



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

Processo n° 35564.006671/2006-87
Recurso n° 246.914 Voluntário
Acórdão n° **2302-00.965 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente TURISMO SACI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/04/2002

ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

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.

Anulada Decisão de 1ª Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, em anular a decisão de primeira instância. Vencidos os Conselheiros Marco André Ramos Vieira e Arlindo da Costa e Silva. Apresentou declaração de voto o Conselheiro Marco André Ramos Vieira.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 06/09/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo Da Costa E Silva, Thiago D Avila Melo Fernandes, Manoel Coelho Arruda Junior e Adriana Sato. Ausência momentânea de Thiago D Ávila Melo Fernandes.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada em 29/08/2002, cuja ciência do Recorrente ocorreu em 02/09/2002.

De acordo com o Relatório Fiscal, a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD refere-se as contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e as destinadas aos terceiros (Salário Educação, INCRA, SEST/SENAT e SEBRAE). Constituem fatos geradores das contribuições lançadas, as remunerações pagas aos segurados empregados a título de: salário, adicional noturno, descanso semanal remunerado, horas extras 100%, horas extras 50%, insalubridade, férias, adicional 1/3 s/ férias, saldo de salário, 13º salário proporcional, descontadas as faltas, deduzido o salário família, conforme folhas de pagamento devidamente rubricadas por esta fiscalização.

Foram deduzidos do débito, os valores destacados em Notas Fiscais de Serviços, referente a retenção de 11% incidente sobre a base de cálculo de 30% do valor bruto da NFS, prevista na Lei nº 9.711/98, conforme devidamente discriminados nos Anexos de I a IV, esclarecendo-se que parte desses valores foram utilizados na presente NFLD e parte na NFLD 35.454.497-7 (segurados).

O Recorrente apresentou defesa tempestiva que motivou uma diligência fiscal, cuja informação sobre mencionada diligência encontra-se às fls.184.

Após a informação fiscal mencionada a DN julgou o lançamento procedente, e, inconformado, o Recorrente apresentou recurso voluntário, alegando em síntese:

- impetrou mandado de segurança para se eximir do depósito recursal;
- não houve dedução correta da retenção de 11% incidente sobre notas fiscais de prestação de serviços, citando como exemplo a competência de 08/1999, alegando que a retenção foi de R\$ 9,60 e R\$ 211,20, relativa as Notas Fiscais 1966 e 1983, tendo sido deduzido o valor de R\$ 8,65, havendo erro na constituição de crédito;
- a contribuição previdenciária tem natureza tributária, sendo aplicável à matéria o Código tributário Nacional. Sustenta que o simples inadimplemento no pagamento de tributos não pode ser considerado como fraude à lei. Por conseguinte, nos termos do artigo 135 do Diploma Tributário, os diretores devem ser excluídos do pólo passivo da relação tributária.
- o SAT é um tributo que não está previsto no artigo 195, n I, da Constituição Federal, devendo ser instituído por lei complementar. Ademais, sua base de cálculo e sua alíquota deveriam ser fixadas pelo Poder Legislativo e não por ato do Poder Executivo;
- o SAT é maculado pelo vício da inconstitucionalidade, o mesmo destino merece seu acessório, o Adicional ao SAT;

- as contribuições destinadas ao FUNRURAL e ao INCRA não foram recepcionadas pela Constituição Federal vigente;

- todas as contribuições não previstas no artigo 195, I, da Constituição Federal devem ser instituídas por lei complementar.

- o salário-educação é inconstitucional;

- inconstitucionalidade do SENAR, SEST e SENAT;

- empresas de transporte são prestadoras de serviços portanto não são sujeitas ao SESI, ao SENAI e ao SEBRAE;

- multa confiscatória;

- selic é inconstitucional;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriana Sato

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo a análise das questões.

O recorrente argúi a inexigência do depósito recursal para garantia de instância, contudo tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria n.º 256/2009 do Ministério da Fazenda, 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. Não se aplicando aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo, que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF já se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 389383, transitado em julgado, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 126 da Lei n.º 8.212.

Analisando os autos verifiquei que o Recorrente não foi cientificado da informação fiscal juntada às fls.184 e a Decisão-Notificação pugnou pela procedência do lançamento, 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 contra-razões 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.

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 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 da diligência fiscal de fls. 184, abrindo-lhes prazo de quinze dias para manifestação.

Adriana Sato - Relator

Declaração de Voto

Peço vênia para discordar do entendimento proferido pela Conselheira Relatora. Na questão preliminar entendo que não há vício na falta de intimação das informações juntadas às fl. 184, pois no presente caso não foram juntados documentos novos pela fiscalização. As informações tiveram natureza de simples réplica na forma prevista nos artigos 326 e 327 do CPC. De acordo com o CPC, haverá réplica quando na impugnação o autuado tiver alegado alguma questão preliminar, ou tiver aduzido fato constitutivo, impeditivo ou extintivo do direito do Fisco. No caso, a fiscalização apenas foi instada a se manifestar acerca da documentação apresentada em fase de impugnação pela notificada.

Marco André Ramos Vieira

Presidente da Turma