

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28, 02, 08
Isis Stuzza Moura
Mat. S/ape 94486

CC02/C05
Fls. 82



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 36048.004288/2006-96
Recurso nº 144.385 Voluntário
Matéria Auto-de-Infração
Acórdão nº 205-00.098
Sessão de 21 de novembro de 2007
Recorrente Distribuidora Patriota Ltda
Recorrida DRP Fortaleza/CE

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15/05/08
Rubrica
Republicado nº 000 de 09/01/2009.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Data do fato gerador: 16/02/2006

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

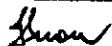
1. A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa, por cerceamento do direito de defesa.

2. 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 de primeira instância anulada

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 36048.004288/2006-96
Acórdão n.º 205-00.098

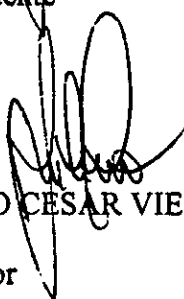
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28 / 09 / 08
 Isia Souza Moura Mat. Slape 94488

CC02/C05
Fls. 83

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos declarou-se a nulidade da decisão de primeira instância. Vencido o Conselheiro Julio César Vieira Gomes, relator. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes.]


JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES

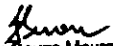
Presidente


JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	28 / 02 / 08
 Isis Souza Moura Mat. S/ape 94486	

CC02/C05
Fls. 84

Relatório

1. Trata-se de infração à Lei n.º 8.212/91, art. 33, parágrafo 2º, e ao art. 232, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, por ter deixado a recorrente de apresentar os livros Diário/Razão referente ao período de 01/2002 a 09/2005, solicitados através de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD.

2. O Auditor Fiscal da Previdência Social – AFPS atuante aplicou a multa com base na Lei n.º 8.212/91, arts. 92 e 102, e no Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, arts. 283, II, “j”, e 373, com as alterações do Decreto 4.862/03, com o valor atualizado pela Portaria n.º 822, de 11.05.2005, no valor de R\$ 11.017,50 (onze mil, dezessete reais e cinquenta centavos).

3. Não foram apontadas circunstâncias agravantes pelo Auditor Fiscal atuante no relatório Fiscal da Aplicação da Multa. Não foi indicada, também, existência de circunstâncias atenuantes durante a ação fiscal.

4. A recorrente apresentou impugnação dentro do prazo regulamentar, alegando que os Livros Diários foram roubados, conforme Boletim de Ocorrência, às fls.21, repisando a mesma alegação por ocasião da impugnação.

5. Em decorrência da defesa apresentada, foram os autos baixados em diligência ao auditor-fiscal atuante para que este se manifestasse sobre as alegações e documentos apresentados pela recorrente.

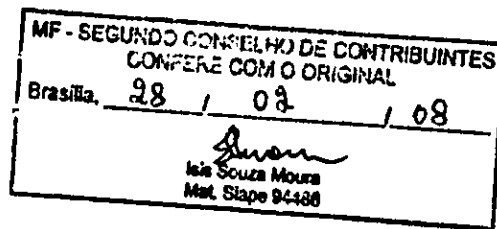
6. Após analisar os documentos acostados aos autos pela recorrente notificada, concluiu o Auditor Fiscal que durante a ação fiscal o contador Bebeto alegou que os Livros Diário/Razão se encontravam em poder da Fiscalização Estadual, em nenhum momento o referido contador citou a existência de BO – Boletim de Ocorrência.

7. Informou, ainda, o Auditor atuante que se dispôs a ir até a Fazenda Estadual para verificar a existência dos Livros, momento em que o contador disse que os Livros não seriam apresentados.

8. Através do Ofício n.º 05.401.4/005/2006, de 02/05/2006 à Secretaria de Estado de Fazenda, foram solicitadas informações sobre as alegações da recorrente. O órgão, mediante o Ofício Núcleo Setorial de Bebidas n.º 11/2206, de 01/06/2006, informou que a mencionada recorrente esteve sob a ação fiscal no período de 03/11/2005 a 13/01/2006, através de uma Diligência Fiscal Específica (motivo : Falta de Recolhimento), tendo sido solicitados os livros fiscais: de Entradas e Saídas, de Apuração do ICMS, de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências e de Inventário. E, também que os referidos livros estiveram em seu poder até o dia 13/01/2006, quando foram entregues ao recorrente, conforme comprova o Recibo de Devolução de Documentos Fiscais em anexo. Em sede recursal, repisou a mesma alegação.

É o Relatório.





Voto Vencido

Conselheiro JULIO CESAR VIEIRA GOMES, Relator

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização da autuação não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto. É prescindível a manifestação do recorrente sobre o resultado da diligência que confirme as conclusões da fiscalização e refute as alegações que a provocaram, artigo 28 da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 10.12.1997)

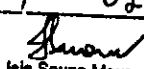
II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória n.º 232, de 2004)

Lei n.º 9.784, de 29/01/1999

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	28 / 09 / 08
	
Isela Souza Moura Mat. Slape 94486	

ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou todas as alegações do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados”. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos de regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

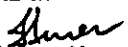
II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Superadas as questões preliminares para exame do cumprimento das exigências formais, passo à apreciação do mérito.

Ficou demonstrada a inveracidade da alegação da recorrente quanto ao roubo de seus livros contábeis. O Termo de Intimação para Apresentação de Documentos –TIAD foi emitido em 04/01/06, ao passo que o Boletim de Ocorrência foi lavrado no dia 13/01/06. Ressalta-se, ainda, que não houve qualquer esforço por parte da recorrente em sua reconstituição. Assim dispõe o artigo 10 do Decreto nº 486/69:

DECRETO-LEI Nº 486, DE 3 DE MARÇO DE 1969.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 28, 09, 08
 Isis Souza Moura Mat. SIAPE 84486

Art 10. Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros fichas documentos ou papéis de interesse da escrituração o comerciante fará publicar em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento aviso concernente ao fato e dêste dará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas ao órgão competente do Registro do Comércio.

Parágrafo único. A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto neste artigo.

Não procede também a alegação da recorrente de que os documentos estavam sob o poder da Fiscalização Estadual, uma vez que, nos termos do mencionado Ofício da SEFAZ, não constam os livros Diário/Razão.


Por todo o exposto,

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO para, no mérito, NEGAR PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 21 de dezembro 2007


JULIO CESAR VIEIRA GOMES



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	28 / 02 / 08
 Isis Souza Moura Mat. Stape 94428	

Voto Vencedor

Conselheiro, DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES.

1. Não obstante o entendimento sempre abalizado trazido em seus votos, peço **venia** ao nobre relator para discordar do seu posicionamento.

2. Compulsando os autos verifico que, antes de proferida a decisão recorrida, foram comandadas pelo fisco diligências, com a prestação de informações, e juntada nova documentação (fls. 29/58), sem que a empresa fosse regularmente cientificada.

3. Irregularidade que considero prejudicial à recorrente, uma vez que somente em sede de recurso teve a oportunidade de conhecer dos fatos, esclarecimentos e documentos juntados ao processo fiscal, para então exercer o seu direito ao contraditório.

4. E a atitude adotada pelo julgador de primeira instância, corroborando procedimento cerceador do direito de defesa da recorrente, tem sido combatida por decisões adotadas em processos semelhantes. Nesse sentido, peço licença para transcrever 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."

5. 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, assevera de forma solar que a ampla defesa deve ser observada no processo administrativo:

"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."

6. 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, restando, portanto, maculada a decisão recorrida que não saneou o processo para garantir à empresa o contraditório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 28 / 02 / 08
 Isis Souza Moura Mat. S/ape 94486

7. Sendo assim, entendo ser necessário anular a decisão recorrida para que os autos retornem à instância originária, a fim de que se dê ciência à empresa contribuinte do resultado da diligência e documentos juntados pelo fisco (fls. 29/58), concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação.

CONCLUSÃO

8. Ante o exposto, voto primeiramente pelo CONHECIMENTO do recurso para, depois, ANULAR a decisão de primeira instância.

Sala das Sessões, em 21 de novembro de 2007.



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

Conselheiro