



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

Processo nº 37322.000108/2006-73
Recurso nº 161.766 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.337 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CONSTRUTORA LR LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/1995 a 31/10/2005

FALTA DE CIÊNCIA AO SUJEITO PASSIVO DE PRONUNCIAMENTO FISCAL EMITIDO APÓS A IMPUGNAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE.

A omissão em dar ciência ao contribuinte de manifestações proferidas pelo agente notificante após a impugnação fere os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.

A viabilidade do saneamento do vício enseja a anulação da decisão *a quo* para o correto transcurso do processo administrativo fiscal.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE DEIXA DE APRECIAR SATISFATORIAMENTE ALEGAÇÕES DO SUJEITO PASSIVO. NULIDADE.

Deve ser decretada, por preterição ao direito de defesa, a nulidade da decisão que não enfrenta todos os pontos relevantes da impugnação.

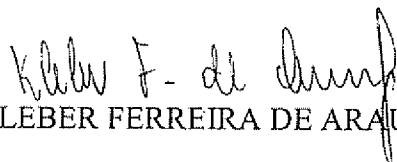
DECISÃO RECORRIDA NULA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 35.797.345-3, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho, na qual são apuradas contribuições sobre a Seguridade Social, correspondentes à parte dos empregados e a cota patronal, incluindo a contribuição destinada ao seguro de acidente de trabalho e aquela destinada a outras entidades e fundos.

O valor do crédito, consolidado em 20/12/2005, assumiu o montante de R\$ 5.776.173,95 (cinco milhões, quinhentos e setenta e seis mil, cento e setenta e três reais e noventa e cinco centavos).

O sujeito passivo interpôs recurso voluntário a esse Conselho, fls. 389/415, visando desconstituir a decisão de primeira instância, que declarou parcialmente procedente o lançamento.

Em suas razões recursais, alega, diversas questões preliminares de mérito, quais sejam:

a) a decisão atacada foi encaminhada ao antigo domicílio da recorrente, malgrado, a alteração da sede da empresa já houvesse sido noticiada a Administração Tributária;

b) a autoridade notificante participou do julgamento, posto que autos lhe foram encaminhados após a impugnação, para que pudesse apreciar as teses ali lançadas. Tal fase processual não consta da legislação aplicável, o que torna o lançamento nulo;

c) a empresa já houvera sido fiscalizada com análise da contabilidade até a competência 12/1997 e das guias de recolhimento até 10/2000, todavia a presente ação retroagiu o período já auditado para lavrar NFLD relativa às competências de 01/1995 a 10/2005;

d) embora na decisão *a quo* se reconheça a independência das duas ações fiscais, não houve pronunciamento sobre a ocorrência de refiscalização, o que torna aquele *decisum* nulo. Nesse sentido, junta jurisprudência administrativa sobre o tema;

e) a ordem para realização de auditoria em período já fiscalizado veio desacompanhada da necessária e indispensável fundamentação legal, fato que torna improcedente o lançamento no período;

f) a decisão original feriu os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, na medida em que não permitiu a produção de prova pericial, indispensável para a efetiva defesa da empresa contribuinte, razão pela qual a NFLD deve ser anulada;

g) o direito de efetuar o lançamento no período de 07/1995 a 12/1999 foi atingido pelo prazo decadencial, conforme preceitua o art. 173, I, do CTN.

h) as instâncias de julgamento administrativo devem se pronunciar sobre questões de inconstitucionalidade presentes no contencioso administrativo fiscal.

No mérito, a empresa, em apertada síntese, alega que:

a) na apuração do crédito por arbitramento com base nas notas fiscais não cabe a exclusão da remuneração de determinadas funções, merecendo aproveitamento todos os recolhimentos efetuados. Sobre essa questão, afirma, a DRJ se omitiu;

b) na apuração de contribuições pela tabela CUB somente caberia a exclusão da remuneração de determinadas funções se a legislação da época contivesse tal previsão, o que se observa é que não foi observada a aplicação das normas vigentes na data de ocorrência dos fatos geradores, o que, ao contrário do que se afirmou na decisão recorrida, prejudicou por demais a empresa;

c) na aplicação da multa moratória deve-se conceder redução de 50%, prevista no artigo 35, § 4º da Lei n. 8212/1991, posto que a apuração se deu por arbitramento, fato não previsto e naturalmente indesejado pela recorrente, o que torna a declaração em GFIP impossível;

d) o Aviso para Regularização de Obra – ARO das casas populares não foi elaborado no programa padrão da Previdência Social, o que representa uma irregularidade;

e) as disposições da Instrução Normativa – IN SRP n. 03 não poderiam ter sido aplicadas retroativamente a fatos geradores ocorridos no período de 01/1995 a 08/2000;

f) no período de 01/1995 a 08/2002, para os projetos de casas populares, foi utilizada a tabela CUB com valor muito acima daquela que deveria ter sido utilizada para esse tipo de construção;

g) não se justifica a aplicação de critérios de arbitramento previsto na OS/IAPAS/116/94, normativo esse que sequer teve publicação;

h) sobre as alegações dos itens “d”, “e”, “f” e “g” o órgão de primeira instância não os apreciou satisfatoriamente. Isso representa prejuízo ao direito de defesa do contribuinte;

j) também não houve pronunciamento sobre a alegação relativa ao não aproveitamento dos recolhimentos efetuados para a obra “Pertencia/Embu” nas competências 12/1997 a 02/1998;

h) a NFLD n.º 35.797.348-8, que tem como responsável solidária a Prefeitura Municipal de Taubaté, contempla os mesmos fatos geradores da presente, diferindo apenas que naquela foram lançadas as contribuições para a Seguridade Social, enquanto que essa diz respeito às contribuições para os “terceiros”. Tendo-se em conta que houve retificação naquela notificação, esta também merece a redução do valor da base de cálculo;

i) junta Parecer Técnico, onde fica demonstrado que a desconsideração de sua contabilidade não pode prevalecer, sendo assim o arbitramento improcedente.

Requer ao final que se declare a NFLD improcedente ou nula.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

A preliminar de nulidade do lançamento, baseada na alegação de que a autoridade notificante tenha participado do julgamento não se sustenta. O que se verifica nos autos é que, diante das alegações e documentos juntados à impugnação, o órgão de primeira instância, baixou o processo em diligência para que o agente do fisco pudesse se pronunciar sobre fatos e provas carreados pelo sujeito passivo.

Do pronunciamento fiscal em sede de diligência, a recorrente teve ciência e pode exercer seu direito de contraditar as afirmações do fisco, acrescentando inclusive novas alegações, que levaram a Seção do Contencioso Administrativo da SRP a determinar a realização de nova diligência, de modo que a auditoria pudesse se posicionar sobre o aditamento da defesa, providência essa que redundou, inclusive, na retificação do crédito tributário.

Não há qualquer anomalia nesse procedimento, o julgador administrativo, diante das posições antagônicas do fisco e do contribuinte, tem a prerrogativa de requerer a realização de diligências no sentido de chegar a um convencimento sobre a solução da lide que lhe é endereçada.

Essa previsão consta da Portaria MPS nº 520/2004, que regulava o contencioso administrativo de exigência de contribuições previdenciárias. Eis o dispositivo:

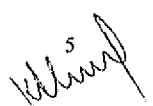
Art. 4º Incumbe à autoridade julgadora:

(...)

III – adotar as providências necessárias ao rápido e perfeito julgamento dos processos a seu cargo, inclusive realizando, observado o art. 5º, inciso I, desta Portaria, ou determinando de ofício, ou a requerimento da parte, a produção de provas, diligências ou perícias;

(...)

Também o Decreto n. 70.235/1972, hoje norma que regula o processo administrativo fiscal relativo a todos os tributos federais, prevê tal prerrogativa, nos seguintes termos:



Art. 18 A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

Vê-se, portanto, que o órgão de julgamento agiu dentro das balizas legais ao determinar a realização de diligência fiscal, visando ao esclarecimento de pontos controvertidos da demanda, de modo a produzir um julgamento que atenda aos ditames da justiça fiscal.

Deve-se, todavia, garantir no processo administrativo fiscal o tratamento igualitário entre as partes. A cada oportunidade que seja dada ao fisco para se pronunciar, deve se facultar ao sujeito passivo a possibilidade de exercer o seu direito ao contraditório de modo que se garanta a plena observância do princípio do devido processo legal, sob pena de nulificação dos atos processuais que o atropelem.

Sob essa ótica, observo na espécie um incidente processual, que não pode ser negligenciado, por envolver questão de ordem pública, vinculada a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Explico. Após a apresentação da defesa o processo foi baixado em diligência para que a auditoria se pronunciasse acerca das alegações e documentos juntados na defesa.

Emitido o pronunciamento fiscal, ao sujeito passivo foi possibilitado fazer seu contraponto. Diante do novo pronunciamento da empresa, mais uma diligência foi determinada, fl. 273, desta feita para que a auditoria se manifestasse sobre dois pontos constantes da impugnação, quais sejam:

a) a ocorrência de equívocos na apuração das contribuições relativas à obra denominada “CDHU Barriri”, com necessidade de conferência dos cálculos efetuados, além de questionamento acerca da não utilização de programa oficial da Previdência Social para elaboração dos cálculos, fato que redundou em prejuízo a recorrente e;

b) Na obra da Construtora Piacentini, em 08/99, houve o lançamento em duplicidade das notas fiscais 2860 e 2861, e nos centros de custo 32 e 36 não foram aproveitados as notas fiscais de concreto.

Sobre essas questões, o fisco junto os documentos de fls. 274/333 e emitiu pronunciamento de fls. 340/341, no qual afirma que a contribuinte recebeu todos os anexos do crédito em meio digital como permitia a legislação.

Depois, conclui com base em tabela apresentada, que a alegação do item “a” acima deve ser rechaçada, posto que refazendo os cálculos chegou a um valor devido ainda maior, o qual não seria lançado, haja vista que o valor não alcançou a quantia mínima fixada no art. 612 da IN n. 03/2005.

Em relação ao item “b”, o fisco reconheceu a duplicidade de lançamentos, sugerindo a retificação do crédito.

Após esse pronunciamento do fisco, foi emitida a decisão de primeira instância, fls. 371/379, cujo resultado foi procedência parcial do lançamento.

Ocorre que ao sujeito passivo não foi possibilitado o contraditório, posto que, dessa última manifestação do fisco não lhe foi dada ciência, para que pudesse fazer o seu contraponto antes da emissão da decisão *a quo*.

E não se diga que a diligência foi apenas para confirmar alegações da recorrente, posto que um dos argumentos foi rechaçado pelo fisco e, mesmo aquele para o qual houve concordância em retificar o crédito, caberia a manifestação do sujeito passivo, para que pudesse impugnar a retificação promovida, caso não concordasse com os valores excluídos.

Tal fato evidencia a ocorrência de falha que, embora sanável, não pode ser desconsiderada por esse colegiado. Tenho que reconhecer que a irregularidade apontada contraria norma de observância obrigatória contida no art. 5.º, LV, da Carta Magna, a qual garante aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, o Acórdão nº 17-19.897 – 8.ª Turma da DRJ/SPO II não pode subsistir, posto que negligenciou a oportunidade da recorrente de se contrapor a alegações trazido aos autos pelo fisco. Não há dúvida de que o decisum em comento atropelou garantia processual de ordem pública, pelo que deve ser declarada nula.

É esse o entendimento expresso no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que, ao tratar das nulidades no processo administrativo fiscal, prescreve:

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.

(...)(grifos não originais)

Portanto, a nulidade da decisão da DRJ merece ser decretada para que se possa oferecer oportunidade à recorrente de se manifestar a respeito do resultado da última diligência fiscal, antes de qualquer decisão da Receita Federal do Brasil a respeito da NFLD sob enfoque.

Além do mais, há outra causa de nulidade decorrente da falta de apreciação pela primeira instância de todos os argumentos da empresa. Alega a recorrente que a decisão *a quo* foi omissa no que diz respeito a quatro pontos aventados na impugnação e no seu aditamento, quais sejam:

a) o Aviso para Regularização de Obra – ARO das casas populares não foi elaborado no programa padrão da Previdência Social, o que representa uma irregularidade;

Kilo

b) as disposições da Instrução Normativa – IN SRP n. 03 não poderiam ter sido aplicadas retroativamente a fatos geradores ocorridos no período de 01/1995 a 08/2000;

c) no período de 01/1995 a 08/2002, para os projetos de casas populares, foi utilizada a tabela CUB com valor muito acima daquela que deveria ter sido utilizada para esse tipo de construção;

d) não se justifica a aplicação de critérios de arbitramento previsto na OS/IAPAS/116/94, normativo esse que sequer teve publicação.

De fato, analisando mais detidamente a decisão guerreada percebo que faltou motivação da mesma em relação às questões acima apontadas. Isso porque o voto condutor do acórdão sob enfoque limita-se a afirmar:

Provocadas pelo esforço da prova em contrario, o histórico das diligências realizadas demonstram que foram esclarecidas as obscuridades apontadas pelo impugnante que culminaram com a revisão das bases de cálculo conforme fls. 340 e 341, cabendo a retificação do débito na competência 08/1999 conforme abaixo:

Competência	Valor Lançado	Valor Excluído	Valor Retificado
08/1999	R\$ 21.943,61	R\$ 14.062,02	R\$ 7.341,59

Esclarece que as contribuições aferidas para a matrícula 21 060 05223-79 foram lançadas na NFLD 35.797.346-1

Na verdade, o que ficou exposto no acórdão para afastar as alegações da defesa é tão somente uma lacônica referência aos termos da informação fiscal prestada em sede de diligência fiscal. Entendo que esse expediente caracteriza-se quebra de parcialidade do julgador, posto que a opinião de uma das partes foi adotada como fundamento de decidir, situação que contraria os mais elementares princípios que regem não só o processo administrativo fiscal, mas todo o regramento constitucional relativo ao devido processo legal.

Não quero com isso dizer que todos os pormenores presentes na lide tributária devam ser considerados em suas minúcias, até porque se tem visto com frequência por aqui peças quilométricas, muitas das vezes desconectadas da realidade dos autos, preparadas com intuito de confundir o julgador, para depois se alegar omissão. Todavia, tenho que reconhecer que, ao deixar de apreciar os argumentos relevantes trazidos à baila pelo sujeito passivo, ou fazê-lo de forma insatisfatória, o *decisum* atacado acaba por violar a garantia de amplo direito de defesa dos administrados, merecendo a censura desse colegiado.

Eis o que dispõe o:

Art. 59 São nulos:

(...)

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

(...)

Diante da regra prevista no art. 59, II, do Decreto n. 70.235/1972, acima transcrita, o destino do acórdão da DRJ deve ser a nulidade, posto que dois motivos levam-me a concluir pela preterição do direito de defesa da empresa: a falta de ciência desta de

manifestação do fisco e a omissão da decisão original em apreciar de maneira satisfatória teses relevantes da impugnação.

Voto, assim, por declarar nula a decisão de primeira instância e os atos processuais subsequentes, para que a contribuinte seja intimada a se manifestar em relação a todas as diligências fiscais, retomando o processo o curso normal a partir de então, bem como para que na decisão *a quo* sejam apreciadas as alegações apresentadas na defesa e acima apontadas.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO



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

Processo nº: 37322.000108/2006-73

Recurso nº: 161.766

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 2401-01.337

Brasília, 22 de setembro de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente 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