

2ª CC/MP - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02/06/08
Ieda Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 446



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº	35301.009155/2006-03
Recurso nº	143.161 Voluntário
Matéria	Responsabilidade Solidaria - Construção Civil
Acórdão nº	205-00.510
Sessão de	09 de abril de 2008
Recorrente	EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A
Recorrida	DRP-RIO DE JANEIRO/RJ

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 16/06/08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1997 a 03/11/1997,
01/01/1998 a 31/12/1998

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

1. 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.

Anulada a Decisão de Primeira Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

t

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

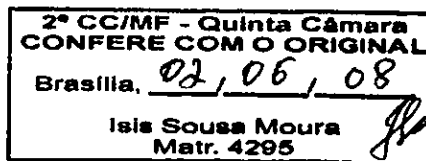
Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 06, 08
Iais Sousa Moura
Matr. 4296

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira Manoel Coelho Arruda Junior, e Adriana Sato.e 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 01/1997 a 10/1997 e de 01/1998 a 12/1998.

O Relatório Fiscal de fls. 48/54, diz que a recorrente contratou os serviços da empresa SISTEMA ENGENHARIA E ARQUITETURA 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. 31/43. 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.

O devedor principal e o solidário apresentaram impugnação ao débito lançado, sendo que o solidário juntou documentos que ensejaram a realização de diligência, fls. 222, cujo resultado levou a retificação parcial do lançamento, fls. 223/227. Decisão-Notificação de fls. 233/239, julgou o lançamento procedente em parte.

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. Aduz que ocorreram pagamentos, tanto que o crédito foi reduzido.

- 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.

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.

O devedor solidário também apresentou recurso, fls. 303 a 310 e juntou documentos , fls.311/400, arguindo que o levantamento por arbitramento se revelou um verdadeiro confisco, pois somente poderia ter sido utilizado na sonegação de documentos, o que não ocorreu.

Alega que a EMBRATEL para efetuar os pagamentos exigia o cumprimento das obrigações previdenciárias, mas o débito foi lançado sem sequer mencionar as notas relativas ao mesmo e tampouco verificar nos sistemas informatizados se houve ou não o recolhimento das contribuições .

Argui que tem sua defesa cerceada pela ausência de elementos trazidos na notificação, que pela tosca planilha que a acompanha, não consegue vislumbrar os dados necessários para se defender, pois o órgão não apontou quais os lançamentos são vinculados a esta ou aquela nota fiscal. Alega que não teve prazo para apresentar documentos, até porque se localiza em outra unidade da federação.

Aduz que procedeu aos recolhimentos, que possui contabilidade regular e junta guias e folhas de pagamento para comprovar o alegado. Complementa dizendo que a prestação de serviço de construção civil se deu em São Paulo e deveria ser fiscalizada para se proceder ao exame de sua contabilidade a fim de se provar a regularidade dos recolhimentos.

Protesta por todos os meios de prova, especialmente a juntada de novos documentos e requer o cancelamento da NFLD.

A DRP apresentou contra-razões e o processo foi apreciado pela 4ª Caj do CRPS, que 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, fls 412/413.

Em resposta à diligência solicitada, às fls. 414, o auditor fiscal diz que em relação à prestadora de serviço não consta fiscalização com contabilidade, nem CND de baixa emitida, mas foi constatada a existência de lançamentos abrangendo o período considerado no tomador e ressalta que informações constantes do sistema de informática não permitem afirmar que tais lançamentos englobam os valores lançados por solidariedade na empresa tomadora de serviços.

A recorrente foi cientificada do resultado da diligência e lhe foi aberto prazo para manifestação onde às fls. 419/420, diz que a fiscalização se mostrou dissidiosa no cumprimento de suas obrigações , eis que pesquisas nos sistemas de informática não são

f

Processo n.º 35301.009155/2006-03
Acórdão n.º 205-00.510

2º CC/MF - Quinta Câmara CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 02, 06, 08 Isis Sousa Moura Matr. 4295
--

CC02/C05
Fls. 450

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.

O devedor solidário também se manifesta às fls. 425/427, dizendo que foi submetido a uma fiscalização total e afirma que todos os recolhimentos da obra da EMBRATEL foram levados a efeito no CNPJ, diante da não obrigatoriedade de aderir à matrícula específica. Que todo o período do contrato foi abrangido pela fiscalização. Anexa cópias do MPF, TIAD, TEAF, documentos referentes a parcelamento deferido e Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (fls.429/444).

Requer a sua exclusão deste procedimento fiscal, haja vista que possui contabilidade regular, tendo sido fiscalizada e homologada para o período de 01/1997 a 08/2006.

É o Relatório.

A

Voto

Conselheira, LIEGE LACROIX THOMASI Relatora

O recurso foi interposto tempestivamente pela devedora principal, conforme informação de fls. 299, e intempestivamente pela devedora solidária Sistema Engenharia e Arquitetura Ltda., fls. 404.

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

Analisando os autos verifiquei que não há provas de que a notificada e a devedora solidária tenham sido cientificadas do resultado da diligência solicitada às fls. 222, cuja resposta se deu conforme informação fiscal de fls. 223/227, com retificação parcial do débito. A Decisão-Notificação pugnou pela procedência em parte do lançamento, 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 n.º 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.

A

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 a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.

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 a decisão proferida (Decisão-Notificação n.º 17.401.4/0452/2006) é nula, 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 35301.009155/2006-03
Acórdão n.º 205-00.510

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

CC02/C05
Fls. 453

Por todo o exposto, voto pela anulação da decisão de primeira instância, devendo ser conferida ciência aos recorrentes do resultado da diligência fiscal de fls. 223/227, abrindo-lhes prazo de quinze dias para manifestação.

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008



LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora