



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 05, 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat. Sape #77802

CC02/C06
Fls. 217

Processo nº	35464.002723/2006-74
Recurso nº	142.859 Voluntário
Matéria	RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Acórdão nº	206-00.206
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	NESTLÉ BRASIL LTDA.
Recorrida	SRP - SÃO PAULO/SP - SUL

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 13, 05, 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/1998 a 31/01/1999

Ementa: NORMAS PROCEDIMENTAIS. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA INTIMAÇÃO CONTRIBUINTE PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DE ATOS PROCESSUAIS/DILIGÊNCIA REQUERIDA ANTES DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. É nula a decisão de primeira instância que, em detrimento aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, é proferida sem a devida intimação do contribuinte do resultado de diligência requerida pela autoridade julgadora após interposição de impugnação.

Ao contribuinte é assegurado o direito de manifestar-se acerca de todos os atos processuais levados a efeito no decorrer do processo administrativo fiscal, que possam interferir diretamente na apreciação da legalidade/regularidade do lançamento.

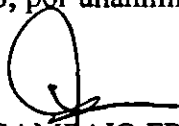
Decisão de Primeira Instância Anulada.

Processo Anulado.

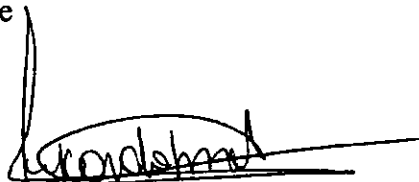
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 08	
Sâmara Alves de Oliveira	
Mat.: Siepe 877852	

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular a Decisão de Primeira Instância.


ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente


RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Cleusa Vieira de Souza.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	02 / 05 / 08
	
Síma Alves de Oliveira	
Mat.: Siape 877862	

Relatório

NESTLÉ BRASIL LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em São Paulo/SP - Sul, DN nº 21.004/231/2005, que julgou procedente em parte o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela empresa ao INSS, com fundamento na Responsabilidade Solidária do artigo 31, da Lei nº 8.212/91 (redação original), correspondentes à parte dos empregados, da empresa e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra cedida pela empresa O CORPO DO NEGÓCIO PROMOÇÕES LTDA., em relação ao período de 06/1998 a 01/1999, conforme Relatório Fiscal, às fls. 22/29.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 17/12/2004, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 268.786,67 (Duzentos e sessenta e oito mil, setecentos e oitenta e seis reais e sessenta e sete centavos).

De acordo com Relatório Fiscal, o crédito foi constituído por responsabilidade solidária, em razão da recorrente não ter apresentado à fiscalização as cópias autenticadas das guias de recolhimento quitadas e respectivas Folhas de Pagamento vinculadas aos serviços prestados pela empresa O CORPO DO NEGÓCIO PROMOÇÕES LTDA., que seriam capazes de comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias relativas aos empregados da prestadora colocados a seu serviço.

Tendo em vista a não apresentação da documentação solicitada pela fiscalização, o presente crédito previdenciário fora constituído por aferição indireta, com arrimo no artigo 33, § 3º, da Lei 8.212/91, utilizando-se o percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor total do serviço prestado contido nas Declarações à Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 618, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003.

Cumprе observar que a empresa prestadora de serviços fora devidamente intimada da lavratura da presente notificação fiscal, conforme se depreende do Aviso de Recebimento-AR, às fls. 33, não tendo apresentado impugnação ou recurso voluntário.

A autoridade julgadora de primeira instância achou por bem julgar procedente em parte o lançamento, uma vez ter constatado a aplicação equivocada da alíquota da contribuição dos segurados empregados de 7,82%, relativamente ao período de 06/1998 a 12/1998, enquanto o correto seria a alíquota de 8%, razão pela qual referida rubrica fora excluída do presente débito para lançamento em NFLD apartada.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 158/204, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pretende seja reconhecida a decadência pleiteada em sua impugnação, sob o argumento que a Lei nº 8.212/91 não poderia definir prazo decadencial diverso do estipulado no Código Tributário Nacional, de cinco anos, sob pena de incorrer em



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02, 05, 08
	
Sérgio Alves de Oliveira	
Mat.: Sipe 877862	

vício insanável de ilegalidade e inconstitucionalidade, ao conflitar com normatização de hierarquia superior, violando o artigo 146, III, "b", da Constituição Federal, restando decaído o crédito previdenciário lançado fora do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos moldes do artigo 150, § 4º, do CTN, sobretudo tratando-se de lançamento fundado na ausência de documentos aptos a elisão de responsabilidade de terceiro.

Insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do procedimento, por entender que a fiscalização ao constituir o crédito previdenciário com base nas Declarações de Imposto de Renda, deixou de comprovar que os serviços foram prestados efetivamente por cessão de mão-de-obra, na forma que exige a legislação de regência, não trazendo à colação contrato de prestação de serviço, notas fiscais ou quaisquer outros elementos capazes de amparar a pretensão fiscal.

Assim, pugna pela decretação da nulidade do lançamento, aduzindo para tanto que o fiscal autuante não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa, deixando de comprovar a efetiva prestação de serviços por cessão de mão-de-obra, contrariando o disposto no artigo 37, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 5º, inciso LIV, da CF, em total preterição do direito de defesa da notificada, conforme se extrai da doutrina e jurisprudência administrativa transcritas em sua peça recursal.

Alega inexistir no contrato celebrado com a empresa encimada, a continuidade dos serviços prestados, requisito essencial à configuração da cessão de mão-de-obra, não se cogitando da responsabilidade da recorrente no recolhimento das contribuições previdenciárias.

Requer a nulidade do lançamento, alegando que a fiscalização deixou de verificar primeiramente, junto à prestadora dos serviços, a existência dos créditos previdenciários ora lançados.

Aduz que o crédito previdenciário deveria ter sido lançado contra a empresa prestadora de serviços, contribuinte originário e responsável pelo cumprimento da obrigação tributária acessória, respondendo a recorrente tão somente pela dívida tributária já constituída.

Após tecer comentários a respeito do responsável solidário e do devedor, entendendo por distintos os dois, infere que a responsabilidade da recorrente é subsidiária. Assim, somente poderia responsabilizar o contratante dos serviços se e quando o pagamento da contribuição previdenciária não houver sido efetuado pelo prestador, sujeito passivo direto do tributo em comento, impondo seja declarada a nulidade do feito.

Defende que apresentou à fiscalização toda sua escrita contábil, bem como documentação trabalhista, que eram capazes de comprovar o pleno cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principais da contribuinte, sendo totalmente improcedente o presente lançamento, mormente por ter sido levado a efeito por arbitramento, sem qualquer comprovação da efetiva prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra.

Opõe-se ao arbitramento utilizado pelo fisco ao constituir o crédito previdenciário, sob a alegação de que este procedimento somente pode ocorrer de forma motivada, o que não se vislumbra no presente caso, onde a fiscalização deveria ter considerado que o prestador de serviços já fora fiscalizado, encontrando-se adimplente perante o fisco.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Síma Alves de Oliveira Mat. Sica 877862	

Pretende seja reduzida a multa de mora em 50% (cinquenta por cento), com fundamento nos artigos 32, inciso IV, e 35, inciso II, alínea "a", e § 4º, da Lei nº 8.212/91.

Argüi a inconstitucionalidade da TAXA SELIC, aduzindo para tanto, entre outros motivos, que sua instituição decorreu de resolução do Banco Central, e não por lei, não podendo, portanto, ser utilizada em matéria tributária, por desrespeitar o Princípio da Legalidade. Alega, ainda, tratar-se referida taxa de juros remuneratórios e não moratórios, o que a torna ilegal e inconstitucional. Traz à colação inúmeras decisões de nossos Tribunais, e bem assim doutrina procurando fundamentar seu entendimento.

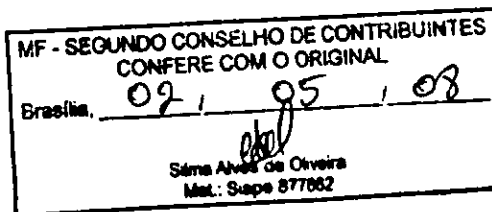
Após dissertar a respeito da responsabilidade tributária e sujeição passiva, conclui pela impossibilidade de responsabilização dos sócios em relação ao crédito previdenciário ora lançado, uma vez que não foram atendidos os requisitos necessários para tanto, inscritos nos artigos 134 e 135, do Código Tributário Nacional, entendimento que encontra guarida na doutrina e jurisprudência pátria trazida à colação.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos, tomando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

A então Secretaria da Receita Previdenciária apresentou contra-razões, às fls. 208/215, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e efetuado o depósito recursal, conheço do recurso e passo a examinar as alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo procedimento fiscal, especialmente no seu recurso voluntário, bem como as contra-razões da SRP em defesa da manutenção do crédito previdenciário, há nos autos vício sanável, ocorrido no decorrer do processo administrativo fiscal, o qual precisa ser saneado, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, com o fito de se restabelecer a garantia do devido processo legal.

Com efeito, ainda que a contribuinte não tenha suscitado em suas razões recursais, do exame dos elementos que instruem o processo conclui-se que a fiscalização, e bem a assim a autoridade julgadora de primeira instância, cercearam o direito de defesa da recorrente, senão vejamos.

Consoante se positiva da análise dos autos, após a apresentação da defesa da contribuinte, o julgador recorrido achou por bem converter o processo em diligência para que o fiscal autuante examinasse as razões e documentos colacionados aos autos naquela oportunidade, promovendo a exclusão dos valores que entendesse indevidamente lançados, conseqüentemente, retificando o crédito previdenciário originalmente constituído, conforme documento (Diligência Fiscal), às fls. 89/96.

Em atendimento à diligência requerida pela autoridade julgadora, o ilustre AFPS autuante elaborou Informação Fiscal, às fls. 105/106, refutando as razões contidas na defesa da então impugnante, propondo a manutenção do lançamento fiscal em sua plenitude.

Ocorre que, ao arrepio do princípio do devido processo legal, mais precisamente da ampla defesa, as contribuintes não foram intimadas para manifestarem-se a respeito do resultado da diligência, ferindo-lhes, assim, seu sagrado direito a ampla defesa, inscrito no artigo 5º, inciso LV, da CF, *in verbis*:

"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;"

A corroborar este entendimento a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 26 e 28, assim preceitua:

"Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02/05/08	
Sônia Alves de Oliveira Mat.: Siga 877862	

Art. 28. Devem ser objeto de intimações os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direito e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse."

Na mesma linha de raciocínio, para não deixar dúvidas quanto a nulidade da decisão de primeira instância, o artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelece o seguinte:

"Art. 59. São nulos:

[...].

II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa;" (grifamos).

Por sua vez, a doutrina pátria não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

"Especificamente, no processo administrativo fiscal, há previsão para a observância do contraditório e da ampla defesa, já que a Lei nº 9.784/99, e seu artigo 2º, inciso X, prescreve "[...]". Também o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes determina, em seu artigo 18, § 7º, a abertura de vista à parte contrária no caso de apresentação de esclarecimentos ou documentos pela outra parte.

[...] Assim, se, na fase de instrução, são trazidos, aos autos, dados ou documentos colhidos externamente, sem conhecimento do contribuinte, a este deve ser concedido o prazo do citado art. 44 para manifestação. De igual forma, se o julgamento é convertido em diligência ou perícia, seja a requerimento da parte, seja por determinação de ofício da autoridade julgadora, com vistas a contemplar a instrução do processo, é cogente a oitiva das partes (interessado e Procurador da Fazenda Nacional) após encerrada a instrução." (NEDER, Marcos Vinícius / LÓPEZ, Maria Teresa Martinez – Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado – São Paulo: Dialética, 2002 – pág. 41).

Igualmente, a jurisprudência administrativa é mansa e pacífica nesse sentido, conforme faz certo o julgado dos Conselhos de Contribuintes, com sua ementa abaixo transcrita:

"Normas Processuais – Ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa – Nulidade. Manifestando-se o autuante após a impugnação, deve ser dada ciência dessa manifestação ao contribuinte, com abertura de prazo para sobre ela se manifestar, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] Processo que se anula a partir da manifestação fiscal posterior à impugnação, exclusive." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 101-93.294 – D.O.U. de 12/03/2001)

Na hipótese vertente, com mais razão a exigência da intimação das contribuintes para manifestação acerca do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora se faz presente a medida em que, posteriormente à apresentação da impugnação, submetido o processo ao exame do fiscal autuante, este trouxe aos autos novas razões de fato e de direito em defesa a manutenção do crédito originalmente lançado.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 08	CC02/C06 Fls. 224
Sônia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862	

Imperioso ressaltar que o Relatório Fiscal foi corroborado pela fiscalização com novos argumentos, face as razões e documentos ofertados pela contribuinte em sua defesa inaugural, impondo a este o conhecimento dessas novas alegações que ratificaram a exigência fiscal em comento, tendo em vista seu sagrado direito a ampla defesa, o qual garante a recorrente manifestar-se a respeito de todos os atos processuais levados a efeito no decorrer do processo administrativo que possa atingir-lhe em seu patrimônio.

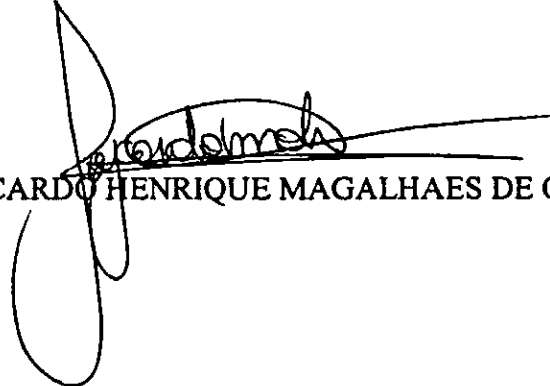
Observe-se, que ao negar às contribuintes o direito de se manifestarem a respeito do resultado da diligência requerida pela autoridade julgadora recorrida, estaríamos, de certa forma, criando e/ou admitindo as contra-razões da impugnação, figura processual que só é contemplada pela legislação previdenciária quando da interposição do recurso voluntário. Ou seja, a autuada oferece sua impugnação e o julgador de primeira instância submete ao fiscal autuante as razões ali consignadas para que ele as examine, acolhendo-as ou não. Em outras palavras, efetivamente, não deixa de ser contra-razões de impugnação.

Assim, tratando-se, como de fato se trata, de diligência, devem as contribuintes tomar conhecimento de seu resultado para se manifestarem a respeito, se assim acharem por bem, sobretudo quando inexiste na legislação de regência a figura do processual das “contra-razões de impugnação”, não podendo o julgador inovar o que a legislação não contempla, ou mesmo ampliá-la de maneira a acobertar novos atos processuais.

Nessa esteira de entendimento, deixando o julgador recorrido de intimar/cientificar as contribuintes do resultado da diligência requerida, para devida manifestação, após a apresentação de sua (s) impugnação (ões) e antes de proferida a decisão, incorreu em cerceamento do direito de defesa das notificadas, em total afronta ao princípio do devido processo legal, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, bem como de todos os atos subsequentes, devendo o presente processo ser remetido a origem para intimar as autuadas das razões da fiscalização consubstanciadas na Informação Fiscal, às fls. 105/106, para que seja proferida nova decisão pela autoridade julgadora de primeira instância na boa e devida forma.

Por todo o exposto, estando a Decisão de primeira instância em dissonância com os dispositivos constitucionais/legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO E ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007


RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA