



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

Processo n° 19563.000077/2007-17
Recurso n° 250.812 Voluntário
Acórdão n° 2302-01.100 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrente SERVIC CONSTRUTORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/10/2002

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA.

Revela-se o direito processual administrativo fiscal refratário ao procedimento que exclua do sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

É nula a Decisão de 1ª Instância lavrada sem que tenha sido concedido ao sujeito passivo o direito de se manifestar a respeito do resultado de Diligência utilizada na sua fundamentação.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/10/2002.

Data da lavratura da NFLD: 27/02/2003.

Data da Ciência do NFLD : 20/03/2003.

Trata-se de crédito tributário lançado em desfavor da empresa em epígrafe, consistente em contribuições previdenciárias destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a outras entidades e fundos, a saber, Salário Educação incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, no decorrer do mês, a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 136/154.

Informa a Autoridade Lançadora que as bases de cálculo da contribuições em apreço foram apuradas mediante aferição indireta em virtude da constatação de que a contabilidade não registrava a movimentação real das remunerações dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro da empresa.

Irresignado, o Notificado ofereceu impugnação a fls. 273/285.

A Serviço de Análise de Defesas e Recursos da Gerência Executiva do INSS em Belém/PA baixou o feito em diligência, para que fossem esclarecidos pontos controversos no lançamento, conforme Despacho a fl. 289/290 e 885.

Informação fiscal a fls. 887, pugando pela realização de diligência fiscal diretamente no estabelecimento do contribuinte.

Despacho a fl. 890 determinando a realização de diligências no estabelecimento do sujeito passivo.

Informação fiscal a fls. 892/903 acatando parcialmente as razões oferecidas pelo Impugnante, após exame da documentação acostada na peça de defesa, e promovendo a retificação do débito.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA lavrou Decisão administrativa a fls. 1000/1024, acatando parcialmente as argumentações suscitadas na impugnação, julgando procedente em parte o vertente lançamento fiscal e mantendo o crédito tributário na forma descrita no Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR a fls. 1025/1046.

O Sujeito Passivo foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 07/05/2008, conforme Aviso de Recebimento a fl. 1052.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 1053/1056, concentrando seu inconformismo no fato de não ter sido emitido Mandado de Procedimento Fiscal – Diligência,

Assinado digitalmente em 13/06/2011 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, 16/06/2011 por MARCO ANDRE RAMOS V

IEIRA

Autenticado digitalmente em 13/06/2011 por ARLINDO DA COSTA E SILVA

Emitido em 18/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

tampouco ter sido cientificado do resultado da diligência efetuada nas dependências da empresa.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 07/05/2008. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 05 de junho do mesmo ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

2. DO SANEAMENTO DO PROCESSO.

Antes de adentrarmos a cognição meritória urge ser sanadas irregularidades de cunho eminentemente processual.

No curso da instrução do processo, após o oferecimento da impugnação, o feito foi baixado em diligência, a ser cumprida nas dependências do sujeito passivo, para que fossem esclarecidas algumas questões controvertidas suscitadas pelo impugnante.

Fruto desse incidente processual, foi exarada Informação Fiscal a fls. 892/903, a qual se prestou como alicerce para a retificação parcial do débito, nos termos do Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR a fls. 1025/1046, e como fundamento da decisão de 1ª Instância lavrada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA, a fls. 1000/1024.

O Recorrente alega que tal diligência não foi precedida do necessário MPF-D, fato que desaguaria na nulidade da diligência por falta de formalidade essencial. Argumenta, ademais, não ter sido cientificado do resultado de tal diligência, episódio que estaria a representar cerceando do direito do contribuinte ao contraditório.

Compulsando os autos, de fato, não logramos nos deparar com qualquer indício de prova material que demonstre ter sido o sujeito passivo em tela devidamente cientificado da juntada da Informação Fiscal referida no parágrafo precedente, tampouco meios que comprovem ter sido efetivamente emitido o referido MPF-D. Nesse panorama, se nos antolha ter sido lavrada a Decisão Administrativa ora guerreada sem que tenha sido oportunizado ao sujeito passivo a faculdade de se manifestar a respeito do resultado da diligência fiscal em questão.

Com efeito, o marco regulatório do Mandado de Procedimento Fiscal determina que o procedimento fiscal de diligência seja instaurado mediante MPF-D, do qual será cientificado o sujeito passivo, por ocasião do seu início, formalidade essa não observada pela diligência em destaque.

DECRETO Nº 3.969, de 15 de outubro de 2001.

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos federais previdenciários serão executados por Auditores Fiscais da Previdência Social habilitados e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF. Redação dada pelo Decreto nº 4.058, de 18.12.2001)

Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) e, no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

Art. 3º Para os fins deste Decreto, entende-se por procedimento fiscal:

I- de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos federais previdenciários, podendo resultar em constituição de crédito tributário;

II- de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração previdenciária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar na lavratura de auto de infração ou na apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital. (Parágrafo único incluído pelo Decreto nº 4.058, de 18.12.2001)

Art. 4º O MPF será emitido na forma de modelos adotados e divulgados pela Diretoria de Arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, do qual será dada ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, por ocasião do início do procedimento fiscal. (Redação dada pelo Decreto nº 4.058, de 18.12.2001)

Impende observar, ademais, que o preceito inscrito no inciso III do art. 31 da Portaria MPS nº 520/2004, sob cujo Império sucedeu-se a diligência aqui vergastada, determina ser nulo o lançamento não precedido por MPF. Tal dispositivo deve ser interpretado *cum grano salis*, eis que a nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

PORTARIA MPS Nº 520, de 19 de maio de 2004

Art. 31. 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;

III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§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 o 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. 32. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo quando o sujeito passivo houver dado causa ou quando não influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. A nulidade somente deve ser decretada quando o saneamento do vício for inviável.

Diante desse panorama, sendo omissa a Portaria nº 520/2004 quanto aos efeitos da falta de MPF-D sobre as diligências, o art. 108 do CTN nos autoriza a utilizar a analogia e os princípios gerais de direito tributário.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Dessarte, figurado nessas tintas o quadro jurídico normativo, pugnamos pela declaração de nulidade da diligência realizada, com fulcro no art. 31, III da Portaria nº 520/2004 c.c. art. 108, I do CTN.

Por outro viés, mas vinho de outra pipa, a privação do conhecimento das razões aduzidas pela Fiscalização, as quais se prestaram na fundamentação da Decisão discutida, configurou, ao nosso sentir, hipótese de cerceamento de defesa, pela efetiva subtração do direito ao contraditório além de supressão de instância, eis que a contradita do sujeito passivo ficou reservada, tão somente, à instância recursal.

Revela-se o Direito Processual Administrativo refratário ao proferimento de Decisões em que reste configurada qualquer modalidade de preterição ao direito de defesa, as quais já nascem sob o estigma da nulidade. Dessarte, se nos afigura ter sido espezinhado o Devido Processo Legal, eis que a Decisão de 1ª Instância foi emitida sem a oportunidade de contradita, por parte do notificado, aos argumentos expendidos na Informação Fiscal acostada pela fiscalização em sede de diligência.

A situação fática retratada no presente caso, consistente na usurpação do direito ao contraditório, atrai ao feito a incidência do preceito inscrito no inciso II, *in fine*, do art. 31 da Portaria MPS nº 520/2004, sob cuja égide se desenvolveram os fatos processuais aqui narrados e houve por lavrada a decisão vergastada.

Saliente-se que as diretivas ora anunciadas não se atritam com as disposições encartadas no Decreto nº 70.235/72 que regem os Processos Administrativos Fiscais nas ordens do Ministério da Fazenda, ao qual, hodiernamente, também se submetem os procedimentos fiscais e os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários referentes às contribuições previdenciárias, sendo aquelas, destas, espelho.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 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 consequência.

§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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

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.

Registre-se, por relevante, que, ao apreciar as razões opostas pelo contribuinte, em sede de impugnação, o Órgão Fazendário retificou parcialmente, ainda em sede administrativa, o lançamento que então se operava. Tal circunstância faz convergir ao caso a aplicação teleológica do preceito inscrito no §2º do art. 25 da Portaria MPS nº 520/2004, que determina a reabertura de prazo para a parte se pronunciar nos autos.

PORTARIA MPS Nº 520, de 19 de maio de 2004

Art. 25. (...)

§2º Quando a reforma da decisão for parcialmente favorável ao recorrente, a autoridade julgadora, após a homologação do recurso de ofício da nova decisão, reabrirá novo prazo para recurso.

Nesse contexto, pautamos pela declaração de nulidade da Decisão Administrativa ora combatida, com fulcro no art. 31, II da Portaria MPS nº 520/2004 c.c. art. 59, II do Decreto nº 70.235/72, devendo ser dada ciência ao Recorrente do teor da Informação Fiscal a fls. 938/942, reabrindo-se-lhe o prazo normativo para se manifestar nos autos.

3. CONCLUSÃO

Pelos motivos expendidos, voto por ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, devendo ser conferido ao Recorrente o direito de se manifestar nos autos do processo acerca do resultado do mencionado incidente processual.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva