



2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 20, 05, 09

Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 706

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 35013.003381/2002-94
Recurso nº 148.838 Voluntário
Matéria Auto de Infração: Dirigente Público
Acórdão nº 205-01521
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente ANTONIO BARRETO DE OLIVEIRA
Recorrida DRP SLAVADOR/BA

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

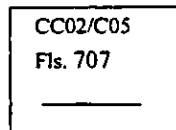
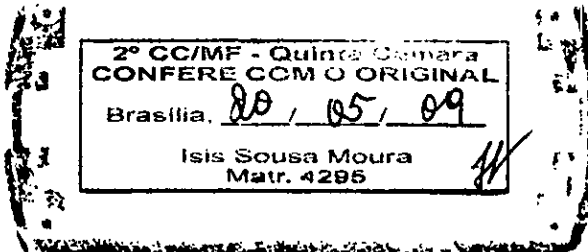
Data do fato gerador: 20/12/2001

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIENTIFICAÇÃO DO INÍCIO DA AÇÃO FISCAL E FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

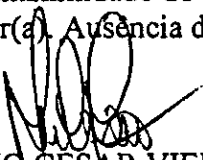
É nula a autuação que não for precedida de solicitação expressa, em nome do sujeito passivo, dos elementos cujo exame pode acarretar a lavratura do auto de infração.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por unanimidade de votos, em anular o auto de infração/lançamento, nos termos do voto do(a) relator(a). Ausência do Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes.

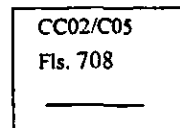
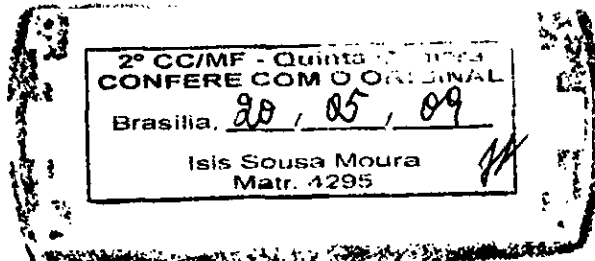

JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES

Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Edgar Silva Vidal (Suplente)



Relatório

Trata o presente de auto-de-infração, lavrado em desfavor do sujeito passivo acima identificado, em virtude do descumprimento do artigo 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91 e artigo 225, inciso IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com multa punitiva aplicada conforme dispõe o artigo 32, § 5º da Lei nº 8.212/91 e artigo 284, inciso II, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, por não ter informado nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP's das competências de 03/1999 a 06/2001, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária, em especial as remunerações creditadas aos ocupantes de cargos em comissão.

O autuado não apresentou defesa e Decisão-Notificação de fls. 37/39, julgou a autuação procedente.

Inconformado o contribuinte apresentou recurso tempestivo arguindo em síntese:

- a) a nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa, eis que o fundamento legal indicado como base da autuação artigo 32, IV, da Lei nº 8.212/91 é inexistente
- b) que foi autuado sem ter oportunidade de apresentar os documentos solicitados, pois que o TIAD e TIAF não lhe foram dirigidos, nem apresentados;
- c) que no corpo do Ai constam as competências de 03/99 e 06/01, enquanto no Anexo do Relatório Fiscal da Multa Aplicada constam 03/99 a 06/01, o que gera dúvida no contribuinte;
- d) que apresentou defesa no prazo legal, mas foi tida como intempestiva, que apenas se enganou quanto ao número do auto de infração, sendo que a peça foi parar em outro processo;
- e) que à época do lançamento não tinha competência legal para apresentar os comprovantes de declaração de recolhimento;
- f) que a multa tem efeito confiscatório.

Requer que o auto de infração seja declarado improcedente, ou alternativamente, que a multa aplicada seja relevada; ou que o valor da multa seja arbitrado pelo CRPS, com proporcionalidade e razoabilidade. Por fim, que seja cancelada a matrícula CEI instituída de ofício, regularizando a situação do recorrente junto ao INSS.

Proferido Despacho Interlocutório, fls. 142/143, para esclarecer que o período da autuação vai de 03/1999 a 06/2001.

Reaberto o prazo recursal, o contribuinte novamente aduziu suas razões dizendo não ter sido intimado antes da lavratura do AI e que o mesmo não traz a relação dos servidores favorecidos com a contribuição previdenciária. Diz ainda que sanou as faltas, conforme demonstram os documentos que anexa ao processo e que não mais ocupa o cargo de Diretor Geral da Secretaria do Trabalho e Ação Social – SETRAS desde 11/04/2002.

Solicitada diligência fiscal para exame dos documentos acostados, fls.255/258.

Às fls.274 o fisco se manifesta pela correção parcial da falta.

A autuada junta novos documentos às fls. 278/587.

Reforma de Decisão-Notificação, às fls. 588/594, pugna pela procedência da autuação com relevação parcial da multa aplicada.

Ainda inconformado, o autuado afirma que as competências de 03/1999 a 06/1999 também foram corrigidas antes de proferida a decisão de primeira instância, razão pela qual tem direito à relevação da multa. Junta documentos de fls.600/693.

Foram oferecidas as contra-razões, mantendo a decisão recorrida, pois as GFIPS juntadas foram elaboradas com o código 115. Tratando-se de GFIP com Declaração à Previdência e Recolhimento ao FGTS, estas somente serão processadas com o recolhimento do FGTS devido, o que não restou comprovado nos autos.

É o relatório.

Voto

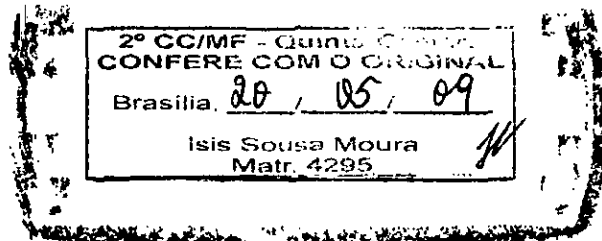
Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo conhecimento do recurso e passo ao seu exame.

Após a análise dos autos, verifiquei que não consta do processo Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, Termo de Início da Ação Fiscal - TIAF e Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD em nome do autuado, Sr. Antonio Barreto de Oliveira.

Ainda que o Decreto n.º 3969, de 15 de outubro de 2001, que disciplina a execução de procedimentos fiscais, declarando primordial a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal, não estivesse em vigor quando do início da ação fiscal em 08/06/2001, já se encontrava com sua vigência plena quando da autuação em 20/12/2001.

De toda forma, antes da entrada em vigor da citada legislação, o Termo de Início de Ação Fiscal era o documento hábil a preceder a ação fiscal e validar os procedimentos dela decorrentes. Ocorre que os documentos constantes das fls. 07 e 08, do processo, TIAF e TIAD estão endereçados ao Estado da Bahia/Governo/Secretaria do Trabalho e Ação Social, não servindo para sustentar a autuação em comento.



A falta de cientificação do contribuinte de que está sob ação fiscal, antes do início de qualquer procedimento fiscalizatório se constitui em vício insanável, frente ao cerceamento de defesa. Quando da autuação o recorrente ainda não tinha sido comunicado oficialmente que estava sob ação fiscal.

Ademais, como já disse, também não consta dos autos o TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos em nome do autuado. A falta de solicitação dos documentos para o sujeito passivo torna nulo o auto de infração, porque houve claro cerceamento de defesa. Se o sujeito passivo nem foi intimado a apresentar os documentos, não pode ser autuado pela não entrega ou entrega deficitária dos mesmos.

Quanto ao contraditório e à ampla defesa, preleciona Hugo de Brito Machado in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 304:

Os conceitos de contraditório, e de ampla defesa, são interligados, até porque o contraditório é, de certa forma, um meio, ou um instrumento inerente à ampla defesa.

Por contraditório entende-se a garantia de que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são parte no conflito. No processo administrativo fiscal a garantia do contraditório quer dizer que o contribuinte tem direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes do fisco, antes da decisão. E também que os agentes do fisco devem ser ouvidos sobre a defesa oferecida pelo contribuinte.

.....
A ampla defesa quer dizer que o contribuinte não pode ter contra ele constituído um crédito tributário sem que lhe seja assegurada oportunidade para demonstrar que o mesmo é indevido.

No caso presente o contribuinte foi autuado sem ter ciência de que estava sob ação fiscal e sem a intimação pessoal para a apresentação dos documentos a que estava obrigado.

Ainda, é de se notar que não há provas nos autos de que a notificada tenha sido cientificada do resultado da diligência solicitada, fls. 274, sendo que a Reforma da Decisão-Notificação pugnou pela procedência da autuação com relevação parcial da multa sem a possibilidade do contraditório em relação à diligência fiscal.

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 nº 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff; data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

1

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.

De fato, este entendimento também foi plasmado 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.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deveria 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.

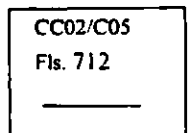
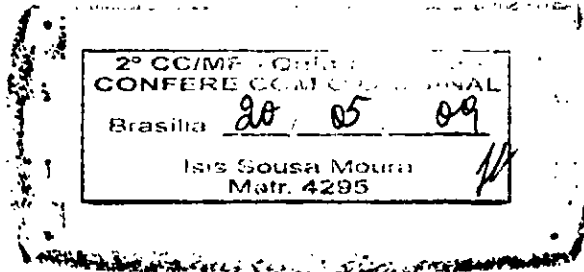
O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

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;

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

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)

Todavia, embora a Decisão-Notificação seja nula por ter sido proferida ante a figura do cerceamento 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;

tenho que o auto de infração deve ser anulado por falta de intimação válida para que o contribuinte apresentasse as GFIP's com todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias.

Por todo o exposto, voto por ANULAR O PROCESSO.

Sala das Sessões, em 03 de fevereiro de 2009 .


LIEGE LACROIX THOMASI