



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

Processo nº 35207.000030/2007-69
Recurso nº 149.908 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.008 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de julho de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS: INCIDENTES SOBRE REMUNERAÇÃO DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA (RETENÇÃO)
Recorrente COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS DO NORDESTE S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2002

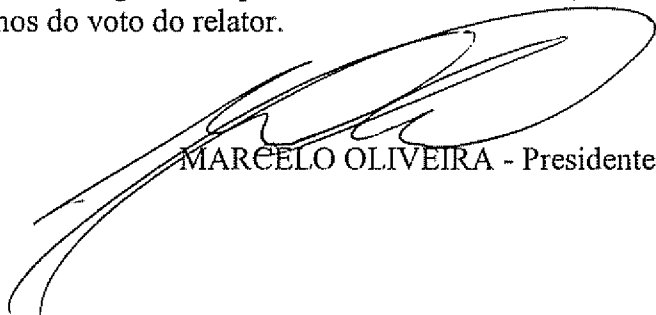
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO À GARANTIA DA AMPLA DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA RELEVANTE PARA JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

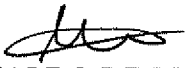
A ciência ao sujeito passivo do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/1972 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

DECISÃO RECORRIDA NULA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do relator.


MARCELO OLIVEIRA - Presidente



RONALDO DE LIMA MACEDO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).



Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) lançada pelo Fisco contra a empresa Companhia Muller de Bebidas do Nordeste S/A, referentes às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados contribuintes individuais e as relativas à retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, para o período de 02/1999 a 06/2002 e incluiu dois levantamentos:

levantamento "PRO - HONORARIOS/GRATIF/PRO LABORE", que incluiu contribuições incidentes sobre as remunerações de contribuintes individuais (diretores não empregados), previstas no inciso III do art. 22 da Lei 8.212/91; e

levantamento "RET - RETENÇÃO 11%", que incluiu as contribuições referentes à retenção de 11 % (onze por cento) previstas no artigo 31 da Lei 8.212/91.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 19/12/2002 (fl.105), conforme Aviso de Recebimento (AR).

A atuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 106 a 125), acompanhada de anexos de fls. 126 a 207.

Após apresentação dessa impugnação, os valores inicialmente lançados foram retificados por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 15.421.4/117/2003 (fls. 337 a 342).

A empresa apresentou recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) em 26/09/2003.

No exame das razões do recurso da empresa foram constatadas as seguintes equívocos no levantamento "RET - RETENÇÃO 11%": (i) as prestações de serviços referentes às notas fiscais da Seal Engenharia, da ABB Service e da ERMI não atendem aos requisitos da cessão de mão-de-obra, nem se enquadram entre as hipóteses de empreitada de mão-de-obra, conforme cópias do Livro Razão, às fls. 59 e segs. e notas fiscais às fls. 202, 243, 247 249 e 269; e (ii) já teria sido feita a retenção e o recolhimento incidente sobre a nota fiscal emitida pela empresa Reveste Engenharia em 11/2000, conforme cópia de nota fiscal às fls. 244.

Em virtude de tais fatos foi emitida a DN nº 15.421.4/044/2004 (fls. 860 a 862), excluindo da base de cálculo as notas fiscais citadas em tabela, e o processo seguiu para o CRPS para julgamento da parte controversa.

Em 25/10/2004, por meio do Acórdão 2583/2004 (fls. 1869 a 1874), o Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) anulou a DN nº 15.421.4/044/2004 e determinou que fossem tomadas as seguintes medidas: (i) "*Que seja verificado junto à contabilidade da recorrente o destino dos valores lançados a título de provisão e se os mesmos efetivamente se converteram em pagamento dos administradores*"; (ii) "*que seja elaborado Relatório Fiscal Complementar contendo os elementos que levaram o Auditor Fiscal*

notificante a concluir, caso a caso, que as contratadas prestaram serviços mediante cessão de mão-de-obra".

O processo foi enviado à Fiscalização em novembro de 2004, para que fosse providenciada a diligência solicitada pelo CRPS.

Em atenção à solicitação do CRPS, a auditoria fiscal produziu o Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973 – acompanhado de anexos de fls. 885 a 1930 – que registrou os seguintes fatos:

- na diligência foi examinada a origem dos valores relacionados ao levantamento "PRO - HONORARIOS/GRATIF/PRO LABORE". No Relatório Complementar a Fiscalização, após tratar exaustivamente da origem e do destino dos valores relacionados, ao referido levantamento, concluiu que as contribuições em questão foram integralmente recolhidas, e opinou pela exclusão integral do referido levantamento da NFLD, nos seguintes termos: *"20. Diante do acima exposto, resta-nos a conclusão de que as contribuições previdenciárias incidentes sobre os honorários e gratificações pagas a administradores da COMPANHIA MULLER DE BEBIDAS DO NORDESTE foram efetivamente recolhidas por sua controladora Companhia Muller de Bebidas (CMB-Pirassununga SP). Sendo assim, nosso posicionamento é no sentido de recomendar a exclusão de todos os valores lançados na NFLD em questão, sob o código de levantamento "PRO - Honorários/Gratíf/Pro Labore", fl. 1938;*

- também foram minuciosamente examinados os fatos geradores relacionados ao levantamento "RET - RETENÇÃO 11%", tendo sido solicitada da Notificada a apresentação dos contratos, das notas fiscais e/ou dos demais documentos aplicáveis ao caso específico, e das guias de recolhimento referentes aos serviços cuja prestação deu origem à obrigação de retenção. Não foram examinadas pela Fiscalização as notas fiscais emitidas pelas empresas Seal Engentaria, ABB Service e ERMI, dado que as retenções relacionadas às referidas notas já haviam sido excluídas da NFLD por meio da DN nº 15.421.4/044/2004. Em relação às demais retenções lançadas, o exame agrupou-as conforme a empresa que prestou os serviços, e o parecer da Fiscalização quando ao destino a ser dado ao lançamento foi, resumidamente, o seguinte: no Relatório Complementar contam tabelas (uma por prestadora) com os dados relativos a todas as notas/conhecimentos de transporte;

- ao final do Relatório (item "120", fl. 1967), a Fiscalização relaciona todas as notas e conhecimentos de transporte cujas contribuições deveriam ser suprimidas ou retificadas; e

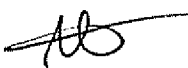
- a empresa de CNPJ 12.874.848/0001-29 sofreu alteração do nome empresarial, sendo em alguns locais do Relatório Complementar chamada de Via Limpa Ltda. e em outros tratada como Bravel - Brasil Veículos e Máquinas Ltda. A conta na qual foram lançadas as notas fiscais da mesma foi a 500320, e não a 500270 citada no Relatório Complementar (item "95", fl. 1961).

A Delegacia da Receita Previdenciária em Recife-PE – por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 15.401.4/0356/2006 (fls. 1975 a 1984) – considerou o lançamento fiscal procedente em parte, concluindo neste termos: *"a) Retificar a NFLD 35.509.638-2, conforme itens 12. e 16. acima; b) Recorrer de ofício ao Senhor Delegado da Receita Previdenciária em Recife, a fim de que o mesmo, concordando, homologue a presente decisão; c) Cientificar o contribuinte desta Decisão-Notificação, uma vez homologada, remetendo-lhe cópia da mesma, do DADR, do Relatório Fiscal Complementar e do Acórdão 4.a CaJ 2583/2004. d) Reabrir prazo para recurso".*

A Notificada apresentou recurso (fls. 1997 a 2006), acompanhado de seus anexos de fls. 2007 a 2016, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados na notificação e no mais efetua repetição das alegações de defesa, acrescentando que deve ser afastado a exigência fiscal contida na NFLD do presente processo, relativamente a retenção de 11% sobre os valores que não representam cessão de mão-de-obra, posto se tratarem de serviços de transporte efetuados por empresas do mesmo grupo econômico.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Recife-PE apresenta as contrarrazões e encaminha os autos ao CRPS (fl. 2018 e 2019).

É o relatório.



Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Sendo tempestivo (fl. 446), CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR:

Quanto às preliminares, há questão que merece ser analisada.

Da análise inicial dos autos, verifica-se questão prejudicial ao julgamento do recurso encaminhado, face à ocorrência de cerceamento da garantia da ampla defesa, vício esse que deve ser saneado.

O Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), após a anulação da Decisão-Notificação (DN) nº 15.421.4/044/2004, solicitou manifestação da auditoria fiscal e, como resultado dessa manifestação, a fiscalização prestou relevantes informações por meio do Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973 – acompanhado de documentos de fls. 885 a 1930 –, e opinou pela exclusão total dos valores lançados no levantamento "PRO - HONORARIOS/GRATIF/PRO LABORE" – refere-se às contribuições incidentes sobre as remunerações de contribuintes individuais (diretores não empregados) – item "20", fl. 1938.

Sem que o sujeito passivo tivesse sido intimado do resultado dessa manifestação da auditoria fiscal (Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973), houve o julgamento de primeira instância, conforme a Decisão-Notificação (DN) nº 15.401.4/0356/2006 (fls. 1975 a 1984), que considerou o lançamento fiscal procedente em parte, eis que concluiu nestes termos: *"a) Retificar a NFLD 35.509.638-2, conforme itens 12. e 16. acima; b) Recorrer de ofício ao Senhor Delegado da Receita Previdenciária em Recife, a fim de que o mesmo, concordando, homologue a presente decisão; c) Cientificar o contribuinte desta Decisão-Notificação, uma vez homologada, remetendo-lhe cópia da mesma, do DADR, do Relatório Fiscal Complementar e do Acórdão 4.a CaJ 2583/2004. d) Reabrir prazo para recurso"*, fl. 1984.

Não há elementos probatórios de que à Recorrente foi cientificada do resultado do pronunciamento da auditoria fiscal, que sanou dúvidas e questões presentes na sua defesa, sendo, portanto, emitida decisão sem a possibilidade do contraditório em relação ao resultado do pronunciamento da fiscalização.

Entendo que o resultado do pronunciamento da fiscalização (Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973 – acompanhado de documentos de fls. 885 a 1930) deveria ter sido informado à Recorrente antes da decisão de primeira instância para que esta pudesse se manifestar a respeito das informações prestadas pela auditoria fiscal, já que essa Decisão, prolatada por meio do Decisão-Notificação (DN) nº 15.401.4/0356/2006 (fls. 1975 a 1984), buscou como base as informações fiscais decorrentes do pronunciamento retromencionado.

Ressalte-se a relevância das informações prestadas no pronunciamento da fiscalização, pois esclareceram dúvidas, questionamentos do julgador, inclusive houve procedência em parte dos valores lançados por meio do lançamento fiscal ora analisado, conforme a conclusão da Decisão-Notificação (DN) nº 15.401.4/0356/2006 de fls. 1975 a 1984.

In casu, verifica-se a ocorrência de cerceamento da garantia da ampla defesa, ante a ausência do contraditório no que tange à argumentação apresentada pela auditoria fiscal para contrapor as alegações de defesa. Isso impossibilitou o conhecimento do sujeito passivo de todas as informações constantes nos autos prestadas pela auditoria fiscal.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pela auditoria fiscal ocasionou o cerceamento da garantia da ampla defesa e, por consectário lógico, supressão de instância. A Recorrente possui o direito de apresentar suas contrarrazões aos fatos apontados pela auditoria fiscal ou aos documentos juntados no decorrer do processo, tais como o Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973 – acompanhado de documentos de fls. 885 a 1930. Da forma como foi realizado, o direito do sujeito passivo ao contraditório não foi conferido.

Há vários precedentes desta Corte Administrativa neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 105-15982 (Relator Conselheiro Daniel Sahagoff; data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. (Recurso provido).

E a garantia da ampla defesa, assegurada constitucionalmente ao sujeito passivo, deve ser observada no processo administrativo fiscal. Nesse sentido, vejamos o dispositivo da Constituição Federal de 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;

Assim, 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 Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea.

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 conseqüência

§ 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 nº 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve cientificar o sujeito passivo dessa decisão, dar ciência de todas as diligências e de seus respectivos resultados (pronunciamentos da fiscalização), reabrir prazos e tomar as devidas providências para a continuação do contencioso.

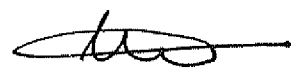
Desse modo, é necessário que seja efetuado o saneamento do vício apontado para que se possa julgar a procedência ou não do lançamento fiscal.

Diante de todo o exposto e de tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **ANULAR** a Decisão-Notificação (DN) nº 15.401.4/0356/2006 de fls. 1975 a 1984, para que o sujeito passivo seja informado do resultado dos pronunciamentos fiscais (Relatório Fiscal Complementar de fls. 1931 a 1973 – acompanhado de documentos de fls. 885 a 1930), bem como seja oferecido ao mesmo prazo de 30 (trinta) dias para manifestação.

Sala das Sessões, em 6 de julho de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator



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

Processo nº: 35207.000030/2007-69

Recurso nº : 149.908

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 2402-01.008

Brasília, 16 de agosto 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