

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 05, 08
Isia Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 547



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Processo n°	35301.004108/2006-65
Recurso n°	143.936 Voluntário
Matéria	RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Acórdão n°	205-00.544
Sessão de	09 de abril de 2008
Recorrente	EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A
Recorrida	DRP RIO DE JANEIRO - CENTRO/RJ

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 18 / 06 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/03/1996,
01/04/1997 a 31/05/1997, 01/08/1997 a 31/08/1997,
01/11/1997 a 30/09/1998

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE
DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS
PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte 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 70.235/72 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.

Os autos devem retornar a origem para ciência da diligência efetuada e de seu resultado, com reabertura de prazo recursal.

Anulado a Decisão de Primeira Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

f

Processo n.º 35301.004108/2006-65
Acórdão n.º 205-00.544

2ª CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 02, 06, 08

Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 548

ACORDAM os membros da quinta câmara do segundo conselho de contribuintes, Por unanimidade de votos, anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto da Relatora.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Renata Souza Rocha (suplente).

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário, por responsabilidade solidária, lançado em 14/12/2005, contra a empresa acima identificada referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte patronal, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência da incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a parte referente a contribuição dos segurados, relativas ao período de 01/1996 a 03/1996, 04/1997 a 05/1997; 08/1997; 11/1997 a 09/1998.

O Relatório Fiscal de fls. 44/50, diz que a recorrente contratou os serviços da empresa KL CONSTRUTORA LTDA., para a execução de obras de construção civil, mas que não foram apresentados os contratos, nem as notas fiscais/faturas de prestação de serviços, não sendo possível identificar a natureza da contratação.

Aduz o relatório, que o recorrente não apresentou à Fiscalização as cópias das folhas de pagamento e dos comprovantes de recolhimento específicos individualizados por obra de construção civil e relativos às notas fiscais.

Todos os documentos foram devidamente solicitados através de termo próprio – TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, fls. 27/39. Na falta de apresentação de documentos o débito foi lançado por aferição indireta, na forma do artigo 33 e seus parágrafos da Lei n. 8.212/91. Consta às fls. 55/56, planilha com o salário de contribuição apurado através das notas fiscais de prestação de serviço, tendo como fonte os lançamentos contábeis.

O devedor principal e o solidário apresentaram impugnação ao débito lançado, sendo que o solidário juntou documentos, fls. 110/180. Decisão-Notificação de fls.190/197, julgou o lançamento procedente.

Inconformado o recorrente interpôs o presente recurso, arguindo em síntese:

-Afronta ao princípio da verdade real face ao indeferimento da prova pericial, pois a administração pública deveria pautar-se pela verificação dos fatos como realmente ocorridos. Que os pagamentos foram realizados, conforme os documentos juntados pela prestadora de serviço.

- Afronta ao princípio da ampla defesa face ao percentual da multa aplicado, pois a gradação da multa em graus de defesa e recurso atinge o direito à ampla defesa assegurado pela constituição federal.

- Inquina de inconstitucionalidade o art. 45 da Lei n. 8.212/91, devendo a decadência previdenciária se ater ao prazo quinquenal. Discorre sobre o assunto.

- No mérito não aceita o levantamento sem a devida comprovação da existência de um débito de natureza tributária. Reitera que deveria ter sido procedida uma verificação junto à prestadora para ver da regularidade das contribuições previdenciárias. Aduz, ainda, que a prestadora comprovou pagamentos. Colaciona jurisprudência para dizer que a responsabilidade solidária somente poderá existir após a certeza do débito, o que não ocorreu no caso presente, havendo inclusive o risco de enriquecimento ilícito por parte do INSS.

- A aferição indireta foi medida arbitrária porque foram tomados valores brutos das notas fiscais de serviço sem que ao menos se realizasse uma fiscalização na empresa prestadora de serviços.

- Reitera que houve recolhimento da contribuição previdenciária, bastando olhar os documentos de fls. 109/180. Traz exemplos (fls. 233/235) de que foram efetuados recolhimentos pela prestadora, mas a autoridade administrativa simplesmente ignorou as guias apresentadas. Que a prestadora estaria dispensada de apresentar guia específica, pois não estava obrigada a realizar a matrícula da obra.

Requer a reforma da decisão de primeira instância; que seja reconhecida a decadência; que seja reconhecida a impossibilidade da majoração da multa em percentuais superiores a 12%; que seja anulada e arquivada a NFLD, ou alternativamente que seja realizada perícia ou que o julgamento seja convertido em diligência para serem carreados aos autos elementos indispensáveis ao convencimento do Colendo Conselho. Formula quesitos para a realização de perícia. Junta cópia do contrato de prestação de serviços e seus aditamentos, fls. 256/278.

O devedor solidário também apresentou recurso intempestivo, fls. 297/317, juntando outros documentos, fls. 330/514, e arguindo:

- a nulidade do lançamento frente à decadência, posto que o artigo 45 da Lei n. 8212/91 é inconstitucional, pois tal matéria somente poderia ser disposta por Lei Complementar.

- cerceamento de defesa, pois em momento algum foi fiscalizada, nem foi intimada a apresentar documentos para elidir o lançamento. Que não sabe nem quais foram as notas utilizadas para a aferição indireta, que não participou da elaboração dos arquivos digitais de lançamentos contábeis da Embratel, não podendo saber quais informações constam dos mesmos e se estão corretas.

- que o lançamento é impreciso e não pode se defender de uma imputação cuja documentação que serviu de lastro foi produzida por outra empresa e não lhe foi apresentada ao contraditório.

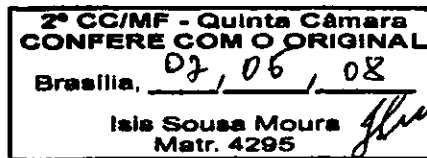
- traz às fls. 313/314 os contratos que celebrou com a EMBRATEL, que pela análise dos mesmos e o Anexo I da NFLD se observa duplicidade de valores lançados, erros nas datas de emissão das notas e notas que não foram praticadas pela por esta recorrente. Que existem notas onde o serviço foi executado pelo próprio fornecedor.

- que não procedeu ao recolhimento específico porque não matriculou a obra no INSS, mas que a não confecção de folhas e guias separadas por obra se configura apenas em descumprimento de obrigação acessória, não desnaturando o pagamento do tributo já efetuado.

- que o arbitramento não pode prosperar visto a apresentação dos contratos, notas fiscais, folhas de pagamento e guias de recolhimento.

Solicita diligência para análise dos documentos acostados e requer a recepção do recurso com efeito devolutivo e suspensivo; que seja reconhecida a decadência do Código Tributário Nacional e extinta a NFLD; ou que seja anulada a NFLD por cerceamento de defesa, ou tornada improcedente pelos fatos debatidos.

A



Os autos baixaram em diligência (fls. 517), para exame dos documentos juntados.

A fiscalização se manifesta às fls. 518, pela retificação parcial do crédito, conforme planilha e Forced de fls. 519 a 527.

Apresentadas as contra-razões (fls. 526/530), sugerindo que o CRPS conheça de ofício a retificação havida e mantenha os demais pontos da decisão recorrida.

Acórdão da 4ª Caj do CRPS converteu o julgamento em diligência para que a fiscalização informasse se o prestador já foi submetido a alguma espécie de fiscalização total (com contabilidade), se há lançamentos no período considerado no tomador, se aderiu a parcelamentos especiais e se tem CND de baixa já emitida,

Em resposta à diligência solicitada, às fls. 535, o auditor fiscal diz que em relação à prestadora de serviço, efetuou pesquisas nos sistemas de informática da Previdência Social, e até a presente data não consta fiscalização total nas competências em que houve o lançamento do crédito em questão, não há parcelamentos nem CND de baixa emitida.

A recorrente foi cientificada do resultado da diligência e lhe foi aberto prazo para manifestação onde às fls. 539/540, diz que a fiscalização se mostrou dissidiosa no cumprimento de suas obrigações, eis que pesquisas nos sistemas de informática não são suficientes para demonstrar se de fato houve ou não o pagamento dos créditos tributários em questão pela prestadora do serviço. Reitera que não pode o INSS cobrar crédito sem se certificar da existência do mesmo. E a resposta da diligência só reforça a fragilidade do lançamento, pois não permite ao julgador aferir se, efetivamente, há obrigação inadimplida, ou não.

O devedor solidário reitera todos os termos expendidos no recurso, juntando novamente cópias dos documentos já acostados.

É o relatório.

t

Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

O recurso foi interposto tempestivamente pela devedora principal, conforme informação de fls. 293, e intempestivamente pela devedora solidária KL Construtora Ltda., informação de fls. 517.

Pressupostos superados, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

Embora intempestivo o recurso da devedora solidária, o mesmo foi objeto de diligência fiscal, em obediência ao princípio da verdade material.

Todavia, analisando os autos verifiquei que não há provas de que a recorrente e a devedora solidária tenham sido cientificadas do resultado da diligência solicitada às fls. 517, cuja resposta se deu conforme informação fiscal de fls. 518/520, com retificação parcial do débito. Os autos foram encaminhados para julgamento em segunda instância sem a possibilidade do contraditório em relação à diligência fiscal.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pelo Auditor Fiscal ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contra-razões aos fatos apontados pela fiscalização ainda na primeira instância administrativa. Da forma como foi realizado o procedimento, o direito do contribuinte ao contraditório foi conferido somente em grau de recurso.

Há vários precedentes deste órgão colegiado 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 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 n.º 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.

Feitas estas considerações, entendo que, 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 n.º 9.784/99, abaixo transcrito:

Lei n.º 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;
(grifo nosso)*

Nesse sentido, entendo que o Acórdão proferido pela 4ª Caj é nulo, por cerceamento ao direito de defesa, com fulcro no art. 31, II, da Portaria MPS n.º 520/2004, abaixo transcrito.

Art. 31. São nulos:

(...)

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

A

Processo n.º 35301.004108/2006-65
Acórdão n.º 205-00.544

2ª CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 07, 06, 08
Isis Sousa Moura
Metr. 4298

CC02/C05
Fls. 554

Desta forma, os autos devem retornar a origem, devendo ser conferida ciência aos recorrentes do resultado da diligência fiscal de fls. 518/520, bem como da retificação do débito que deve ser efetuada na primeira instância, com a conseqüente reforma da decisão recorrida, sendo reaberto às partes o prazo recursal.

Sala das Sessões, em 09 de Abril de 2008


LIEGE LACROIX THOMASI

Relator