



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01, 07, 08
Iris Sousa Moura
Matr. 4294

CC02/C05
Fls. 423

Processo nº	35582.003608/2006-71
Recurso nº	144.879 Voluntário
Matéria	Responsabilidade Solidaria -Construção Civil -Aferição Indireta
Acórdão nº	205-00.513
Sessão de	08 de abril de 2008
Recorrente	EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A
Recorrida	DRP-RIO DE JANEIRO/RJ

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicada no Diário Oficial da União
de 29 / 07 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1996,
01/04/1998 a 30/04/1998, 01/08/1998 a 31/01/1999

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.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

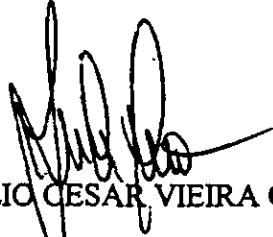
k

Processo n.º 35582.003608/2006-71
Acórdão n.º 205-00.513

2º CC/MP - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01, 07, 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 424

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

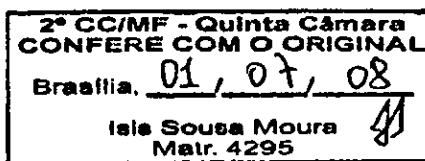
Presidente



LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira Damiano 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 12/1996, 04/1998 e 08/998 a 12/1998.

O Relatório Fiscal de fls. 46/52, diz que a recorrente contratou os serviços da empresa SERVE BEM PRESTADORA DE SERVIÇOS 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. 28/41. 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. 132, cujo resultado levou a retificação parcial do lançamento, fls. 133/135. Decisão-Notificação de fls. 142/148, julgou o lançamento procedente em parte.

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

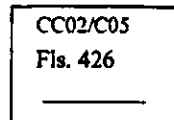
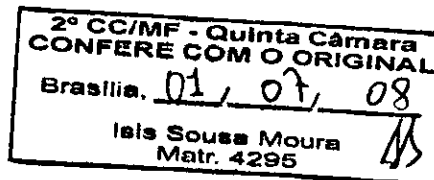
-Afronta ao princípio da verdade real face ao indeferimento da prova pericial, pois a administração pública deveria pautar-se pela verificação dos fatos como realmente ocorridos. Que os pagamentos foram realizados, conforme os documentos juntados pela prestadora de serviço.

- 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.

h



- 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 Colegiado. 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, 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

que prestou serviços de limpeza, manutenção predial e conserva ordinária e extraordinária das vias de acesso as estações repetidoras da EMBRATEL. Alega que se surpreendeu com a notificação porque apresentou todas as guias de recolhimento referentes ao contrato, que além da mão de obra, traz equipamentos, uniformes, ferramentas e materiais, sendo as guias de INSS devidas exclusivamente sobre a mão de obra. Por esta razão, o valor total da fatura não pode ser base de tributação.

Aduz que o contrato estipulava o número de funcionários a ser locado em cada serviço e as guias trazem o valor e número das notas fiscais, vinculando-as ao contrato, não procedendo a assertiva fiscal de que são genéricas. Confirma que efetuou todos os recolhimentos, anexa planilhas (fls. 207/211) e solicita o arquivamento da NFLD, visto que cumpriu com suas obrigações.

Às fls. 394, a DRP Rio de Janeiro- Centro/RJ, solicita que seja efetuada diligência fiscal para o exame dos documentos juntados.

Em resposta, a fiscalização se manifesta (fls. 395/397), para dizer que o débito deve ser retificado, emitindo o FORCED de fls. 398/402.

A DRP apresenta as contra-razões, sugerindo que o colegiado conheça de ofício as retificações propostas e mantenha os demais pontos.

Acórdão da 4ª Caj do CRPS (fls. 409/411), 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,

k

Processo n.º 35582.003608/2006-71
Acórdão n.º 205-00.513

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01, 07, 08.
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 427

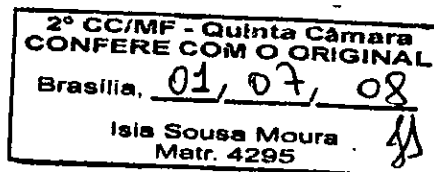
Em resposta à diligência solicitada, às fls. 412, o auditor fiscal diz que em relação à prestadora de serviço, efetuou pesquisas nos sistemas de informática da Previdência Social, e até a presente data não consta fiscalização total nas competências em que houve o lançamento do crédito em questão, não 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. 417/418, 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.

O devedor solidário não se manifestou.

É o Relatório.

A



Voto

Conselheira, LIEGE LACROIX THOMASI Relatora

O recurso foi interposto tempestivamente pela devedora principal, conforme informação de fls. 203, e pela devedora solidária Servebem Prestadora de Serviço Ltda., fls. 393.

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. 132, cuja resposta se deu conforme informação fiscal de fls. 133/135, 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.

Também, após a apresentação do recurso foi solicitada nova diligência, fls. 394, com nova retificação do débito, fls. 395/397, sem ciência por parte das devedoras principal e solidária.

A impossibilidade de conhecimento dos fatos elencados pelo Auditor Fiscal ocasionou a supressão de instância. O recorrente possui o direito de apresentar suas contrarrazões 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

k

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 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 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 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 (Decisão-Notificação nº 17.401.4/0291/2006) 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 n.º 35582.003608/2006-71
Acórdão n.º 205-00.513

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 01, 07, 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 430

Por todo o exposto, voto pela anulação da decisão de primeira instância, devendo ser conferida ciência aos recorrentes do resultado das diligências fiscais de fls. 133/135 e 395/397, abrindo-lhes prazo de quinze dias para manifestação.

Sala das Sessões, em 08 de abril de 2008


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora