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

Processo nº	35319.000625/2006-76
Recurso nº	149.878 Voluntário
Acórdão nº	**2402-01.011 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	6 de julho de 2010
Matéria	AUTO-DE-INFRAÇÃO / DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA / FALTAM FATOS GERADORES EM GFIP / CÓDIGO 68
Recorrente	FRIBURGUENSE ATLÉTICO CLUBE
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/08/1999 a 30/06/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO À GARANTIA DA AMPLA DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA RELEVANTE PARA JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

A ciência ao sujeito passivo 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 70.235/1972 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 da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do relator.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente

RONALDO DE LIMA MACEDO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista no art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei nº 8.212/1991, acrescentados pela Lei nº 9.528/1997, c/c o art. 225, inciso IV e § 4º, do Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fl. 02), a empresa deixou de declarar em GFIP's os fatos geradores decorrentes dos pagamentos efetuados aos segurados empregados e contribuintes individuais, apurados por meio da comparação entre os valores totais declarados em GFIP's e os valores constantes nas folhas de pagamento, no período de 08/1999 a 06/2004.

O cálculo da multa está demonstrado no Anexo I, folhas 05. Este, além do cálculo da multa aplicada, apresenta os valores das contribuições não declaradas em GFIP's. Nas fls. 06 a 12 constam os valores da base de cálculo dos fatos geradores não declarados em GFIP, por competência e por levantamento.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 29/10/2004 (fl.01).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fl. 21), acompanhada de documentos acostados de fls. 22 a 125, alegando, em síntese, que: regularizou todas as faltas apontadas pela fiscalização e, com isso, solicita correção do valor da multa aplicada.

Em decorrência dessa impugnação de fl. 21, a Seção de Análise de Defesas e Recursos de Nova Friburgo-RJ solicita esclarecimentos à Fiscalização (fl. 127), já que a autuada alega que informou em GFIP's os fatos geradores correspondentes aos pagamentos realizados aos seus segurados empregados e contribuintes individuais. Com isso, solicita que a auditoria fiscal pronuncie-se a respeito dos documentos apresentados na defesa de fls. 21 a 125.

Em atenção à solicitação, a auditoria fiscal produziu o Despacho de fl. 129, informando que; "2 - Pelo presente informo que os documentos anexados à defesa corrigem a quase totalidade das falhas apuradas na auditoria fiscal a que foi submetido o contribuinte; 3 - A única exceção verificada refere-se à competência 09/2002, uma vez que o segurado informado na GFIP complementar não é o mesmo constante do relatório de fatos geradores (vide fls 09)". Além disso, foram acostados ao presente processo documentos relacionados aos arquivos SEFIP, fls. 130 a 308.

A DRP em Duque de Caxias-RJ – por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 17.422.4/0295/2005 – considerou o lançamento fiscal procedente com atenuação da multa aplicada, exceto a competência 09/2002 (fls. 310 a 313). A relevação da multa não foi aplicada, uma vez que a empresa não é primária.

A Notificada apresentou recurso (fls. 322 e 323), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto-de-infração e requerendo que a multa aplicada seja reduzida para R$ 14,00.

A Unidade de Atendimento da SRP em Nova Friburgo-RJ informa que o recurso interposto é tempestivo, fl. 326.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Duque de Caxias-RJ apresenta contrarrazões ao recurso e informa que o presente auto de infração foi lavrado na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que a empresa não apresentou nenhum elemento ou argumento que altere o procedimento fiscal, fls. 328 a 331. Com isso, encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Sendo tempestivo (fl. 321), CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR:

Quanto às preliminares, há questão que merece ser analisada.

Da análise inicial dos autos, verifica-se questão prejudicial ao julgamento do recurso encaminhado, face à ocorrência de cerceamento da garantia da ampla defesa, vício esse que deve ser saneado.

A Delegacia da Receita Previdenciária, após a apresentação da defesa de fl. 21 – acompanhada de seus anexos de fls. 22 a 125 –, solicitou manifestação da auditoria fiscal (fl. 127) e como resultado dessa manifestação a fiscalização prestou relevantes informações de fl. 129, inclusive concluiu que: "*2 - Pelo presente informo que os documentos anexados à defesa corrigem a quase totalidade das falhas apuradas na auditoria fiscal a que foi submetido o contribuinte; 3 - A única exceção verificada refere-se à competência 09/2002, uma vez que o segurado informado na GFIP complementar não é o mesmo constante do relatório de fatos geradores (vide fls 09)*". Além disso, houve a inserção ao presente processo de vários documentos relacionados aos arquivos SEFIP, fls. 130 a 308.

Sem que o sujeito passivo tivesse sido intimado do resultado dessa manifestação da auditoria fiscal, houve o julgamento de primeira instância, conforme Decisão-Notificação (DN) nº 17.422.4/0295/2005 (fls. 310 a 313), que considerou o lançamento procedente com atenuação da multa aplicada, exceto a competência 09/2002. A relevação da multa não foi aplicada, uma vez que a empresa não é primária.

Não há elementos probatórios de que à Recorrente foi cientificada do resultado do pronunciamento da auditoria fiscal, que sanou dúvidas e questões presentes na sua defesa, sendo, portanto, emitida decisão sem a possibilidade do contraditório em relação ao resultado do pronunciamento da fiscalização de fl. 129 e dos acostados nas fls. 130 a 308.

Entendo que o resultado do pronunciamento da fiscalização (fl. 129) deveria ter sido informado à Recorrente antes da decisão de primeira instância para que esta pudesse se manifestar a respeito das informações prestadas pela auditoria fiscal, já que essa Decisão-Notificação (DN) nº 17.422.4/0295/2005 (fls. 310 a 313) buscou como base as informações fiscais decorrentes do pronunciamento retromencionado.

Ressalte-se a relevância das informações prestadas no pronunciamento da fiscalização, pois esclareceram dúvidas, questionamentos do julgador, inclusive houve atenuação da multa aplicada por meio do lançamento fiscal ora analisado, conforme a conclusão da Decisão-Notificação (DN) nº 17.422.4/0295/2005 de fls. 310 a 313.

In casu, verifica-se a ocorrência de cerceamento da garantia da ampla defesa, ante a ausência do contraditório no que tange à argumentação apresentada pela auditoria fiscal para contrapor as alegações de defesa. Isso impossibilitou o conhecimento do sujeito passivo de todas as informações constantes nos autos prestadas pela auditoria fiscal.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pela auditoria fiscal ocasionou o cerceamento da garantia da ampla defesa e, por consectário lógico, supressão de instância. A Recorrente possui o direito de apresentar suas contrarrazões aos fatos apontados pela auditoria fiscal ou aos documentos juntados no decorrer do processo, tais como o Despacho da auditoria fiscal de 129 e também dos documentos acostados nas fls. 130 a 308. Da forma como foi realizado, o direito do sujeito passivo ao contraditório não foi conferido.

Há vários precedentes desta Corte Administrativa neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 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 garantia da ampla defesa, assegurada constitucionalmente ao sujeito passivo, deve ser observada no processo administrativo fiscal. Nesse sentido, vejamos o dispositivo da Constituição Federal de 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;*

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 de 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.

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que ocorreu preterição ao direito de defesa da Recorrente, decido pela nulidade da decisão de primeira instância.

Em respeito ao § 2º do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, dar ciência de todas as diligências e de seus respectivos resultados (pronunciamentos da fiscalização), 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.

Diante de todo o exposto e de tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **ANULAR** a Decisão-Notificação (DN) nº 17.422.4/0295/2005 (fls. 310 a 313), para que o sujeito passivo seja informado do resultado dos pronunciamentos fiscais (fl. 129) e dos documentos inseridos ao presente processo nas fls. 130 a 308, bem como seja oferecido ao mesmo prazo de 30 (trinta) dias para manifestação.

Sala das Sessões, em 6 de julho de 2010

RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 35319.000625/2006-76
Recurso nº : 149.878

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-01.011

Brasília, 16 de agosto de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

[ ] Apenas com Ciência

[ ] Com Recurso Especial

[ ] Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ------/-----/-------

Procurador (a) da Fazenda Nacional