



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 36202.002488/2006-84
Recurso nº 145.924 Voluntário
Matéria Salário Indireto. Participação nos lucros e resultados.
Acórdão nº 205-01.380
Sessão de 02 de dezembro de 2008
Recorrente ESPIRÍTO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S.A. - ESCELSA
Recorrida DRP VITÓRIA / ES

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1997 a 30/04/2005

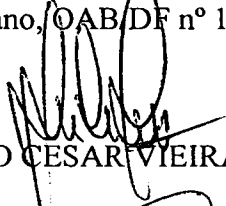
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

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 a Decisão de Primeira Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, anular a decisão de primeira instância nos termos do voto do Relator. Vencido os Conselheiros Marco André Ramos Vieira e Julio Cesar Vieira Gomes. Ausência justificada do Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior. Presença do Sr. Luiz Paulo Romano, OAB/DF nº 14303 que realizou sustentação oral.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente



MARCELO OLIVEIRA

Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Edgar Silva Vidal (suplente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra **Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), Vitória / ES, Decisão-Notificação (DN) 07.401.4/0161/2006, fls. 01044 a 01055, que julgou procedente o lançamento, efetuado pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.**

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 053 a 061, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à **Seguridade Social**, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, correspondentes à contribuição do segurado, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, o lançamento teve como fato gerador das contribuições apuradas os pagamentos efetuados aos segurados empregados a título de Participação nos Lucros e Resultados (PLR), devido a esses pagamentos, em síntese, estarem sendo pagos em desacordo com a legislação.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 05/08/2005 foi dada ciência à recorrente do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD), fls. 023 e 049.

Em 16/12/2005 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0357 a 0377, acompanhada de anexos.

Em 26/04/2006 a DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento, fls. 0580 a 0590.

Em 04/04/2006, a recorrente apresentou defesa complementar, fls. 0593 a 01036.

Em 02/05/2006, diante dos argumentos da defesa complementar e do volume de documentos apresentados, a DRP solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 01038.

Em 12/05/2006, a fiscalização respondeu aos questionamentos da DRP, pronunciando-se pela ratificação do lançamento, fls. 01040 a 01042.

Em 18/05/2006, sem dar ciência à recorrente dos trâmites do processo e do teor da diligência, a DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento, fls. 01044 a 01055.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 01059 a 01086, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

1. Há nulidade no lançamento, devido ao descumprimento de formalidades;
2. O prazo decadencial deve ser o determinado no Código Tributário Nacional (cinco anos);
3. Não há possibilidade de considerar o PLR integrante do Salário-de-Contribuição (SC), pois foram obedecidos todos os requisitos determinados pela Legislação;
4. A utilização da Taxa SELIC é ilegal;
5. Por todo o exposto, solicita o acolhimento de seus argumentos.

Posteriormente, a DRP emitiu contra-razões, fls. 01089, onde, em síntese, mantém a decisão proferida, enviando o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO OLIVEIRA, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Antes de analisarmos as alegações da recorrente, há questão que devemos verificar e decidir.

A DRP, após a emissão da primeira decisão, fls. 0580 a 0590, comandou diligência fiscal, fls. 01038, devido a argumentos complementares apresentados pela recorrente, fls. 0593 a 01036.

Como resultado dessa diligência, a fiscalização prestou relevantes informações, fls. 0423 a 0441. Ressalte-se a relevância das informações prestadas na diligência, pois as mesmas sanaram dúvidas do julgador e reforçaram a tese adotada na decisão.

Não há provas de que a recorrente foi cientificada do resultado da diligência, que sanou dúvidas e questões presentes na sua defesa, sendo, portanto, emitida decisão sem a possibilidade do contraditório em relação ao resultado da diligência.

Além do mais, após essa diligência, a DRP emitiu nova decisão, fls. 01044 a 01055.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pela fiscalização ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contra-razões aos fatos apontados pela fiscalização ou aos documentos juntados ainda na primeira instância administrativa. Da forma como foi realizado, o direito do contribuinte ao contraditório não foi conferido.

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*:

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.

Ressalte-se, também, que há determinação legal para que se verifique o direito dos cidadãos.

Lei 9.784/1999:

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:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

...

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

...

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

...

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;

...

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

Constituição Federal/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;

Portanto, é dever da Administração Pública garantir o direito dos cidadãos contribuintes, ainda mais àqueles que se configuram como direitos e deveres individuais e coletivos, previstos na CF/88, cláusula pétrea da Lei Magna.

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 consequência.

§ 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.

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

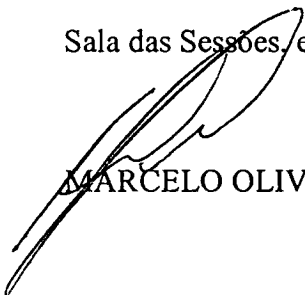
Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, da diligência realizada, reabrir seu prazo para defesa e tomar as devidas providências para a continuação do contencioso.

Assim, a decisão não se encontra revestida das formalidades legais, tendo sido lavrada em desacordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame das demais questões.

CONCLUSÃO - Em razão do exposto, voto pela anulação da decisão de primeira instância

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008.

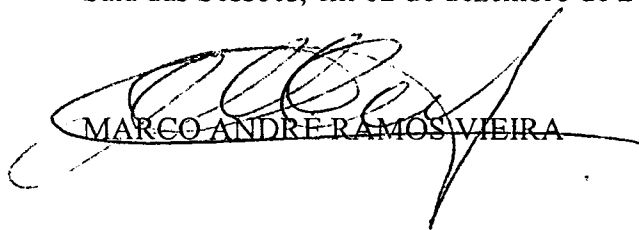

MARCELO OLIVEIRA

Declaração de Voto

Conselheiro, MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Peço vênia para discordar do entendimento proferido pelo Conselheiro Relator. Na questão preliminar entendo que não há vício na falta de intimação das informações juntadas, 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 das argumentações apresentadas em fase de impugnação pela notificada.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2008.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA