tem ordinariamente direito a acompanhar todo o andamento e influir na decisão do processo administrativo (CF, 5, LV e art. 3º, inc. III da Lei n. 9.784/99), o silêncio da norma procedimental de julgamento em primeira instância não pode ser interpretado como uma vedação ao exercício da amplitude de defesa, sendo-lhe permitido a participação em todos os julgamentos administrativos (inclusive com a sustentação oral das razões de impugnação), mormente nos casos em que haja o pedido expresso neste sentido.

CONCLUSÃO

27. Ante ao exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para ANULAR a decisão recorrida, de forma a garantir ao contribuinte, ou ao seu patrono, que seja intimado da data do julgamento do seu processo e acompanhar o seu julgamento, inclusive com a apresentação de memoriais e sustentação oral, se assim quiser.

Damião Cordeiro de Moraes – Conselheiro

Conselheiro Mauro José Silva

Apresentamos nossas considerações a respeito da proposta do Conselheiro Damião sobre a nulidade do Acórdão de primeira instância por não ter ocorrido a intimação da Recorrente da data de julgamento e por não ter sido permitida a apresentação de memoriais e sustentação oral.

O cerne da questão envolve os direitos ao contraditório e à ampla defesa previstos constitucionalmente e reafirmados nos arts. 2º e 3º da Lei 9.784/99, conforme destacado pelo ilustre Conselheiro Damião.

Num Estado Democrático de Direito como o nosso, os aplicadores da lei recebem o nobre encargo de contribuir para concretizar os direitos fundamentais em sua maior plenitude. Muito nos honra trabalhar para cumprir esse papel diuturnamente, porém, ao tempo que estamos cientes da importância dos direitos fundamentais estampados na Carta Magna, não podemos, do mesmo modo, aplicá-los como se fossem direitos absolutos, não sujeitos a limitação validamente inserida no ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, a lição da doutrina é no sentido de não aceitar direito absoluto, pois:

“[...] o entendimento contemporâneo dos direitos fundamentais, ainda mais quando tomamos como valores, representa uma leitura relativista dos mesmos fatos. Isto é, os direitos fundamentais não podem ser tomados como elementos absolutos na ordem jurídica, mas sempre compreendidos e analisados caso a caso e de modo relativo (ou limitado) [...]. Nesses termos a pergunta seria a seguinte : direitos fundamentais podem ser restringidos (limitados) por atos normativos infraconstitucionais? A resposta para a corrente mais atual é que sim! [...] não há dúvida de que as normas infraconstitucionais poderiam desenvolver esse papel para a doutrina majoritária de derivação européia[...]”¹

Não sendo direito absoluto, o devido processo legal – expressão genérica que inclui o contraditório e a ampla defesa – submete-se a limitações que objetivam a efetivação da solução adequada dos conflitos. Nessa toada, temos manifestação do Ministro Gilmar Mendes do STF:

“o princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência do fair Trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa fé e pela ética dos sujeitos processuais (STF, AI 529733,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

¹FERNANDO, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 250. OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 01/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por MAURO JOSE SILVA

Impresso em 11/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 17/10/2006, DJ 01/12/2006).

No Direito Processual Civil temos algumas regras processuais que poderiam representar ofensa ao devido processo legal se este fosse absoluto. No Mandado de Segurança 0007564-43.2011.403.6100 o magistrado de primeiro grau apontou tal possibilidade:

“(...) em que pese a natureza pétrea da cláusula que assegura o devido processo legal, deve-se ter em mente que a incidência irrestrita da garantia pode até mesmo entrar em choque com institutos processuais previstos no Código de Processo Civil, em seu artigo 330, inciso I, que prevê a possibilidade de julgamento antecipado da lide, e no artigo 285-A, que permite a prolação da sentença antes mesmo da formação da relação processual propriamente dita.”

Tais limitações não se restringem ao julgamento singular.

Em seu detalhado voto, o Conselheiro Damião argumenta que o julgamento colegiado pressupõe o acompanhamento e a sustentação oral, porém a jurisprudência tem admitido que as limitações ao devido processo legal ocorrem tanto para o julgamento singular como para o julgamento colegiado. É o que ocorreu na ADI 1127/DF, citada pelo Conselheiro Damião, na qual o STF já reconheceu a inexistência de direito à sustentação oral de forma ampla e sem previsão legal, mesmo em julgamentos colegiados:

ADI 1127

Ementa

(...)

VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes.

(...)

De maneira similar ao processo civil, o processo administrativo fiscal possui limitações ao contraditório e à ampla defesa. E não são só omissões ou inexistências de proibições, mas limitações explicitamente presentes na lei. Nesse sentido, se, por um lado, não há dúvidas de que, atualmente, o julgamento de primeira instância do processo administrativo fiscal federal ocorre em um órgão colegiado, por outro lado, dúvidas inexistem também quanto à natureza de tal colegiado: órgão de deliberação interna. É o que prescreve o art. 25, inciso I do Decreto 70. 235/72, *in verbis*:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/06/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 09/09/2013 por

MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digi-

almente em 01/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Assinado digitalmente em 28/06/2013 por MAUR

O JOSE SILVA

Impresso em 11/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal;

Ao determinar que a Delegacia da Receita Federal de Julgamento é órgão de deliberação interna, a lei veda a participação da parte e/ou de seu advogado durante a sessão de julgamento, pois do contrário teríamos uma sessão aberta e não uma sessão de deliberação interna.

Concordamos com o Conselheiro Damião quando este defende que se houvesse previsão legal para participação do contribuinte ou de seu representante durante o julgamento de primeira instância, tal norma estaria em harmonia com o princípio da ampla defesa. Porém, o ordenamento jurídico atual traz limitação à ampla defesa no julgamento de primeira instância, de maneira similar a outras existentes em relação ao processo civil.

Situação similar ocorre também em outros ritos administrativos., como foi apontado pelo STJ no julgado a seguir:

RMS 2530 / PI

*RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
1993/0002333-0 Relator(a) Ministro VICENTE LEAL (1103)
Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento
05/06/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 25/06/2001 p. 231
Ementa*

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZ DE DIREITO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSTAURAÇÃO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTOS SUMÁRIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. OFERECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO. SESSÃO DE DELIBERAÇÃO. NULIDADES. AUSÊNCIA. APOSENTADORIA.

- A sindicância administrativa é meio sumário de investigação de irregularidades funcionais cometidas, sendo desprovida de procedimento formal e do contraditório, dispensando a defesa do indiciado e a publicação do procedimento.

- Não há cerceamento de defesa, nem violação ao devido processo legal em razão da inexistência de sustentação oral na sessão de julgamento do processo administrativo, dispondo, neste particular, a Lei Complementar nº 35/79 – LOMAN – que o julgamento de processo administrativo pode ser realizado em sessão fechada, na qual não tenham acesso os indiciados (art. 27).

- Tendo sido apurada em sindicância e posterior procedimento administrativo disciplinar, em que se assegurou o exercício pleno do direito de defesa, cometimento de falta grave o que incompatibiliza o magistrado para o desempenho do cargo, reveste-se de legalidade o ato administrativo que determinou a sua aposentadoria compulsória.

- A vinculação da instância administrativa somente se verifica nas hipóteses em que a absolvição criminal reconhecer a inexistência do fato ou negar a autoria do crime.

- Recurso ordinário desprovido.

Além das decisões do CARF citadas pela Conselheiro Damião que afastam a possibilidade de participação do interessado na sessão de julgamento de primeira instância, acrescentamos uma outra mais recente a seguir. Notamos que as razões de decidir de tais julgados administrativos diferem das nossas, tendo em vista que não fundamentamos nosso voto na ausência de previsão legal para a sustentação oral e sim na presença de vedação a este meio de defesa no inciso I do art. 25 do Decreto 70.235/72.

Autoridade Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Câmara. 2ª Turma Ordinária Título Acórdão nº 130200544 do Processo 11444001080200883

Data 31/03/2011

Ementa ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES.ANO-CALENDÁRIO: 2005OMISSÃO DE QUESTÕES.A MERA OMISSÃO DE QUESTÃO PONTUAL NA EMENTA DE ACÓRDÃO NÃO AUTORIZA A CONCLUSÃO DE QUE A MATÉRIA NÃO FOI APRECIADA NEM DECIDIDA, SE AS QUESTÕES RESTAM APRECIADAS NO VOTO CONDUTOR. SUSTENTAÇÃO ORAL. JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.NÃO HAVENDO PREVISÃO LEGAL PARA SUSTENTAÇÃO ORAL NO JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, E SENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADSTRITA AO QUE LHE PERMITE A LEI, DEVE SER O PEDIDO INDEFERIDO.AUTO DE INFRAÇÃO. CRITÉRIO DA DUPLA VISITA. RESTRIÇÃO.O CRITÉRIO DA DUPLA VISITA, PRESCRITO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 12 DA LEI Nº 9.841/99 SE RESTRINGE À FISCALIZAÇÃO TRABALHISTA, NÃO ALCANÇANDO A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA.INScrição NO SIMPLES. PROVA.TENDO EM VISTA QUE A INSCRIÇÃO NO SIMPLES SE DÁ A REQUERIMENTO DO INTERESSADO, NÃO É DEVER DA FISCALIZAÇÃO, NO CURSO DO PROCEDIMENTO, FAZER A PROVA PRÉVIA DA INSCRIÇÃO, PARA SOMENTE APÓS ISSO EFETUAR O LANÇAMENTO.SIMPLES FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL. BASE DE CÁLCULO.A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA A SEGURIDADE SOCIAL DE OPTANTE DO SIMPLES FEDERAL É A RECEITA BRUTA MENSAL.OMISSÃO DE RECEITAS. REPASSE. NÃO COMPROVAÇÃO.NÃO COMPROVADO QUE O SUJEITO PASSIVO REPASSOU A TERCEIROS AS RECEITAS OMITIDAS, E QUE SUA ATUAVA POR CONTA DE TERCEIROS, DEVEM SER ELAS TRIBUTADAS PELO SEU

VALOR TOTAL.MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA.A CONDUTA DE PRESTAR DECLARAÇÃO DE INATIVIDADE RELATIVA A EXERCÍCIO NO QUAL FORAM EXERCIDAS ATIVIDADES, ADICIONADA À DE NÃO EFETUAR NENHUM RECOLHIMENTO DEMONSTRA A INTENÇÃO DE OCULTAR A OCORRÊNCIA DE FATOS GERADORES, AUTORIZANDO A EXASPERAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO.VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS.ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

No Poder Judiciário, há jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que acata a limitação de participação do interessado no julgamento de primeira instância de processo administrativo fiscal:

AMS 2008.61.00.023073-0/SP

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO Nº 70.235/72. INTIMAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. PRAZOS. PEDIDO DE INTIMAÇÃO PARA SUSTENTAÇÃO ORAL EM SESSÃO DE JULGAMENTO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INDEFERIMENTO. INTIMAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. RECURSO. OBSERVÂNCIA DO PRECEITO LEGAL. ATO ADMINISTRATIVO LEGÍTIMO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS RESPEITADOS. AMPLA DEFESA. CONTRADITÓRIO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PUBLICIDADE. PROCEDIMENTO E PROCESSO ADMINISTRATIVO. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA MANTIDA.

1. No caso dos autos, o procedimento revela-se escorreito e o ato administrativo que indeferiu o pedido do contribuinte, de sustentação oral em primeira instância, não está eivado de ilegalidade, conquanto observou estritamente o rito e o prazo previstos na legislação aplicável ao caso, não tendo ocorrido, por parte do fisco, a perpetração de conduta capaz de implicar violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como do devido processo legal, vez que foi assegurado ao contribuinte o direito de impugnar os autos de infração e respectivos lançamentos, bem como oferecer recurso, junto ao órgão administrativo competente, nos termos do Decreto nº 70.235/72, não havendo que se falar no presente caso, por outro lado, em ausência da observância ao princípio da publicidade.

2. Com efeito, não é demais considerar que o contribuinte exerceu o direito de defesa por meio de impugnação e, posteriormente, interpondo recurso ordinário, sendo certo que a sustentação oral somente é admitida nas sessões de julgamento dos órgãos da segunda instância administrativa, nos termos do artigo 116, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

3. Nesse passo, a conduta da autoridade coatora foi respaldada em processo administrativo que assegurou ao impetrante o exercício do direito de defesa, mediante apresentação de um recurso. Portanto, não há falar em violação da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, nem aos princípios do devido processo legal e da publicidade.

4. Cabe anotar que, em sede de processo administrativo, não se exige a disciplina rígida do processo judicial, bastando que a sua condução garanta a ampla defesa e o contraditório aos envolvidos nos fatos e isso ocorreu no caso dos autos, não se configurando hipótese de violação da mencionada garantia constitucional.

5. Em suma, no caso dos autos, foram respeitados, durante o trâmite do processo administrativo fiscal, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como a publicidade dos atos administrativos, não havendo falar em nulidade do processo administrativo e seu respectivo procedimento, em razão de a autoridade impetrada indeferir a presença e defesa do autuado durante a sessão de julgamento, na primeira instância, pois, se trata de fase processual própria da segunda instância administrativa. Assim sendo, de rigor concluir que a conduta da autoridade impetrada não violou o direito líquido e certo do impetrante, impondo-se, pois, a manutenção da sentença fustigada.

6. Apelação a que se nega provimento.

Assim, em resumo, havendo expressa determinação legal de que o as decisões de primeira instância no processo administrativo fiscal federal sejam oriundas de deliberação interna, não vemos qualquer ilegalidade no caso presente nesse aspecto.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Conselheiro