



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

**Processo n°** 35564.000747/2006-61  
**Recurso n°** 243.427 Voluntário  
**Acórdão n°** **2302-001.389 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**  
**Sessão de** 26 de outubro de 2011  
**Matéria** Cessão de mão de obra. Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral  
**Recorrente** COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO  
COHAB  
**Recorrida** SRP São Paulo - Centro

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/10/2000

FALTA DE CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

O contribuinte possui direito de participação no processo administrativo em relação a qualquer ato praticado ou documento juntado.

Aguardando Nova Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª câmara / 2ª turma ordinária** do segunda **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Marco André Ramos Vieira

Presidente

Adriana Sato

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros . Marco André Ramos Vieira (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Manoel Coelho Arruda Junior e Adriana Sato.

## Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada em 29/04/2005 cuja ciência do Recorrente ocorreu em 06/05/2005 (fls.86).

De acordo com o Relatório Fiscal de fls.59/61, o período do lançamento do crédito previdenciário é de 05/00 a 10/00, no código de levantamento "BAS — Basic Engenharia Ltda".

Os valores foram levantados de acordo com o período de realização dos serviços conforme discriminados nas notas fiscais de serviços.

Constituem fatos geradores das contribuições lançadas às remunerações dos segurados que prestaram serviços a tomadora por intermédio da prestadora, remunerações estas incluídas em notas fiscais/faturas de serviços, levantadas em razão da solidariedade da empresa contratante COHAB com a prestadora de serviços BASIC Engenharia Ltda.— CNPJ 48.124.945/0001-41, pelas contribuições devidas à Seguridade Social e relativa aos trabalhadores contratados para execução de diversos serviços (correspondentes: à parte do empregado; à parte da empresa; à contribuição para o financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa.

Nos termos da Lei 8.212/91, em seu artigo 30, inciso VI, o proprietário, o incorporador, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social.

A responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados, incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, conforme o parágrafo 30 do artigo 31 da Lei 8.212/91, acrescentada pela Lei 9.032/95.

Foram efetuadas medições de acordo com o período de realização dos serviços conforme consta das notas fiscais de serviços, porém, essas medições não foram apresentadas a esta fiscalização, para poder discriminar os serviços executados na obra e aplicar os percentuais relativos a cada tipo de serviço.

O critério de aferição está definido nas orientações contidas na Instrução Normativa n.º100/2003.

Os valores de base de cálculo foram aferidos com base nas notas fiscais de serviços emitidas para a "tomadora" COHAB SP. Não havendo a discriminação dos serviços, foi aplicado o percentual de 50% do total das notas fiscais, considerando haver fornecimento de materiais para apuração do valor de serviços.

A remuneração de mão de obra utilizada na obra da COHAB foi aferida na alíquota de 40% sobre o valor dos serviços (corresponde a 20% do total da NF, ou seja, 40% de

50%), sendo os valores e alíquotas aplicadas para cálculo da contribuição devidamente discriminadas no DAD - Discriminativo Analítico de Débito que faz parte integrante da presente NFLD.

As cópias de guias de recolhimento recolhidas na Matrícula CEI da obra, apresentadas pela COHAB, não foram suficientes para comprovar o total de recolhimento de contribuições relativos aos trabalhadores da obra. Também não foram apresentadas cópias de folhas de pagamento específicas e a comprovação de contabilização dos custos desta obra na contabilidade da prestadora.

O procedimento fiscal de aferição está devidamente amparada pelo artigo 33, parágrafo 3º da Lei 8.212/91.

A Recorrente e a contratada apresentaram impugnação, alegando em síntese:

- decadência;
- necessidade de se chamar ao processo a prestadora de serviços;
- revisão do débito;
- inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa selic;

Às fls.228/229 consta uma informação fiscal sugerindo a retificação do débito.

ÀS fls.230/236 consta a manifestação da Recorrente sobre o TIAD que lhe foi encaminhado.

A DN julgou o lançamento procedente em parte, e, inconformada a Recorrente apresentou recurso voluntário, alegando em síntese:

- interpôs o recurso sem o respectivo depósito recursal amparado por Mandado de Segurança ;
- inconstitucionalidade e ilegalidade da taxa selic;
- as contribuições confessadas em GFIP recolhidas ou não devem ser consideradas para abatimento do valor lançado;
- a documentação apresentada não foi apreciada e a DN não se pronunciou sobre o aditamento da impugnação;

A DRP apresentou contra razões e a 4ª CaJ converteu o julgamento em diligência para que a fiscalização manifestar-se sobre as indagações da Recorrente.

Mesmo intimadas, ambas não se manifestaram sobre o resultado da diligência.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Adriana Sato, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões suscitadas.

### Da Preliminar

Analisando os autos entendo que das informações juntadas à fl. 228/229, em resposta à diligência solicitada à fl. 217, deveria ter sido dado conhecimento à Recorrente e a contratada antes de ser proferida a decisão de primeira instância.

A recorrente e a prestadora de serviços foram privadas da oportunidade de resposta sobre o resultado da diligência que apresentou manifestação conclusiva sobre a documentação e argumentos da impugnação.

A recorrente e a prestadora de serviços possuem o direito de apresentar suas contra-razões aos fatos apontados pelo fisco 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.*

Este entendimento também consta do 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.

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 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 nº 9.784/99, abaixo transcrito:

*Lei nº 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 é nula, por cerceamento ao direito de defesa, com fulcro no art. 31, II, da Portaria MPS nº 520/2004, abaixo transcrito.

*Art. 31. São nulos:*

*(...)*

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

Processo nº 35564.000747/2006-61  
Acórdão n.º **2302-001.389**

**S2-C3T2**  
Fl. 914

---

Por todo o exposto, voto pela anulação da decisão de primeira instância, devendo ser conferida ciência ao recorrente do resultado da diligência de fl. 228/229, abrindo-lhe prazo para manifestação e posterior emissão de nova decisão.

Adriana Sato

CÓPIA