

CC02/C06
Fls. 227

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA**

Processo n° 35884.002938/2004-82
Recurso n° 150.816 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão n° 206-01.553
Sessão de 06 de novembro de 2008
Recorrente PETROBRÁS PETRÓLEO BRASILEIRO S/A E OUTRO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/12/2003

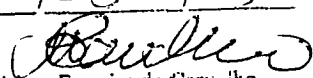
PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DOS 11% - NÃO CIENTIFICAÇÃO DE DILIGÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DE DN.

Não cientificação do recorrente acerca de diligência efetuadas - cerceamento de defesa, nula a decisão de 1ª instância.

Processo Anulado.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 35884.002938/2004-82
Acórdão n.º 206-01.553

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 27, 05, 09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Sinpe 751583

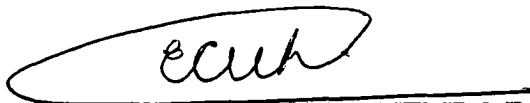
CC02/C06
Fls. 228

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por unanimidade de votos em anular a Decisão de Primeira Instância. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Renato de Oliveira Silva, OAB/RJ nº 133.477.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

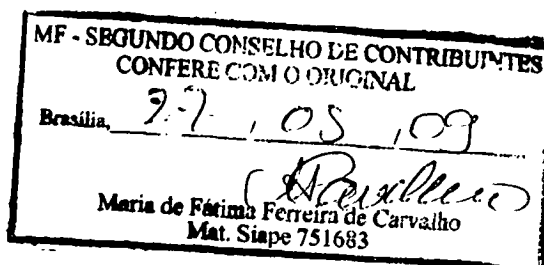
Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante cessão de mão de obra. O lançamento compreende competências entre o período de 09/2001 a 12/2003, fls.04 a 09.

A base de cálculo dos segurados utilizados na prestação de serviços mediante cessão de mão de obra pela empresa SERVIFACIL LTDA foram obtidas mediante a verificação das notas fiscais e contratos, boletins de medição, inclusive com valores de matérias discriminados. O relatório fiscal detalha a forma como os serviços foram prestados, identificando tratar-se de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 28/09/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido na mesma data. Contudo, relevante informar que o procedimento fiscal teve início em 17/10/2003, com a ciência do MPF, servindo este como medida preparatória para o lançamento.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pela empresa notificada, fls. 59 a 65. Apresentou também defesa a Petrobrás distribuidora, fls. 140 a 145.

O processo foi baixado em diligência tendo o auditor fiscal após a análise dos documentos apresentados emitido informação fiscal rebatendo os argumentos apresentados em sede de defesa, fls. 165 a 166.

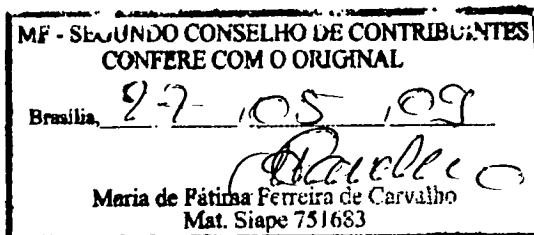
A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento fiscal, fls. 168 a 175.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 189 a 195 por uma das responsáveis solidárias no caso a GASPRETO, no sentido de que teve cerceado o seu direito de defesa, ao não ter tido acesso a todo o teor da NFLD em questão, mas tão somente ao resultado do julgamento das mesmas. Ademais, só é cabível responsabilidade solidária, quando o terceiro esteja de alguma forma, vinculado a hipóteses de incidência, uma vez que somente o contribuinte principal tem relação jurídica direta e pessoal com o fato impositivo.

A Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A, ora recorrente também não concordando com a decisão do órgão previdenciário, interpôs recurso, conforme fls. 202 a 210. Em síntese, a recorrente alega o seguinte:

Ao contrário do alegado pela autoridade fiscal, tanto a recorrente quanto a contratada cumpriram integralmente com as suas obrigações, não ocasionando dessa forma, qualquer prejuízo ao cofre previdenciário.

O contrato em questão não envolveu cessão de mão de obra, razão porque inaplicável a retenção de 11%.



Ao efetuar o lançamento contra o responsável tributário, sem verificar, contudo se o contribuinte originário já adimpliu a mesma obrigação, qual seja a de promover o recolhimento correto dessas contribuições, a fiscalização incorreu em "bis in idem".

As orientações do próprio INSS são no sentido de cruzar informações de todos os devedores solidários, com vistas a verificação da regularidade do crédito a ser constituído, evitando a cobrança de créditos já extintos.

A autarquia considerou o valor bruto das notas fiscais como base de cálculo, sendo que deveria fazê-lo apenas em relação ao montante da mão de obra empregada.

Ademais, não se trata de cessão de mão de obra, mas venda de mercadorias, tendo em vista que referia-se ao fornecimento de refeições prontas.

Não tem competência o tomador dos serviços para fiscalizar a regularidade do prestador.

Requer o cancelamento da NFLD.

A Petrobrás distribuidora também apresentou seu recurso às fls. 213 a 219, no sentido de além de não ter participado da relação jurídica previdenciária que deu origem ao lançamento da respectiva contribuição, não lhe foi dado a conhecer as razões e motivos que levaram a autarquia a lançar o débito previdenciário.

A SRP apresenta contra-razões às fls. 222 a 226.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

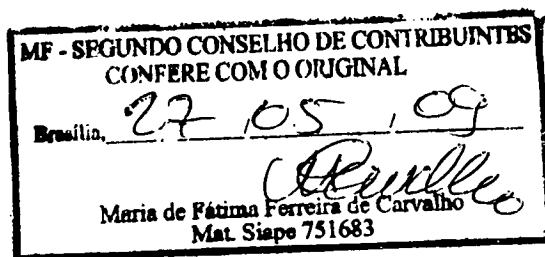
PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 222. Pressupostos superados, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Analisando os autos verifiquei uma irregularidade. A Receita Previdenciária realizou diligência fiscal, e como resultado dessa diligência, foi emitida informação fiscal e não há provas de que o recorrente foi cientificado do resultado da diligência, sendo exarada DN, sem a possibilidade do contraditório em relação à diligência fiscal.

Dessa forma, contata-se que, após a impugnação do sujeito passivo e antes do julgamento de 1ª instância, o processo foi convertido em diligência e a autoridade notificante se manifestou rebatendo as razões trazidas pela recorrente em sua defesa.



Segundo o Manual do Contencioso, o processo, como espécie de procedimento em contraditório, exige a manifestação de uma parte sempre que a outra traz para os autos fatos novos. Assim, se no curso do procedimento, são efetuadas diligências com manifestações do agente notificante sem conhecimento do sujeito passivo, faz-se necessária a abertura de prazo para sua manifestação, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

E, conforme art. 31, inciso II, da Portaria MPAS nº 520/04, são nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

Portanto, a nulidade da DN merece ser decretada afim de que se possa oferecer oportunidade à recorrente de se manifestar a respeito da IF antes de qualquer decisão da Autarquia a respeito do lançamento.

Entendo que a nulidade argüida de ofício só é cabível, quando identificado tratar-se de matéria de ordem pública, ou seja, caso reste constatado o efetivo cerceamento de defesa, falta de cumprimento de dispositivo legal que vicia todo o ato. A mera não cientificação dos termos de uma diligência fiscal, produzida após o lançamento não é a princípio matéria de ordem público, se na própria Decisão Notificação resta transcrita os termos da diligência. Neste caso, não haveria que se falar em cerceamento de defesa, visto ter o notificado acesso aos termos da diligência, podendo inclusive rebatê-la pela via recursal. Caso não venha a fazê-lo não caberia a este conselho fazê-lo de ofício.

Pela análise dos autos durante o julgamento, observei que a decisão notificação se resume a mencionar a diligência, sem contudo, trazer os seus termos, razão porque poder-se-ia argüir ter o contribuinte em parte prejudicado o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, nos termos acima expostos.

É como voto.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2008


ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA