



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

Processo nº 12045.000237/2007-38
Recurso nº 144.447 Voluntário
Acórdão nº 2302-01.044 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de maio de 2011
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Órgãos Públicos
Recorrente MUNICÍPIO DE TRAIPU - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida DRP MACEIÓ/AL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2000 a 31/01/2006

Ementa:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE EXAME DE DOCUMENTOS JUNTADOS PELO AUTUADO.

A falta de análise por parte do Fisco de documentos hábeis carreados aos autos pelo contribuinte acarreta a 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 Decisão de Primeira Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo Da Costa e Silva, Adriana Sato e Wilson Antônio de Souza Correa.

Ausência momentânea: Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário referente à retenção dos 11% incidentes sobre a prestação de serviços, mediante cessão de mão de obra, no período de 12/2000 a 01/2006.

A notificação foi lavrada em 30/03/2006 e cientificada ao sujeito passivo através de registro postal em 05/06/2006.

Os fatos geradores que originaram o presente lançamento referem-se à prestação de serviços com cessão de mão de obra, apurados através do exame da contabilidade do Município. Embora notificado, o sujeito passivo não apresentou todos os processos de empenho encontrados nos balancetes contábeis, nem os contratos de prestação de serviços firmados com os prestadores, cujas notas fiscais constavam dos processos de empenho. Também as notas fiscais de prestação de serviços não discriminavam o valor de material e mão de obra.

Desta forma, o crédito foi apurado por aferição indireta, com suporte do artigo 33, § 3º da Lei n.º 8.212/91.

Após a apresentação da defesa e juntada de documentos, Decisão-Notificação julgou o lançamento procedente em parte, retificando o crédito lançado.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

- a) que os valores lançados tomaram por base as notas fiscais sem o desconto dos materiais;
- b) que foi autuada nota inexistente e fatura com mera aquisição de equipamento;
- c) que a retenção deve se ater apenas a mão de obra havida;
- d) que se aplica ao caso o §4º do artigo 33 da lei n.º 8.212/91;
- e) que alguns documentos não foram entregues por não terem sido preservados pela administração da época;
- f) que o atual prefeito não pode entregar o que não consta dos arquivos municipais;
- g) argúi o cerceamento de defesa, pois a decisão recorrida sustenta que como o lançamento foi efetuado com base no empenho, seriam a nota fiscal e os correspondentes registros contábeis insuficientes à demonstração do

equivoco alertado, ocorre que são estes os documentos de que dispõe.

Requer que sejam recalculados os valores consignados pela notificação, excluindo das bases de cálculo das retenções as quantias expendidas a título de aquisição de materiais e equipamentos.

A DRP ofereceu as contra-razões pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi

Cumprido o requisito de admissibilidade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Da Preliminar

Refere-se o crédito às retenções de 11% , incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviços com cessão de mão de obra, constantes das notas de empenho do Município. Segundo o relatório fiscal de fls. 69/81, não foram apresentados os contratos firmados para a prestação dos serviços, tampouco as notas fiscais discriminavam os materiais e a mão de obra. Com isso foi o crédito lançado por aferição indireta, tomando-se por base os valores brutos das notas fiscais.

A legislação previdenciária vigente à época do lançamento respaldava o procedimento adotado pela fiscalização na redação do artigo 33 , § 3º , da Lei n.º 8.212/91:

§ 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.

Portanto, correto foi o lançamento fiscal.

Ocorre que quando da defesa, a notificada juntou aos autos os documentos de fls. 103 a 118, para comprovar que dentre os valores levantados, alguns se referiam a material e equipamento. Porém, estes elementos não foram examinados pelo fisco antes da emissão da decisão de primeira instância.

Muito embora a Decisão-Notificação que julgou a autuação procedente tenha se manifestado sobre os argumentos da notificada e retificado o crédito lançado, penso que houve supressão de instância, pois a recorrente tinha o direito de ter suas alegações e documentos probantes examinados pela autoridade notificante, com direito de resposta acerca da retificação efetuada e posterior emissão de decisão primitiva.

Da forma como promovido o trâmite processual, a recorrente apenas teve suas alegações examinadas quando da emissão da decisão final, não podendo se manifestar em primeira instância, restando-lhe apenas o grau de recurso.

É dever do fisco apreciar as provas em obediência ao princípio da verdade material.

O princípio da verdade material é o pilar que sustenta o processo administrativo fiscal, que tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do

fato gerador e a constituição do crédito tributário. Para garantir essa legalidade, o julgador deve atuar voltado sempre para a verdade material.

Para José Souto Maior Borges, na busca da verdade material, a atuação do fisco deve ser imparcial, sendo indiferente ao objeto do processo serem os fatos apurados “favoráveis”, ao se constatar a existência do débito tributário, ou “desfavoráveis” ao fisco, caso se verifique a inexistência do débito.

A respeito do princípio da verdade material, é oportuno o acórdão abaixo:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL – NULIDADE. A não apreciação de documentos juntados aos autos depois da impugnação tempestiva e antes da decisão fere o princípio da verdade material, com ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. No processo administrativo predomina o princípio da verdade material, no sentido de que aí se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador, pois o que está em jogo é a legalidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento. Preliminar acolhida. Recurso Provido.” (Acórdão n.º 103-19.789, do 1º Conselho de Contribuintes, DOU de 29/01/99)

Assim, o julgador que atua no contencioso administrativo fiscal tem a função de aplicar as normas gerais e abstratas no caso concreto, fazendo atuar concretamente o Direito. Deve empenhar-se em solucionar os conflitos surgidos entre a Administração e o sujeito passivo da obrigação tributária, buscando a pacificação social e o acesso a uma ordem jurídica justa no âmbito da Administração Pública. Para tanto, sua atuação deve atender ao princípio da legalidade, oferecendo ao contribuinte a oportunidade de ampla defesa e do contraditório dentro do devido processo legal. Deve assegurar as partes igualdade de tratamento, atuando com imparcialidade.

Pelo princípio constitucional do contraditório, é facultado à parte manifestar sua posição sobre fatos trazidos ao processo pela outra parte vez que tomando conhecimento dos atos processuais, pode, se desejar, reagir contra os mesmos.

Inserem-se no princípio do contraditório a chamada regra da informação geral e também a regra da ouvida dos sujeitos ou audiência das partes.

O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

Art. 5º, 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;

Foi contemplado também no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

Lei nº 9.784/99, 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:

(...)

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;

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.

De fato, este entendimento também foi plasmado 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.

Art. 59. São nulos:

(...)

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

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que foi prolatada sem que o contribuinte tivesse suas provas examinadas pela autoridade fiscal notificante. Entendo que os documentos juntados pelo contribuinte ainda no prazo de defesa devem ser examinados pela fiscalização e do resultado da diligência deve ser dado conhecimento ao contribuinte, com abertura de prazo para manifestação. Somente após este trâmite deve ser proferida a decisão de primeira instância.

Pelo exposto, voto por anular a Decisão de primeira instância.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora

