



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

Processo n° 35013.002549/2004-14
Recurso n° 249.744 Voluntário
Acórdão n° **2302-01.351 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de agosto de 2011
Matéria Restituição
Recorrente TENACE ENGENHARIA E CONSULTORIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/09/2003

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Decisão Recorrida Nula

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora.

EDITADO EM: 06/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior.

Relatório

Trata a presente notificação, lavrada em 28/07/2004 e cientificada ao sujeito passivo em 30/07/2004, de contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados constantes das folhas de pagamento, nas competências de 01/1999 a 09/2003.

O relatório fiscal de fls. 257/261, diz que não foram considerados como créditos da notificada os recolhimentos efetuados no CNPJ das filiais, relativos a retenção de 11%, da Lei n.º 9.711/98.

Após a impugnação e apresentação de apenso à mesma, os autos baixaram em diligência (fls. 830/831 volume V, em 21/12/2004), para que fossem apreciados e cotejados com os valores levantados os LTCAT's e demais documentos juntados pela impugnante.

A notificada solicita alteração do identificador nas guias recolhidas.

Às fls. 939/945, volume V, informação fiscal de 20/09/2006, retifica o crédito lançado de acordo com os documentos FORCED's de fls. 946/966.

Às fls. 987/988, volume V, a notificada solicita a suspensão do julgamento até que seja examinado o pedido de ajuste de guias.

Às fls. 991/993, volume V, os autos baixam novamente em diligência para que a fiscalização se manifeste especificamente sobre os aspectos solicitados na primeira diligência e para que seja juntado o RDA – Relatório de Documentos Apresentados, que não constava dos autos.

À fl.1051, volume VI, consta que foi entregue à notificada o RDA.

Informação Fiscal de fl.1052, volume VI, retifica o crédito lançado, documentos de fls. 1074/1086 e Discriminativo de Analítico de Débito Retificado –DDAR, fls.1087/1116.

Às fls. 117/1138, volume VI, Decisão-Notificação julga o lançamento procedente em parte e remete o processo à segunda instancia para apreciação do recurso de ofício.

O pedido de ajuste de guias foi indeferido, fls. 1140/1141, volume VI.

O processo foi recebido pela Quinta Câmara do Segundo conselho de Contribuintes, com o recurso de ofício e devolvido a origem para que o contribuinte fosse cientificado da DN e que fosse aberto prazo para apresentação de recurso voluntário.

Inconformado com a decisão, o contribuinte apresentou recurso, arguindo em apertada síntese:

- a) a nulidade da decisão por não observar o disposto em liminar concedida no Mandado de Segurança interposto, já que deveria aguardar a decisão definitiva no processo relativo ao ajuste de guias;
- b) a decadência parcial, conforme disposição da Súmula Vinculante n.º 8;
- c) que as filiais não possuem mão de obra alocada, devendo por isso ser consideradas as compensações de retenção;
- d) que deixaram de ser consideradas as retenções efetuadas nos CNPJ's das filiais no valor de mais de 8 milhões de reais;
- e) que o descumprimento da obrigação acessória se traduziu em mero erro material;
- f) que as retenções foram recolhidas, mas por equívoco na documentação fiscal, foi utilizado o CNPJ das filiais;
- g) que as notas fiscais foram emitidas nas filiais por conta de questões relativas ao imposto municipal;
- h) que os serviços foram prestados pelos empregados da matriz;
- i) que a solicitação de ajuste de guias está pendente de recurso;
- j) que não há vedação legal para a compensação da retenção em outros estabelecimentos, assunto já pacificado no CRPS, do qual junta pronunciamento em acórdão;
- k) que a IN 100/2003, não pode ser aplicada em casos pretéritos;
- l) que não houve prejuízo ao erário, dolo ou má-fé.

Requer a reforma da decisão para decretar a improcedência do lançamento; que lhe seja autorizada a retificação dos documentos por meio de ajuste no CNPJ das guias de retenção perpetradas nas filiais sem empregados, até por se tratar de recolhimento indevido nestas filiais.

Adendo apresentado ao recurso à fl.24899, volume 124, solicita a aplicação do artigo 106, do Código Tributário Nacional para que seja acatado o disposto pela nova redação do parágrafo 1º do artigo 31, da Lei n.º 8.212/91, dada pela Lei n.º 11.941/99, que permite a compensação da retenção em qualquer estabelecimento da empresa cedente de mão de obra.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi - Relatora

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela DRP de Salvador/BA, cabível quando da emissão da decisão de primeira instância proferida em 23/04/2007, que retificou o crédito em R\$ 293.269,30, (Duzentos e noventa e três mil, duzentos e sessenta e nove reais e trinta centavos), quando o limite fixado para o recurso de ofício pela Portaria n.º 158, de 11 de abril de 2007, por crédito exonerado era de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais em valor total, principal, juros e multa).

Ocorre que em 03 de janeiro de 2008, a Portaria n.º 3, fixou o limite para recorrer em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), revogando a anterior.

Entendo que o recurso não deva ser conhecido, pois o valor imposto pela Portaria n.º 03 de 03/01/2008, se aplica aos processos ainda pendentes de julgamento. A retroatividade, neste caso, não fere qualquer direito, uma vez que a própria administração, que seria a interessada na apreciação do recurso de ofício, alterou o limite para maior.

Desta forma, cumprido o requisito de admissibilidade do recurso voluntário, protocolo de fl.1156, volume VI, frente à tempestividade, conheço dele e passo ao seu exame.

Analisando os autos verifiquei que não há provas de que a notificada tenha sido cientificada do resultado das diligências de fls. 939 a 945 e 1052, que se pronunciaram pela retificação parcial do crédito lançado. A Decisão-Notificação de fls.1117 a 1138, foi emitida sem a possibilidade do contraditório em relação às diligências fiscais.

Embora à fl.994, do processo conste expressamente que a notificada deve ser cientificada do resultado das diligências, somente existe nos autos prova à fl. 1051, que foi entregue à recorrente o discriminativo RDA – Relatório de Documentos Apresentados.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pelo Auditor Fiscal ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contrarrazões aos fatos apontados pela fiscalização ainda na primeira instância administrativa. Da forma como foi realizado o procedimento, o direito do contribuinte ao contraditório foi conferido somente em grau de recurso.

Há vários precedentes deste órgão colegiado neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão n.º 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff; data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por

cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. Recurso provido.

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.

Este entendimento também consta do Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.

Pelo princípio constitucional do contraditório, é facultado à parte manifestar sua posição sobre fatos trazidos ao processo pela outra parte vez que tomando conhecimento dos atos processuais, pode, se desejar, reagir contra os mesmos.

Inserem-se no princípio do contraditório a chamada regra da informação geral e também a regra da ouvida dos sujeitos ou audiência das partes.

O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

Art. 5º, 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;

Foi contemplado também no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

*Lei nº 9.784/99, 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:

(...)

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; (grifo nosso)

Nesse sentido, entendo que a decisão proferida é nula, por cerceamento ao direito de defesa, com fulcro no art. 31, II, da Portaria MPS nº 520/2004, abaixo transcrito.

Art. 31. São nulos:

(...)

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa;

Por todo o exposto, voto pela anulação da decisão de primeira instância, devendo ser conferida ciência ao recorrente do resultado das diligências fiscais de fls. 939/945 e 1052, abrindo-lhe prazo para manifestação e posterior emissão de nova decisão.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora