



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

Processo nº 35569.003578/2006-71
Recurso nº 160.439 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.308 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2010
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente MACUCO INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/06/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DILIGÊNCIA REQUERIDA ANTES DE PROFERIDO O ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. Em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como das disposições legais aplicáveis ao processo administrativo fiscal, deve o contribuinte ser intimado do resultado de diligência requerida pela fiscalização antes de proferido o acórdão de primeira instância, sob pena de nulidade. Precedentes.

DECISÃO RECORRIDADA NULA.

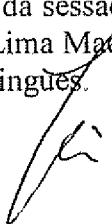
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do relator.

MÁRCELO OLIVEIRA - Presidente

LOURENÇO FERREIRA DO PRADO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Nereu Miguel Ribeiro Domingues.



Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado em desfavor de MACUCO INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA, quando se constatou, após ter sido analisada a escrituração contábil, que os livros apresentados não atendem as formalidades legais exigidas, havendo omissão de lançamentos na contabilidade, além de existirem lançamentos incorretos e intempestivos, sem a respectiva apropriação das despesas em época própria, infringindo, assim, o disposto no art. 33, §2º e 3º c/c arts. 232 e 233.

O lançamento da multa compreende o período de 09/2003 a 06/2006, tendo sido contribuinte cientificado da autuação em 31.08.2006 (fls. 01).

Tendo em vista as alegações da empresa em sua Impugnação (fls. 19 a 27), o presente processo foi enviado em diligência à fiscalização, a qual concluiu pela manutenção da multa, termos da Informação Fiscal (fls. 108 a 112).

Logo após foi proferida Decisão Notificação de fls. 117 a 122, considerou proceder Auto de Infração.

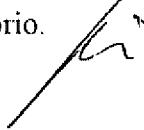
Fora, então, interposto o recurso voluntário (fls. 126 a 135), por meio do qual sustentou contribuinte:

1. que os lançamentos devem ser considerados durante o período da obra – 2003 a 2006 – e não no período do ano calendário;
2. que se trata de custo de obra em andamento, compreendendo a soma dos gastos incorridos com bens e serviços aplicados na obra durante o período de construção, logo não há razão para afastar a contabilidade da empresa;
3. que as notas fiscais de materiais nº013636 e nº013749, referente aos elevadores Atlas Schindler, foram escrituradas tempestivamente, não havendo desobediência ao princípio contábil da competência;
4. com relação a nota fiscal nº3493 da empresa MEGA PINTURAS, os lançamentos foram registrados no 2º trimestre de 2006, escriturados regularmente seguindo o critério de lançamento dos gastos diretos de mão de obra aplicados no custo, conforme documentação juntada na impugnação;
5. no tocante a empresa BELUZ, foram apresentados elementos e documentos que esclareceram e comprovaram a regularidade dos contratos celebrados. Quanto à nota fiscal nº 3112 de 23.03.2006, foi paga em 2 parcelas atendendo a todas as formalidades legalmente previstas.
6. a nota fiscal nº0910 de 28.03.2006, da empresa IMPERMEC, foi lançada tempestivamente e na competência de 06/2006. Os livros fiscais da empresa recorrente representam o valor real da obra, logo não há que se falar em omissão do lançamento contábil;
7. o lançamento da nota fiscal nº150 de 27.09.2004, foi lançada em 01/2005 e não em 03/2005, devido ao fato da empreiteira ter emitido a nota fiscal sem haver concluído os serviços. Todavia, a retenção de 11% foi devidamente recolhida, na data correta e, lançada no livro razão em 01.10.2004;

8. a respeito da nota fiscal nº771 de 22.03.2006, bem como a fatura 040 de 19.12.2004, cabe esclarecer que em ambos os casos houve somente erro de digitação;
9. quanto as Anotações de Responsabilidade Técnica, foram devidamente recolhidos e lançados no livro da empresa, no valor de R\$21,00 (vinte e um reais) cada;
10. a empresa segue todos os Princípios Fundamentais da Contabilidade e, não há nada que autorize a desclassificação deste, tão pouco a punição do presente AI;
11. a empresa já tomou providências saneando em sua contabilidade as desconformidades existentes e;
12. requer a suspensão da exigibilidade do presente crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN.

Processado o recurso sem contrarrazões da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, subiram os autos a este Eg. Conselho.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

Tempestivo o recurso e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PRELIMINARMENTE

Ao analisar detidamente os autos do presente processo, tenho que existe questão prejudicial e de ordem pública que mereça ser analisada de forma a resguardar os princípios norteadores do processo administrativo fiscal, bem como a garantia do contribuinte à ampla defesa e ao contraditório, visando uma clara e escorreita prestação da jurisdição administrativa.

Conforme já relatado, fora determinada a realização de diligência fiscal às fls. 107, de cujo resultado o recorrente não veio a ser devidamente intimado, antes de proferido o v. acórdão de primeira instância. Tal fato se subsume em erro insanável, de modo que não pôde a contribuinte exercer de forma plena o seu direito de defesa.

Dessa forma, não há como prosperar àquilo que decidido pela DRJ quando em clara afronta a direito constitucional das recorrentes.

Neste mesmo sentido, adoto como razões de decidir, respeitado voto do Em. Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que ao relatar caso semelhante, na assentada de 09 de abril de 2008, assim ponderou nos autos do recurso voluntário n. 144.261, provido à unanimidade, confira-se:

"Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e dispensada do recolhimento do depósito recursal, por tratar-se de Órgão Público, conheço do recurso e passo à análise das alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo procedimento fiscal, especialmente no seu recurso voluntário, há nos autos vício processual sanável, ocorrido no decorrer do processo administrativo fiscal, o qual precisa ser saneado, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, com o fito de se restabelecer a garantia do devido processo legal.

Com efeito, ainda que a contribuinte não suscitado em suas razões recursais, do exame dos elementos que instruem o processo conclui-se que a fiscalização, e bem a assim a autoridade julgadora de primeira instância, cercearam o direito de defesa da recorrente, senão vejamos.

Consoante se positiva da análise dos autos, após a apresentação da defesa da contribuinte, o julgador recorrido achou por bem converter o processo em diligência para que o fiscal autuante

examinasse as razões e documentos colacionados aos autos naquela oportunidade, promovendo a exclusão dos valores que entendesse indevidamente lançados, consequentemente, retificando o crédito previdenciário originalmente constituído, conforme documento (Diligência Fiscal), às fls 122.

Em atendimento à diligência requerida pela autoridade julgadora, o ilustre AFPS autuante elaborou Informação Fiscal, às fls 123, propondo a retificação do crédito previdenciário constituído, em virtude de erros quanto a aplicação de alíquotas na apuração de parte das contribuições ora exigidas.

Ocorre que, ao arrepio do princípio do devido processo legal, mais precisamente da ampla defesa, a contribuinte não foi intimada para manifestar-se a respeito do resultado da diligência, ferindo-lhe, assim, seu sagrado direito a ampla defesa, inscrito no artigo 5º, inciso LV, da CF, in verbis:

"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;"

A corroborar este entendimento a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 26 e 28, assim preceitua:

"Art. 26 O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências.

Art. 28 Devem ser objeto de intimações os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direito e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse."

Na mesma linha de raciocínio, para não deixar dúvidas quanto a nulidade da decisão de primeira instância, o artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelece o seguinte:

Art. 59 São nulos:

[...]

II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa;" (grifamos).

Por sua vez, a doutrina pátria não discrepa deste entendimento, senão vejamos.

"Especificamente, no processo administrativo fiscal, há previsão para a observância do contraditório e da ampla defesa, já que a Lei nº 9.784/99, e seu artigo 2º, inciso X, prescreve "[...]. Também o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina, em seu artigo 18, § 7º, a abertura de vista à parte

contrária no caso de apresentação de esclarecimentos ou documentos pela outra parte.

[...] Assim, se, na fase de instrução, são trazidos, aos autos, dados ou documentos colhidos externamente, sem conhecimento do contribuinte, a este deve ser concedido o prazo do citado art. 44 para manifestação

De igual forma, se o julgamento é convertido em diligência ou perícia, seja a requerimento da parte, seja por determinação de ofício da autoridade julgadora, com vistas a contemplar a instrução do processo, é cogente a oitiva das partes (interessado e Procurador da Fazenda Nacional) após encerrada a instrução." (NEDER, Marcos Vinícius / LÓPEZ, Maria Teresa Martinez – Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado – São Paulo: Dialética, 2002 – pág. 41).

Igualmente, a jurisprudência administrativa é mansa e pacífica nesse sentido, conforme faz certo o julgado dos Conselhos de Contribuintes, com sua ementa abaixo transcrita:

"Normas Processuais – Ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa – Nulidade. Manifestando-se o autuante após a impugnação, deve ser dada ciência dessa manifestação ao contribuinte, com abertura de prazo para sobre ela se manifestar, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] Processo que se anula a partir da manifestação fiscal posterior à impugnação, exclusivo." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 101-93.294 – D.O.U. de 12/03/2001).

Na hipótese vertente, com mais razão a exigência da intimação da contribuinte para manifestação acerca do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora se faz presente a medida em que, posteriormente à apresentação da impugnação, submetido o processo ao exame do fiscal autuante, este, admitindo incorreções no lançamento, propôs retificação do crédito originalmente lançado.

Imperioso ressaltar que o lançamento original sofreu modificações em face das razões e documentos ofertados pela contribuinte, impondo a este o conhecimento da parte remanescente do crédito, tendo em vista o sagrado direito a ampla defesa, o qual garante a recorrente manifestar-se a respeito de todos os atos processuais levados a efeito no decorrer do processo administrativo que possa atingir-lhe em seu patrimônio, ou mesmo interferir na apreciação da regularidade do feito.

Observe-se, que ao negar a contribuinte o direito de se manifestar a respeito do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora recorrida, estariam, de certa forma, criando e/ou admitindo as contra-razões da impugnação, figura processual que só é contemplada pela legislação previdenciária quando da interposição do recurso voluntário. Ou seja, a notificada oferece sua impugnação e o julgador de primeira

instância submete ao fiscal autuante as razões ali consignadas para que ele as examine, acolhendo-as ou não. Em outras palavras, efetivamente, não deixa de ser contra-razões de impugnação.

Assim, tratando-se, como de fato se trata, de diligência, deve a contribuinte tomar conhecimento de seu resultado para se manifestar a respeito, se assim achar por bem, sobretudo quando inexiste na legislação de regência a figura do processual das "contra-razões de impugnação", não podendo o julgador inovar o que a legislação não contempla, ou mesmo ampliá-la de maneira a acobertar novos atos processuais.

Nessa esteira de entendimento, deixando o julgador recorrido de intimarcientificar a contribuinte do resultado da diligência requerida, para devida manifestação, após a apresentação de sua impugnação e antes de proferida a decisão, incorreu em cerceamento do direito de defesa da notificada, em total afronta ao princípio do devido processo legal, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, bem como de todos os atos subsequentes, devendo o presente processo ser remetido a origem para intimar a recorrente das razões da fiscalização consubstanciadas na Informação Fiscal, às fls. 123, para que seja proferida nova decisão pela autoridade julgadora de primeira instância na boa e devida forma.

Por todo o exposto, estando a Decisão de primeira instância em dissonância com os dispositivos constitucionais/legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO E ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008

RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA"

Ante todo o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO** para anular a decisão de primeira instância, procedendo-se à remessa dos autos à origem para que o recorrente seja intimado, para querendo, se manifestar sobre o resultado da diligência constante às fls. 108/112, quando então, após, deverá ser proferido acórdão em substituição ao de fls. 117/122 reabrindo-se, posteriormente, o prazo para recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de outubro de 2010


LOURENÇO FERREIRA DO PRADO - Relator



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

Processo nº: 35569.003578/2006-71

Recurso nº: 160.439

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 2402-01.308

Brasília, 29 de novembro de 2010

MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria 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