



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

Processo n° 13502.001363/2008-19
Recurso n° 002.225 Voluntário
Acórdão n° 2302-002.225 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NFLD
Recorrente ACRINOR ACRILONITRILA DO NORDESTE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2000

PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA.

Revela-se o direito processual administrativo fiscal refratário ao procedimento que exclua do sujeito passivo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

É nula a Decisão de 1ª Instância lavrada sem que tenha sido concedido ao sujeito passivo o direito de se manifestar a respeito do resultado de Diligência utilizada na sua fundamentação.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, para que seja dada ciência ao sujeito passivo do resultado de diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Liége Lacroix Thomasi – Presidente Substituta.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente Substituta de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), Adriana Sato, Paulo Roberto Lara dos Santos, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2000.

Data da lavratura da NFLD: 29/09/2000.

Data da ciência da NFLD: 05/07/2006.

Trata-se de crédito tributário lançado em desfavor da empresa em epígrafe, consistente em contribuições previdenciárias a cargo dos segurados e empregados e da empresa, destinadas ao custeio da Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e a Outras Entidades e Fundos, lançado por aferição indireta, em razão de a Fiscalizada não ter apresentado os documentos referentes às empresas prestadoras de serviços executados mediante cessão de mão de obra, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 25/28.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o sujeito passivo apresentou impugnação a fls. 32/40.

O Serviço de Análise de Defesas e Recursos baixou o feito em diligência para que fossem esclarecidos pontos controversos e omissos no lançamento, conforme Despacho a fls. 54/55.

Informação Fiscal a fls. 57/58, e planilha discriminativa a fls. 59/107.

A Gerência Executiva em Salvador lavrou Decisão-Notificação a fls. 134/140, julgando procedente o lançamento tributário, e mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

A empresa foi cientificada da decisão de 1ª Instância no dia 14/03/2003, conforme Recibo a fl. 140.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o ora Recorrente interpôs recurso voluntário, a fls. 145/152, requerendo o cancelamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 14/03/2003. Havendo sido o recurso voluntário protocolado no dia 31 do mesmo mês e ano, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

2. DAS PRELIMINARES

2.1. DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E DA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Visando a esclarecer pontos controvertidos e omissos no lançamento, o Serviço de Análise de Defesas e Recursos baixou o feito em diligência para que o auditor fiscal notificante se pronunciasse quanto à alegação da empresa de que teria apresentado todos os documentos relativos ao período do débito, e para que confeccionasse relatório fiscal fazendo constar o número da conta considerada e quadro demonstrativo dos valores apurados, indicando e justificando os critérios utilizados para a apuração do débito, conforme Despacho a fls. 54/55.

Fruto do incidente processual acima aludido, a Autoridade Lançadora prestou Informação Fiscal a fls. 57/58, nela indicando a fonte de dados utilizados para o lançamento (Livro Razão na conta - FORNECEDORES - conta contábil nº 0021.1003.00001, 945.02.01.01.03.01), assim como o critério utilizado para a aferição indireta da base de cálculo.

Juntou ainda planilha discriminativa a fls. 59/107, elaborada a partir de documentos fornecidos pela Fiscalizada em sede de Diligência Fiscal, a qual integrou o conjunto probatório apresentado pelo Fisco.

Por outro viés, o Relatório Fiscal houve-se por elaborado de maneira abominável, não sendo indicada, sequer, a motivação do lançamento. Do exame dos demais documentos integrantes dá a transparecer que o lançamento em desfavor da ACRINOR se deu por responsabilidade solidária do contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão de obra com o executor pelas contribuições previdenciárias devidas por este, em relação aos serviços prestados àquele, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação dada pela Lei nº 9.528/97).

Tal conclusão decorre do fato de haver sido lançado um valor “arbitrado” (melhor seria dizer “chutado”) de base de cálculo de R\$ 80.000,00 em todas as competências e sobre tal valor fez-se incidir as contribuições sociais a cargo de segurados, empresa, SAT e terceiros.

Ocorre que a responsabilidade solidária decorrente da prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra apenas seria cabível na competência jan/1999, uma vez que, a partir de fevereiro/1999 passaria a incidir à espécie ora tratada o instituto da retenção, nos termos assinalados no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.711/98.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no §5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711/98).

A planilha discriminativa acostada a fls. 59/107 já passou a indicar, inclusive, os valores apurados de retenção, evento esse que o Relatório Fiscal sequer fez qualquer alusão.

Tal Informação Fiscal, a nosso inteiro sentir, prestou-se de alicerce à decisão de primeira instância, a fls. 134/140, bem como fundamento para a ratificação, pelo Órgão Julgador *a quo*, do crédito tributário então lançado.

Compulsando os autos, todavia, verificou-se inexistir qualquer prova material, nem sequer indícios, de que, ao Notificado, tenha sido dada ciência do conteúdo das informações prestadas pela Autoridade Fiscal.

A sós com os autos, todavia, compulsando cuidadosamente suas laudas, não logramos nos deparar com qualquer indício de prova material que demonstrasse ter sido o sujeito passivo em tela devidamente cientificado do conteúdo da Informação Fiscal e das planilhas discriminativas referidas nos parágrafos precedentes. Nesse panorama, se nos antolha ter sido lavrada a Decisão-Notificação ora guerreada sem que tenha sido oportunizado ao sujeito passivo a faculdade de se manifestar a respeito do resultado da diligência fiscal antes aludida.

De fato, as razões oferecidas pela Notificada em instância de contestação foram apreciadas pela fiscalização, já sob a luz das informações resultantes da Diligência Fiscal em apreço, que as rebateu integralmente em juízo de impugnação ao débito.

A privação do conhecimento das razões aduzidas pela Fiscalização em sede de Diligência Fiscal, as quais se prestaram na fundamentação da Decisão-Notificação ora discutida, configurou-se, a nosso sentir, hipótese de cerceamento de defesa, pela efetiva exclusão do contraditório além de supressão de instância eis que a contradita do sujeito passivo ficou reservada, tão somente, à instância recursal.

Na real, não foi oportunizado ao Notificado o direito de conhecer o conteúdo da informação fiscal, havendo sido proferida a Decisão de 1ª instância sem que o sujeito passivo pudesse se pronunciar acerca das razões tecidas pela fiscalização, em sede de diligência, para a negativa de provimento integral do pleito requerido pelo contribuinte.

Tendo as informações prestadas pelo agente fiscal relação direta com os fatos geradores ocorridos, há que se reconhecer que a exclusão do direito ao conhecimento das razões elencadas pela fiscalização resultou em supressão de instância, eis que, ao Recorrente, o

Ordenamento Jurídico concede, ainda na primeira instância administrativa, o direito de oferecer contrarrazões aos fatos e documentos coligidos pela fiscalização.

Da maneira como foi conduzido o iter processual em apreço, restou ao sujeito passivo a oportunidade do contraditório tão somente em sede de recurso voluntário.

Revela-se o Direito Processual Administrativo refratário ao proferimento de Decisões em que reste configurada qualquer modalidade de preterição ao direito de defesa, as quais já nascem sob o estigma da nulidade. Dessarte, se nos afigura ter sido espezinhado o Devido Processo Legal, eis que a Decisão de 1ª Instância foi emitida sem a oportunidade de contradita, por parte do notificado, aos argumentos expendidos no probatório acostado pela fiscalização em sede de diligência Fiscal.

A situação fática retratada no presente caso, consistente na usurpação do direito ao contraditório, atrai ao feito a incidência do preceito inscrito no inciso II, *in fine*, do art. 32 da Portaria MPS nº 520/2004 que disciplina os processos administrativos fiscais decorrentes de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e de Auto de Infração nas ordens do Ministério da Previdência Social, sob cuja égide se desenvolveram os fatos processuais aqui narrados e se houve por lavrada a decisão vergastada.

Portaria MPS nº 520, de 19 de maio de 2004

Art. 32. 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;

III - o lançamento não precedido do Mandado de Procedimento Fiscal.

§ 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 o 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.

Saliente-se que as diretivas ora enunciadas não conflitam com as disposições estampadas no inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235/72, sendo destas, antes, espelho.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 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. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)

Tecidas tais considerações, pugnamos pela declaração de nulidade da decisão de 1ª Instância, por excluir do sujeito passivo o direito ao contraditório, com espeque no art. 32, II, *in fine* da Portaria nº 520/2004 c.c. art. 59, II, *in fine*, do Decreto nº 70.235/72.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, voto por ANULAR a DECISÃO de primeira instância, devendo ser conferido ao Recorrente o direito de se manifestar acerca do resultado da diligência em realce.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva