



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

Processo nº 36230.001774/2006-95
Recurso nº 256.217 Voluntário
Acórdão nº **2402-01.886 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria RETENÇÃO. PARCELA DESCONTADA SEGURADOS EMPREGADOS
Recorrente PINHENSE SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/04/1999, 01/01/2001 a 31/01/2001, 01/11/2001 a 28/02/2002, 01/06/2002 a 30/06/2002, 01/07/2002 a 31/07/2002, 01/09/2002 a 30/04/2006

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 do colegiado, por maioria de votos, em anular a decisão de primeira instância, vencido o Conselheiro Julio César Vieira Gomes.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Jhonatas Ribeiro da Silva.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, lavrado em face da sociedade empresária Pinhense Serviços Técnicos Ltda, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, relativas às contribuições previdenciárias descontadas pela empresa da remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram Serviços. não repassadas à Previdência Social em época própria, para as competências 04/1999, 01/2001, 11/2001 a 02/2002, 06/2002, 07/2002 e 09/2002 a 04/2006.

O Relatório Fiscal (fls. 58/60) informa que o fato gerador refere-se às contribuições devidas e não recolhidas nas épocas próprias à Seguridade Social, correspondentes à rubrica contribuição dos segurados empregados, constituídos por meio dos seguintes levantamentos: (i) “**SEC – Segurados Folha com GFIP**”; e (ii) “**SES – Segurados Folha sem GFIP**”.

Em razão da configuração, em tese, de crime de apropriação indébita, consta no Relatório Fiscal da NFLD que será o fato representado para as autoridades competentes, por intermédio da respectiva Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP).

Os documentos que serviram de base para a apuração dos valores foram as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), Guias da Previdência Social (GPS), Contrato Social, folhas de pagamentos, rescisões contratuais e Relação Anual de Informações Sociais (RAIS).

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 29/06/2006 (fl. 01)

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 84/87) – acompanhada de anexos de fls. 88/173 –, alegando, em síntese, que houve incorreções na apuração com valores pagos a maior, requerendo que seja declarado insubsistente o lançamento, conforme Planilha Demonstrativa da Contribuição Devida, cópias de folhas de pagamento e de Guia de Recolhimento à Previdência Social (GPS e GRPS).

Em face dos argumentos e documentos apresentados na defesa, o Serviço de Contencioso Administrativo Previdenciário decidiu baixar os autos em diligência (fl. 176), para que a fiscalização se pronunciasse sobre os argumentos da defendente e documentos anexados. Manifesta-se a fiscalização pela manutenção do lançamento (fl. 177) em despacho que atende aos quesitos formulados.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo II/SP – por meio do Acórdão nº 17-21.360 da 11ª Turma da DRJ/SPOII (fls. 179/182) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

A Notificada apresentou recurso (fls. 185/188), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária (DERAT) em São Paulo/SP informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) para processamento e julgamento (fls. 196 e 197).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Sendo tempestivo (fl. 197), 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.

Em 12/01/2006, a Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária de São Paulo – Centro (SECAP), após a apresentação da peça de impugnação de fls. 84/87 – acompanhada de anexos de fls. 88/173 –, solicitou manifestação da auditoria fiscal (fl. 176) e como resultado dessa manifestação a fiscalização prestou relevantes informações de fl. 177, nos seguintes termos:

“1. Em atendimento ao despacho de fls. 176, e em verificação a defesa apresentada pela empresa (fls. 84 a 87) tanto quanto os documentos juntados, informo:

1.1. Referente ao (item 4.1) fls. 176:

A diferença apontada na defesa parágrafo de fls. 86, refere-se a R\$ 165,00 (R\$ 2.338,65 – R\$ 2.173,65) relativo ao desconto de 11% sobre Pró-labore (R\$ 1.500,00 x 11%). A partir de 04/03, fica a empresa obrigada a descontar 11% do total da remuneração paga ou creditada ao contribuinte individual a seu serviço.

1.2. Referente ao (item 4.2) fls. 176:

Conforme demonstrativo da contribuição devida apresentada pela empresa (fls. 94 e 95), todas as GPS anexadas foram aproveitadas e apropriadas no levantamento, não havendo contribuições apuradas para as competências: 01/1999; 02/1999; 05/1999; 06/1999; 07/1999; 08/1999; 09/1999; 10/1999; 11/1999; 12/1999; 01/2000; 10/2000; 03/2001; 04/2001; 05/2001; 07/2001; 08/2001; 09/2001.

2. Desta forma ficam mantidos os valores apurados na NFLD. 37.010.412-9 de 29/06/2006.”

Sem que o sujeito passivo tivesse sido intimado do resultado dessa manifestação da auditoria fiscal, houve o julgamento de primeira instância, conforme Acórdão nº 17-21.360 da 11ª Turma da DRJ/SPOII (fls. 179/182), que considerou o lançamento fiscal

procedente em sua totalidade. Essa decisão registra ainda que: “(...) *A Informação Fiscal de fls. 177 contesta a argumentação da defesa, e destaca as diferenças relativas ao recolhimento de 11% sobre os valores pagos aos contribuintes individuais a partir de 04/2003, não considerados pela empresa*”, fl. 181.

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.

Entendo que o resultado do pronunciamento da fiscalização (fl. 177) 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, vazada no Acórdão nº 17-21.360 da 11ª Turma da DRJ/SPOII (fls. 179/182), 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 citação de que os valores apurados referem-se também às parcelas descontadas dos segurados contribuintes individuais (pró-labore).

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 arrolados 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, como a Informação Fiscal de fl. 177. 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), *in 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; (g.n.)

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 nº 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. (g.n.)

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.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **ANULAR** a decisão de primeira instância, para que o sujeito passivo seja informado do resultado do pronunciamento fiscal de fl. 177, bem como seja oferecido ao mesmo prazo para manifestação.

Ronaldo de Lima Macedo.