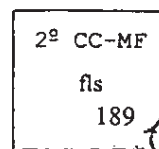




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO



Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

RESOLUÇÃO nº 205-00.033

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ.

RESOLVEM os Membros da Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.**

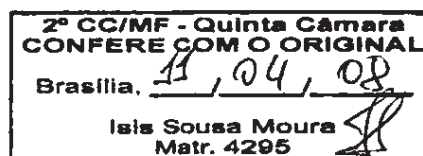
Sala das Sessões, 12 de fevereiro de 2008.

JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente

ADRIANA SATO

Relatora



Participaram, ainda, da presente resolução os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi e Misael Lima Barreto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2ª CC-MF

fls

190

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

RELATÓRIO

A Recorrente foi cientificada do Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 12) e do Termo de Intimação de Entrega de Documentos (fls.13) em 27/01/2005.

Em 03/02/2005 o Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal (fls.14) e a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls.01) foram encaminhados a Recorrente pelo correio através de SEDEX, conforme informação de fls.01.

Foi juntado às fls. 25 dos autos o comprovante do AR encaminhado a Recorrente (Departamento de Estradas e Rodagens do Estado do Paraná) sem a assinatura de recebimento.

Constam nos autos os encaminhamentos da NFLD nº 35.729.048-8 às responsáveis solidárias Construtora I.C. GUEDES LTDA. e DÉCIO PACHECO E CIA LTDA.(fls.20/23), no entanto, não consta os respectivos comprovantes de recebimento.

Apresentou defesa às fls. 28/34 a Construtora I.C.Guedes LTDA. e às fls. 51/57 a Decisão-Notificação julgou procedente em parte o lançamento, nos termos do Discriminativo Analítico do Débito Retificado - DADR.

Às fls. 59/61 constam os avisos de recebimento dos correios da Decisão-Notificação.

Às fls. 64/69 a Recorrente Construtora I.C.GUEDES LTDA. apresentou recurso alegando em síntese:

- Impossibilidade de cobrança da NFLD por erro material que afronta o princípio constitucional da legalidade e da coisa julgada;
- Não pode a contratada responder por equívoco cometido pela sub-contratada e pela Secretaria da Receita Federal;
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda. realizou o correto recolhimento das contribuições conforme a Lei que instituiu o Simples,
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda permaneceu na condição de optante do Simples até 01/01/2001, motivo pelo qual os recolhimentos ocorreram da forma correta, de acordo com o enquadramento permitido e avalizado pela SRF;
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda. fez os recolhimentos conforme determina a lei do Simples, conforme se verificam pelas guias de recolhimento da Previdência Social em anexo;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2º CC-MF

fls
191

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

- A NFLD geradora do débito deve ser anulada e desconsiderada, vez que a Recorrente não pode ser prejudicada pela falha de enquadramento cometida pela empresa Décio Pacheco & Cia Ltda. e pela Secretaria da Receita Federal;
- Exclusão da Recorrente do pólo passivo solidário haja vista que ocorreram recolhimentos dentro do permissivo legal com o enquadramento equivocado e avalizado pela SRF;
- E, caso não sejam acolhidos os requerimentos, que seja abatido do valor originário devido o importe de R\$ 1.097,11, visto a errônea exclusão da rubrica "Empresa" na competência 01/1999 recolhidos, requerendo desde já a restituição dos valores das contribuições recolhidas a maior ou seu abatimento no saldo devedor final.

Às fls. 70/82 a Recorrente DÉCIO PACHECO & CIA. LTDA. apresentou defesa alegando em síntese:

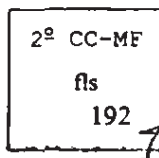
- Nos períodos de competência da notificação fiscal a Recorrente procedeu o recolhimento das contribuições previdenciárias relativo à parte dos segurados de acordo com as GPS inclusas, devendo os valores recolhidos serem abatidos do crédito previdenciário apurado;
- O valor do crédito previdenciário, abatido os valores já recolhidos importa em R\$ 2.615,95 (dois mil, seiscentos e quinze reais, noventa e cinco centavos);
- Verifica-se equívoco no Discriminativo Analítico de Débito Retificado referente a competência 01/1999, na qual apurou-se R\$ 1.765,00 (hum mil, setecentos e sessenta e cinco reais);
- Ao excluir o valor da "empresa" no discriminativo analítico, exclui-se apenas a importância de R\$572,60 e não o valor correto de R\$ 1.669,71;
- Exclusão do valor correto do Discriminativo Analítico do Débito Retificado do valor de R\$ 1.097,11.

Às fls.93 foi juntado um ofício comunicando a reforma da Decisão-Notificação nº 14-401.4/018/2005, cujas intimações ocorreram em 07/11/2005 à DER/PR (fls.94) e em 07/11/2005 à Construtora I.C.Guedes LTDA. (fls.95).

Em 06/12/2005 a Recorrente I.C.Guedes apresentou recurso (fls.96/99) alegando em síntese:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO



Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida...: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

- Equívoco cometido pela subcontratada e pela Secretaria da Receita Federal do devido abatimento dos recolhimentos efetuados mediante alíquota “SIMPLES”;
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda fez o recolhimento das contribuições de acordo com o SIMPLES;
- A inscrição contendo o enquadramento como optante do SIMPLES deu-se com a valia da Secretaria da Receita Federal, sendo que somente em 01/01/2001 houve a constatação do enquadramento errôneo;
- O presente caso trata de recolhimentos efetuados de acordo com o enquadramento permitido e avalizado pela SRF à época;
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda não desrespeitou as normas da Previdência Social, houve a aplicação do disposto no art. 3º, parágrafo 1, “f” da Lei 9.317/96;
- A decisão que reformou em parte o recurso interposto deve ser revista visto que existe um importe oriundo de percentual já recolhido e desconsiderado pela Autarquia;

Em 13/12/2006 o ofício informando a reforma da Decisão-Notificação foi entregue a Recorrente Décio Pacheco & Cia Ltda.(fls.174), que apresentou recurso em 16/01/2007, alegando em síntese:

- a Decisão-Notificação julgou procedente em parte o lançamento fiscal de R\$ 8.996,52;
- nos períodos de competência da notificação fiscal a Recorrente procedeu o recolhimento das contribuições previdenciárias relativa a parte dos segurados, conforme se infere das GPS juntada aos autos, cujos valores devem ser abatidos do crédito previdenciário;
- a Recorrente procedeu o recolhimento das contribuições previdenciárias no período de 05/1998 a 09/1998 e 01/1999, devendo ser abatido do crédito previdenciário o valor de R\$ 2.615,95 a empresa, ora Recorrente está regularmente inscrita no SIMPLES desde 01/01/1997 e o INSS e a Secretaria da Receita Previdenciária possui competência para cobrar apenas os créditos relativos à parte dos segurados, excluindo-se as contribuições relativas a parte da empresa;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2º CC-MF

fls

193

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida...: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

A Recorrida apresentou contra-razões aos recursos interpostos alegando em síntese:

- A NFLD tem por finalidade apurar o crédito relativo às contribuições sociais correspondentes a contribuição dos segurados e a contribuição da empresa, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes de riscos ambientais que o DER está sujeito mediante a cessão de mão-de-obra com a empresa Construtora I.C. Guedes Ltda. que por sua vez contratou a empresa Décio Pacheco & Cia Ltda para realizar o serviço no período de 05/1998 a 01/1999, no montante de R\$ 33.071,84, consolidado em 01/02/2005, apurado por aferição indireta COM BASE NAS NOTAS FISCAIS E EM FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS;
- O DER e a subcontratada não apresentaram impugnação ao lançamento de débito;
- A contratada apresentou impugnação tempestiva;
- Em 25/05/2005 a DN concluiu pela procedência em parte da lavratura;
- Foi emitida a reforma da Decisão-Notificação que também concluiu pela procedência em parte da lavratura em 05/09/2005;
- O DER foi cientificado da Decisão-Notificação em 07/11/2005 e não apresentou recurso;
- A construtora I.C.Guedes foi cientificada da Decisão-Notificação em 07/11/2005 e protocolou recurso tempestivo em 06/12/2005, sem comprovação do recolhimento do depósito recursal;
- A empresa Décio Pacheco & Cia Ltda. foi cientificada da Decisão-Notificação em 13/12/2006 e protocolou recurso intempestivo em 16/01/2007, com a comprovação do recolhimento do depósito recursal;
- O artigo 125, I do Código Tributário Nacional determina que o pagamento feito por um dos obrigados aproveita aos demais no caso de solidariedade, assim, o depósito realizado pela empresa Décio Pacheco & Cia Ltda desobriga a empresa Construtora I.C.Guedes Ltda. de fazê-lo;
- Não cabe o conhecimento do recurso da empresa Décio Pacheco & Cia Ltda por ser intempestivo;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2º CC-MF
fls
194

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente....: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

- Foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso impetrado pela empresa Construtora I.C. Guedes Ltda;
- Nas razões do recurso tempestivo não existe qualquer argumento novo, ratificando-se o conteúdo da Decisão-Notificação de fls.87/90 para que seu conteúdo seja acolhido como parte integrante das contra-razões ao presente recurso;
- Em respeito ao princípio da verdade material, foram analisadas as razões do recurso intempestivo;
- Não há como se afirmar que os recolhimentos juntados pela empresa Déio Pacheco & Cia Ltda se referem aos serviços prestados ao DER/PR;
- A empresa pode prestar serviços a diversas empresas e fazer um único recolhimento;
- A legislação pertinente exige a vinculação inequívoca da guia de recolhimento da obra em questão;
- E, por fim, que o lançamento não merece qualquer reparo.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2º CC-MF

fls
195

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida...: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

VOTO

Conselheiro ADRIANA SATO, Relator

Considerando que somente o recurso da empresa Construtora I.C.Guedes Ltda. é tempestivo, e, que houve o recolhimento do depósito recursal às fls182, passo ao exame das razões recursais.

Da análise dos documentos acostados constata-se que a contratante não foi devidamente intimada do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal e da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito.

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)

Acerca do tema, vale transcrever excerto do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Segurança 25.787/DF:

"Em outras ocasiões, tenho afirmado neste Tribunal que a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, contempla, no



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2ª CC-MF

fls
196

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

seu âmbito de proteção, não apenas os processos judiciais, mas também os administrativos.

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda no 1, 1969. T. V, p. 234).

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão, que:

"Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira - Comentários, Rº de Janeiro, 1902, p. 323).

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado Anspruch auf rechtliches Gehör (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;*
- 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;*
- 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. Grundrechte - Staatsrecht II. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. Einführung in das Staatsrecht. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 85-99).*

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que ele envolve não só o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
5ª CÂMARA DE JULGAMENTO

2º CC-MF

fls

197

Processo nº...: 36600.000021/2007-98

Recurso nº...: 141659

Recorrente...: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DO PARANÁ

Recorrida....: SRP – SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIGi. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional - BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. Grundgesetz-Kommentar. Art. 103, vol. IV, no 97).

Dessa perspectiva não se afastou a Lei no 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão observados, dentre outros, os critérios de "observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados" (inciso VIII) e de "garantia dos direitos à comunicação" (inciso X).

A verificação, no caso concreto, da não-observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, em toda sua amplitude, depende da análise de todas as circunstâncias envolvidas na produção das formalidades processuais e a decisão final delas resultante.

Como bem esclarece García de Enterría, "este mismo concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia, en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de defenderse y de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004, p. 650)."

Deveria o órgão previdenciário comprovar que o Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR foi devidamente intimado da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, haja vista que não consta no AR juntado aos autos, assinatura e/ou carimbo dos correios.

Face ao que foi exposto, voto pela CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA, devendo o órgão previdenciário dar ciência da lavratura da NFLD ao Departamento de Estrada e Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR.

Sala das Sessões, em 12 fevereiro de 2008.


ADRIANA SATO

Relatora