



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

Processo nº 18186.001189/2007-77
Recurso nº 153.152 Voluntário
Acórdão nº **2302-001.500 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 01 de dezembro de 2011
Matéria Retenção de 11%
Recorrente SECOVI SIND. EMP. COMP. VENDA LOC. ADM. IMOB.
Recorrida DRP - SÃO PAULO / SP

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

Ementa: PREVIDENCIÁRIO-TRIBUTÁRIO. DILIGÊNCIA FISCAL. COMPLEMENTAÇÃO DE RELATÓRIO FISCAL. EMISSÃO DE DECISÃO-NOTIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. LEI N. 9.784/99, ARTIGOS 2º, CAPUT E 3º, INCISO II.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEGUNDA TURMA ORDINÁRIA da TERCEIRA CÂMARA, DA SEGUNDA SEÇÃO DO CARF, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Acompanhou pelas conclusões o Conselheiro Marco André Ramos Vieira.

MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Presidente

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA (Presidente), ARLINDO DA COSTA E SILVA, LIÊGE

LACROIX THOMASI, EDUARDO AUGUSTO MARCONDES DE FREITAS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, ADRIANA SATO.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pelo Auditor Fiscal da Previdência Social — AFPS matrícula nº 1.260.206 contra o contribuinte acima identificado, de contribuições devidas à Seguridade Social, decorrentes da obrigação da retenção de onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços contratados e executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, ou empreitada de mão-de-obra, cuja importância deveria ser recolhida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente de mão-de-obra, abrangendo o período de 02/1999 a 12/2001, no montante de R\$ 432.119,33 (quatrocentos e trinta e dois mil, cento e dezenove reais e trinta e três centavos), consolidado em 30/09/2002.

O Relatório Fiscal, fls. 65/77, informa que o Sindicato contratou com diversas empresas do ramo da construção civil a construção do edifício destinado a abrigar sua sede, localizado na Rua Dr. Bacelar, 1043, e com outras empresas que executaram serviços sujeitos à retenção de 11%.

Embora o Sindicato tenha contratado serviços sujeitos à retenção na forma do artigo 31 e observado o disposto no § 5º do artigo 33, todos da Lei nº 8.212/91, não houve prova da retenção e do consequente recolhimento da importância retida em nome da empresa contratada, cedente de mão-de-obra, cujas notas fiscais emitidas encontram-se relacionadas juntamente com a descrição dos serviços executados no ANEXO 1, fls. 78/88.

Neste tópico, fiscalização relata que mediante intimação através do Termo de Intimação para Apresentação e Documentos — TIAD, o Sindicato apresentou somente alguns dos contratos celebrados com as respectivas prestadoras de serviço, acompanhado de notas fiscais, GFIP e GRPS/GPS, discriminando os documentos apresentados para as seguintes empresas contratadas: João Fortes Engenharia S/A, Pem Engenharia S/A, Johnson Controles Ltda., Zoubaref Geren. Proj. e Coloc. de Mármore e Granito Ltda., Marcenaria Bonfá Ltda., Cetest Minas Engenharia e Serviços S/A, Elétrica e Hidráulica Lopes & Isabel Ltda., Nadai & Cardoso Ltda., Technics Vidros e Equipamentos Industriais Ltda., Eletro Thunder Serviços de Manutenção e Instalação Elétrica S/C Ltda., Zillion Com. De Produtos e Serviços de Limpeza Ltda.

Constam do Anexo I outras empresas contratadas diretamente pelo Sindicato para executarem serviços sujeitos à retenção de 11% na forma do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, e que não houve prova de o Sindicato reter e recolher a importância retida em nome da contratada.

A Notificada apresentou defesa tempestiva, através do instrumento de fls. 223/240. Descreveu que suas atividades e afirma sempre ter cumprido regularmente todas as obrigações tributárias.

Foi nesse contexto que, em 1998, contratou a empresa João Fortes para construir o prédio onde ora está instalada, sob o regime de empreitada global. Ao longo dos anos também tem contratado. Todo o montante de obrigações para com o INSS que eram de responsabilidade da ora Impugnante fiscalizar foi devidamente recolhido, tendo ela a comprovação de praticamente toda a documentação fiscal pertinente. Vale destacar ainda que de acordo como regime jurídico previsto para essas obrigações, não estava a ora Impugnante

obrigada a reter 11% do valor bruto da nota fiscal o fatura de prestação de serviços contratados e executados.

Entretanto, assim não entendeu a autoridade fiscal do INSS, que veio a lavrar dezessete notificações fiscais de lançamento de débito, sendo 12 delas relativas a débitos por responsabilidade solidária comprovadamente indevidos e 5 relativas à retenção de 11% em casos onde a Impugnante estava evidentemente desobrigada dessa retenção. Pugnou, ao final, a improcedência do lançamento.

Primeira Diligência: considerando as alegações da empresa e os documentos anexados às fls. 272 (volume I) a 1105 (volume III), o processo foi encaminhado ao AFPS Notificante, fls. 1107/1123, para apreciar as referidas alegações, e verificar se a empresa apresentou qualquer documento que não tenha sido examinado durante a ação fiscal que possa modificar o lançamento.

Como resultado da diligência fiscal, o AFPS Notificante elaborou a Informação Fiscal de fls. 1126/1147, acompanhada dos seguintes anexos: Anexo I, fls. 1148/1156, Anexo II, fls. 1149/1163 e Anexo III, fls. 1164/1174 e tela de Consulta Processual (1 Instância) da Justiça Federal, referente ao Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, fls. 1175/1176.

Segunda Diligência: novamente, o processo foi encaminhado ao AFPS Notificante, para emissão de novo relatório CORESP — CO-RESPONSÁVEIS, incluindo todos os responsáveis legais segundo a época da atuação na empresa, no período fiscalizado, conforme despacho de fls. 1177/1178.

Consulta à Procuradoria Federal: em atendimento à solicitação, foi juntado às fls. 1179/1182 o novo CORESP, com as devidas alterações.

Tendo em vista as alegações da empresa quanto à existência das ações judiciais Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, fls. 287, interposto pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo — SINDUSCON — SP, do qual interposta pela empresa Modular Flooring Com. Ltda., assim como os documentos anexados à defesa referentes as referidas ações judiciais e o pronunciamento do AFPS Notificante na Informação Fiscal de fls. 1126/1147, o processo foi encaminhado em consulta à Procuradoria, para esclarecimentos quanto aos procedimentos a serem adotados no presente caso.

Em atendimento à solicitação, a Procuradoria manifestou-se através do despacho de fls. 1214/1215 e fls. 1236, anexando às fls. 1216/1234 tela de Consulta Processual e decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 1999.61.00.054266-8, e às fls. 1235 informação sobre a Ação Ordinária nº 2000.61.00.049780-1

Ato contínuo, foi emitido DADR-Descriminativo Analítico do Débito Retificado [fls. 1252-1267] e prolatada a Decisão-Notificação que julgou o lançamento procedente em parte [fls. 1268 e ss]:

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11%.
JUROS. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.*

*A empresa contratante, de serviços de construção civil,
executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra,*

deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal/fatura ou recibo. (Artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.711/98, observado o disposto no § 5º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, combinado com o artigo 219, §§ 1º e 2º, inciso III e §3º, observado o disposto no §5º do artigo 216 do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovados pelo Decreto nº 3.048/99) Nos termos do artigo 186, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18/12/2003, havendo decisão judicial que vede a aplicação da retenção, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, referente à empresa contratada mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não sujeita à aplicação do instituto da responsabilidade solidária, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços serão exigidas da contratada. Sobre as contribuições sociais em atraso incidem, a partir de 01/04/97, juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, artigo 34 da Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores. Não concordando com a decisão da autarquia previdenciária, foi interposto recurso, conforme fls. 161 a 169. Anexada cópia de documentação às fls. 171 a 187.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Intimada da decisão singular, a notificada interpôs recurso voluntário [fls. 1331/1350] que, em síntese, alega o seguinte:

1. Preliminarmente sustenta que houve elisão da responsabilidade tributária;
2. Que a fiscalização deveria ter verificado o inadimplemento do contribuinte de direito, para se evitar o *bis in idem*;
3. Deveria ter o julgador buscado a verdade material;
4. Não há incidência da retenção sobre contratos de construção por administração;
5. É ilegal a cobrança da taxa Selic para cálculo dos juros de mora; e
6. Por fim solicita que seja cancelada a presente Notificação.

Diante dos argumentos apresentados pela Notificada em recurso, foi realizada nova diligência fiscal (fls.1384/1387), Informação Fiscal (fls. 1406/1415) comunicada à empresa, que se manifestou nos autos [fls. 1406/1415].

Considerando o disposto nos artigos 174 e 175 do Regimento Interno da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95, de 30 de abril de 2007 e que o julgamento do lançamento ocorreu na forma da legislação vigente à época da emissão da Decisão-Notificação, e que a Delegacia Regional de Julgamento não tem competência para decidir sobre o prosseguimento da presente NFLD, os autos foram encaminhados, à época, ao 2º Conselho de Contribuintes:

Art. 174. Às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento — DRJ, órgãos com jurisdição nacional, compete, especificamente, julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais:

I — de determinação e exigência de créditos tributários, inclusive devidos a outras entidades e fundos, e de penalidades;

II - relativos a exigência de direitos antidumping, compensatórios e de salvaguardas comerciais; e

III - de manifestação de inconformidade do sujeito passivo contra apreciações das autoridades competentes relativos à restituição, compensação, ressarcimento, imunidade, suspensão, isenção e à redução de tributos e contribuições.

Art. 175. Às turmas das DRJ são inerentes as competências descritas nos incisos I a III do artigo anterior.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido, foi interposto por parte legítima e está devidamente fundamentado.

Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO:

ALBERTO XAVIER leciona que o lançamento, como ato de aplicação do direito, envolve a interpretação da lei, a caracterização do fato previsto na hipótese normativa e a sua ulterior subsunção no tipo legal. Tal procedimento tributário tem por fito nuclear a investigação dos fatos tributários, com o intuito de prova e caracterização [**Do lançamento no direito tributário brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 131.].

Ocorre que, por serem submissos à aplicabilidade e observância do princípio da legalidade, com o objetivo de resguardar os interesses dos particulares contra os arbítrios do

poder, entretanto, o Direito Tributário e Previdenciário utilizam-se, para proceder à investigação e valoração dos fatos, o princípio inquisitório e o da verdade material.

Ora, o dever de cumprimento do disposto em lei é um mecanismo de proteção do interesse do administrado, dessa forma, a observância ao princípio da legalidade é insita ao ato administrativo, principalmente aquele relativo ao lançamento de crédito tributário.

Assim, é dever da Administração Tributária a plena caracterização do fato gerador para que se evite a improcedência dos lançamentos realizados ou mesmo a decretação de nulidade desses.

No caso sob análise, apesar da existência de inúmeros dados e informações constantes que foram devidamente analisadas por este Conselheiro, a diligência procedida, ausência de esclarecimento pelo Auditor notificante do objeto da diligência e a conseguinte expedição de DN, sem intimação do ora Recorrente, ao meu sentir, dão esboço ao lançamento, configura-se em verdadeira complementação deste, fazendo-se mister, destarte, concessão de novo prazo para apresentação de impugnação ou defesa administrativa, logo, oportunidade ao sujeito passivo de exercer o contraditório e o direito de ampla defesa.

Nesse sentido, a expedição de Decisão-Notificação que não oportunizou ao sujeito passivo o exercício do contraditório e da ampla defesa, não só confronta princípios constitucionais intrínsecos ao processo administrativo fiscal, como também às atribuições funcionais de cada instância julgadora administrativa.

Dessa forma, a ausência de intimação do sujeito passivo para conhecimento e manifestação em relação aos documentos juntados, provocou o cerceamento de o direito de defesa do ora Recorrente.

O desrespeito aos princípios acima dispostos infringiu diretamente os preceitos descritos no art. 2º, *caput*, art. 3º, inciso II, todos da Lei nº 9.784/99, *verbis*:

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.

[...]

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

Destarte, entendo que o vício aqui identificado é insanável e que malferiu a Decisão-Notificação, devendo ser declarada sua nulidade, conforme dispõe o art. 59, do Decreto n. 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR

Autenticado digitalmente em 19/04/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 19/

04/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 13/05/2012 por MARCO ANDRE RAMOS V

IEIRA

Impresso em 22/06/2012 por LUZILMAR XIMENES MESQUITA MATOS - VERSO EM BRANCO

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.

Em atenção aos documentos acostados aos autos, deverá a Secretaria da Receita Federal do Brasil conceder novo prazo para apresentação de impugnação ou defesa administrativa, logo, oportunidade ao sujeito passivo de exercer o contraditório.

Ademais, admitir-se de maneira diversa, seria permitir uma supressão de instância, haja vista que ao Recorrente não foi oportunizada manifestação.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, voto pelo **CONHECIMENTO DO RECURSO** interposto, para, então, **ANULAR A DECISÃO-NOTIFICAÇÃO**.

É o voto.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Conselheiro