



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

Processo nº 36394.003770/2005-98
Recurso nº 251.208 Voluntário
Acórdão nº **2402-01.451 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 3 de dezembro de 2010
Matéria Remuneração de segurados. Aferição indireta.
Recorrente KELSON S INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2004

Ementa: FALTA DE ANÁLISE DE ARGUMENTOS. NULIDADE.

A ausência de verificação, análise e apreciação dos argumentos apresentados na primeira instância pelo sujeito passivo caracteriza supressão de instância, fato cerceador do amplo direito de defesa a e ao contraditório, motivo de nulidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

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.

MARCELO OLIVEIRA

Presidente - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), Rio de Janeiro / RJ, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 0108 a 0125, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga a segurados, correspondentes a contribuição dos segurados, 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 (SAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores da base de cálculo foram obtidos em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), deduzindo-se os valores recolhidos e parcelados.

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

Em 07/01/2005 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0647 a 0650, acompanhada de anexos, onde alega, em síntese, que:

1. Sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, mas em razão das dificuldades operacionais que se que abateram sobre as empresas industriais vem sofrendo enorme constrangimento de caixa;
2. Devido a falta de pessoal, nos departamentos de pessoal e contabilidade, ficou impossibilitada de apresentar a documentação solicitada;
3. Deve ser considerado que a empresa já parcelou e incluiu no REFIS os valores devidos à Previdência Social até a competência 01/2000, que apesar de, por si, só, revelar os valores corretos devidos para este período, deve estar constando erroneamente no SISTEMA DE DADOS DA PREVIDÊNCIA;
4. Portanto de forma inconsistente, conduzindo a resultado dispare da realidade dos valores levantados pelo Fisco, conforme demonstrado na defesa;
5. Desejando reafirmar sua disposição de apresentar os documentos exigidos pelo Fisco, alega que esta tomando iniciativas administrativas com o objetivo de apresentá-los, para a apuração da realidade;

6. Roga a concessão de um prazo maior para que isto seja realizado;
7. Quanto ao mérito, a empresa alega que os valores levantados pelo Fisco são absolutamente fora da realidade, podendo ser claramente identificados pelo demonstrativo no FORCED - Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos, feito e entregue ao INSS, por ocasião do ingresso da empresa no PROGRAMA DO REFIS;
8. Afirma que são expressivas as divergências entre o que informou através da GFIP e o que está registrado no SISTEMA DE BANCO DE DADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, comprometendo de forma inequívoca a veracidade do levantamento;
9. Por derradeiro, a empresa contesta a aplicação da taxa SELIC, que, segundo ela, é fixada e imposta unilateralmente pela administração, não podendo ser aplicada em matéria tributária;
10. Solicita acolhimento e provimento de seus argumentos.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento, fls. 01210 a 01214.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 01222 a 01229, acompanhado de anexos, onde alega, em síntese, que:

1. A intimação é nula, pois foi realizada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil órgão que deixou de existir, com a caducidade da Medida Provisória que a criou;
2. Parte dos créditos exigidos no presente lançamento foram parcelados no REFIS;
3. Os valores apurados não demonstram nexos com a realidade, como prova a documentação anexada (GFIP e folhas de pagamento);
4. Como exemplo cita a competência 05/1999;
5. Pelo exposto, a recorrente espera que seja dado provimento às suas razões expressas no recurso.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 01766.

A recorrente apresenta, já no Conselho, documentação que comprovaria seus argumentos.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR

Quanto às preliminares há questão que merece ser melhor analisada.

Conforme o RF, o lançamento foi efetuado por aferição - devido a recorrente não ter apresentado documentos solicitados pelo Fisco - com dados constantes dos Sistemas da Previdência Social, oriundos de informações prestadas em GFIP.

Em sua defesa, em um dos pontos, em síntese, a recorrente informa que os valores lançados estão incorretos e apresenta GFIP's para provar o que alega.

Na decisão, o julgador não analisa essa questão, devido, em síntese:

“A interessada trouxe aos autos, como forma de comprovação do alegado, diversas cópias de GFIP, com as respectivas Relações dos Trabalhadores Constantes do Arquivo SEFIP, documentos que por si só, não têm o condão de desconstituir o lançamento, posto que são necessários outros elementos, para lhes conferir confiabilidade, sendo de suma importância, o Livro Diário, não apresentado por ocasião da ação fiscal e nem na impugnação, impossibilitando a verificação da real movimentação contábil da empresa.”

Ora, o Fisco afirma que utilizou dados oriundos de GFIP para realizar a aferição, o sujeito passivo contesta, trazendo GFIP's e a decisão de primeira instância não analisa a questão, pois necessitaria de outros documentos, que não foram utilizados no lançamento.

Ressalte-se que a sistemática da aferição transfere o ônus para o sujeito passivo. Se transfere o ônus está claro que seus argumentos devem ser analisados, ainda mais quando as bases para o lançamento são as mesmas, para o Fisco e para a recorrente.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal-DRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os

órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

...

*§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, **cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.***

A inscrição foi feita de ofício e a recorrente trouxe prova em contrário, portanto caberia ao julgamento de primeira instância a verificação, análise e decisão sobre o argumento e os documentos.

Não procedendo dessa forma ocorreu supressão de instância do direito de defesa da recorrente, motivo de nulidade.

A recorrente possui o direito de verificação e análise de todos seus argumentos na primeira instância.

Da forma como foi realizado, o direito do contribuinte ao contraditório não foi conferido.

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, especialmente àqueles que se configuram como direitos e deveres individuais e coletivos, previstos na CF/88, clausula 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.

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 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, emitir nova decisão 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 de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação da decisão de primeira instância, nos termos do voto.

Marcelo Oliveira