

2º CC/MF - Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24/03/09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Matr. Siape 751683

CC02/C06
Fls. 681



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

Processo nº 37216.000674/2006-92
Recurso nº 148.272 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.375
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

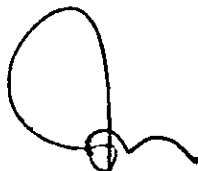
PREVIDENCIÁRIO. NFLD. FALTA DE CIÊNCIA DE ATOS DO FISCO APÓS A IMPUGNAÇÃO. NULIDADE DAS ETAPAS PROCESSUAIS POSTERIORES.

A falta de ciência do contribuinte de manifestações do fisco apresentadas após o oferecimento da impugnação, inquina de nulidade todos os atos subseqüentes, por contrariar a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular a Decisão de Primeira Instância. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Gabriel Lacerda Troianelli, OAB/RJ nº 78.656.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

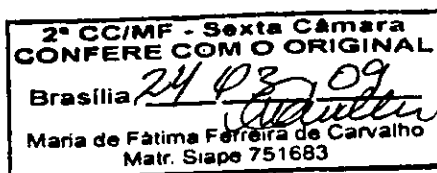
Presidente



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Viera, 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

O lançamento

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.804.512-6, lavrada contra o sujeito passivo já qualificado nos autos, mediante a qual são apuradas contribuições decorrentes da falta de retenção, pela notificada, sobre as notas fiscais/faturas emitidas pelas empresas que lhe prestaram serviço mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, conforme preceitua o art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

O crédito em questão reporta-se às competências de 02/1999 a 12/2002 e assume o montante, consolidado em 02/06/2005, de R\$ 1.033.630,90 (um milhão, trinta e três mil e seiscentos e trinta reais e noventa centavos).

De acordo com o relatório de trabalho da auditoria, fls. 81/88, após a verificação de registros contábeis e contratos de prestação de serviço firmados entre a notificada e várias empresas, os quais tiveram por objeto a realização de atividades de conservação de áreas verdes, coleta de resíduos, limpeza e conservação, constatou-se que a tomadora deixou de recolher à Seguridade Social o percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo emitidos pelas prestadoras dos serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra.

A seguir apresenta a relação das prestadoras com a descrição das atividades desenvolvidas e cita a legislação aplicável ao período do levantamento fiscal.

São anexadas à NFLD planilhas nas quais constam, por prestador:

A data de emissão, número e valor da nota fiscal;

O valor da retenção;

O valor recolhido;

A diferença a recolher; e

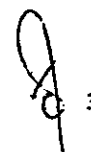
O histórico do serviço prestado.

A impugnação

Cientificada pessoalmente do lançamento, a notificada apresentou impugnação, fls. 121/157, na qual ventila questões preliminares e de mérito, nas quais argüi que:

a) O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF que deu ensejo à notificação sob ataque é nulo, haja vista a extinção do anterior por decurso de prazo;

b) São decadentes as contribuições lançadas relativas ao período de 02/1999 a 06/2000, tendo-se em conta que o critério a ser aplicado para contagem do prazo decadencial deve ser o previsto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;

 3

c) As contribuições ora lançadas somente poderiam ser exigidas após verificação do efetivo recolhimento pelo prestador de serviços, evitando-se, assim, duplicidade de cobrança;

d) Nos casos que especifica, a exigência é indevida, posto que a fiscalização não levou em conta todas as guias de recolhimento apresentadas;

e) Aponta situações em que o fisco não aplicou a redução da base de cálculo prevista pela legislação;

f) Há casos em que houve tributação sobre fatos em que inexistente a obrigação de reter, a exemplo dos serviços prestados por empresas optantes pelo SIMPLES e sobre as vendas de mercadorias sem prestação de serviço;

g) O fisco não pode presumir a forma de prestação dos serviços e a sua natureza, posto que a comprovação desses elementos é fundamental para conclusão sobre a sujeição à retenção previdenciária;

h) Para o deslinde da controvérsia é necessária a realização de perícia técnica, para o que, já faz a indicação do perito e dos quesitos a serem respondidos.

Por fim, pede a declaração de nulidade da NFLD, ou que sejam declaradas insubsistentes as contribuições lançadas, requestando pela realização da prova pericial.

A diligência fiscal

Em razão dos argumentos apresentados e da farta documentação acostada, o Serviço de Contencioso Administrativo da extinta Delegacia da Receita Federal do Brasil – Previdenciária – Rio de Janeiro/Centro determinou a realização de diligência fiscal, fl. 340, para que a auditora notificante pudesse se pronunciar sobre os elementos apresentados com a peça de defesa.

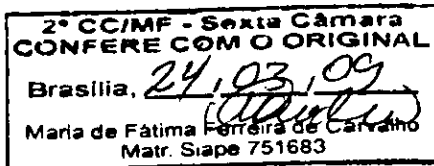
A agente do fisco apresentou resposta, fls. 353/355, na qual acata em parte as alegações defensórias e sugere a retificação da NFLD.

A decisão de primeira instância

O órgão de julgamento monocrático emitiu a Decisão- Notificação – DN nº 17.401.4/0644/2005, de 23/11/2005, acatando a sugestão da auditoria, para declarar o crédito fiscal parcialmente procedente, ver fls. 376/385.

O recurso

Inconformado com a decisão *a quo*, o sujeito passivo apresentou recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, fls. 412/446, alegando inicialmente que deixou de efetuar o depósito recursal prévio em razão da decisão no Mandado de Segurança nº 2005.51.01.527758-2, pela qual foi reconhecido o direito de ter o seu recurso admitido apenas com arrolamento de bem no valor de 30% da exigência fiscal.



Afirma que a autoridade julgadora de primeira instância não enfrentou com a devida profundidade os argumentos da defesa, deixando de apresentar fundamentos consistentes para a sua decisão.

A recorrente passa, então, a repetir as alegações defensórias relativas à: nulidade do MPF, decadência parcial das contribuições lançadas, necessidade de verificação *a priori* da regularidade fiscal do prestador dos serviços.

Em adição, argumenta que as contribuições foram lançadas com base em indícios e presunções e que não pode aceitar as insinuações contidas na decisão recorrida, de que teria havido sonegação de informações, posto que sempre atuou com boa vontade e prontidão para atender as solicitações documentais do fisco.

Assevera que, uma vez não comprovada pela auditoria a ocorrência dos fatos geradores, é nulo o lançamento, o que justifica a sua insistência no pedido de produção de prova pericial, admitindo-se, todavia, que o processo seja baixado em diligência para que possa melhor comprovar as suas alegações.

Passa a apresentar algumas inconsistências do lançamento que não foram consideradas na retificação da NFLD, a exemplo da exigência de retenção para os serviços prestados por empresa optante pelo SIMPLES para as competências 01 a 12/1999 e de 09 a 12/2002.

Advoga que há guias de recolhimento que não foram levadas em conta pela auditoria, conforme planilhas colacionadas. Afirma que erros materiais no preenchimento de guias de recolhimento, bem como, a falta de contabilização das mesmas não justifica a desconsideração dos valores recolhidos, posto que ocorreu apenas descumprimento de obrigação acessória, estando a obrigação principal adimplida na sua totalidade.

A notificada alerta, também, que há diversos serviços incluídos na apuração que sequer foram prestados mediante cessão de mão-de-obra, o que não se pode admitir.

Por fim, pede a declaração de improcedência do crédito fiscal em epígrafe.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ELIAS SAMPAIO FREIRE, Relator

A competência para o julgamento de recursos relativos à matéria de custeio previdenciário, por determinação do art. 29 da Lei nº 11.457, de 16/03/2007, passou a ser desse Conselho de Contribuintes.

O recurso foi apresentado no prazo legal, conforme data da ciência do acórdão da DRJ em 07/12/2005, fl. 386, e data de protocolização da peça recursal em 06/01/2006, fl. 412. A exigência do depósito recursal prévio foi afastada conforme decisão do Tribunal Regional Federal – 2ª Região, fls. 666/670, a qual determina o recebimento do recurso independentemente do oferecimento de qualquer garantia.

A análise da marcha processual experimentada pelo crédito tributário sob cuidado evidencia a ocorrência de falha que, embora sanável, não pode ser desconsiderada por esse colegiado. Vejamos.

Conforme relatado, o órgão de julgamento de primeira instância, antes de prolatar sua decisão, determinou que o processo fosse devolvido à fiscalização, a fim de que a mesma emitisse pronunciamento sobre os elementos apresentados pela impugnação. Em seu arrazoado a agente do fisco pugnou pela exclusão de parte da exigência, obtendo concordância do julgador monocrático, que decidiu pela procedência de parte da NFLD.

Ocorre que ao sujeito passivo não foi possibilitado o contraditório, posto que não tomou ciência do resultado da diligência fiscal perpetrada, para que pudesse fazer o seu contraponto antes da emissão da decisão *a quo*.

Observe-se que no item 69 da peça recursal, a própria notificada requer, dentre outros pedidos, que o processo seja devolvido em diligência para que possa comprovar na primeira instância a sua regularidade fiscal. Não posso deixar de concordar com esse argumento.

Tenho que reconhecer que a irregularidade apontada contraria norma de observância obrigatória contida no art. 5º, LV, da Carta Magna, a qual garante aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, a decisão original não pode subsistir, posto que negligenciou a oportunidade da recorrente de se contrapor a fato trazido aos autos pelo fisco após a impugnação, atropelando garantia processual de ordem pública, pelo que deve ser declarada nula.

É esse o entendimento expresso no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que, ao tratar das nulidades no processo administrativo fiscal, prescreve:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

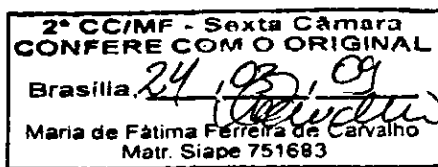
§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

(...).” (grifos não originais).

Dúvida não há, então, de que uma decisão proferida sem que seja ofertada ao administrado a faculdade de se pronunciar acerca de manifestação do fisco deve ser nulificada, devolvendo-se o processo à primeira instância para que a recorrente, querendo, exerça seu direito ao contraditório.





Portanto, a nulidade da DN merece ser decretada para que se possa oferecer oportunidade à recorrente de se manifestar a respeito do resultado da diligência fiscal e da retificação do débito, antes de qualquer decisão da Receita Federal do Brasil a respeito da NFLD sob enfoque.

Voto, assim, por **CONHECER DO RECURSO** e **ANULAR A DECISÃO-NOTIFICAÇÃO**, para que a contribuinte seja intimada a se manifestar em relação à referida diligência fiscal.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008



ELIAS SAMPAIO FREIRE