



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

Processo nº 37216.000677/2006-26
Recurso nº 148.589 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.151 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de maio de 2009
Matéria RETENÇÃO 11%
Recorrente XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2002

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 1º instância.

DECISÃO RECORRIDA NULA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular a Decisão de Primeira Instância.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado, Ana Maria Bandeira, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

 2

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 empreitada e cessão de mão de obra . O lançamento compreende competências entre o período de 03/1999 a 12/2002, fls.04 a 16.

O débito lançado foi apurado após verificação dos registros contábeis e conforme a descrição dos serviços executados nos contratos firmados entre a empresa e as empresas prestadoras de serviços de fornecimento de refeições e serviços médicos.

Foram apurados os seguintes levantamentos pela contratação de serviços: de cessão de mão de obra com as características contidas nos parágrafos 3º e 4º do art. 31 da Lei 8212/91.

GR - GR S/A - CONTRATO NÃO APRESENTADO - REGISTROS NA CONTA HONORÁRIOS DE CONSULTORIA - NOTA FISCAL COM DESCRIÇÃO DE SERVIÇOS DE CONVERSÃO DE DADOS - OBJETO - FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO PELA CONTRATADA AOS EMPREGADOS DA XEROX, OU A QUEM ESSA INDICAR, COM EXCLUSIVIDADE, EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO NO RESTAURANTE

MÉD - MEDIAL SAÚDE S/A - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS E DE ENFERMAGEM AOS EMPREGADOS E COLABORADORES DA XEROX, JUNTO AOS AMBULATÓRIOS MÉDICOS SITUADOS NO ESTABELECIMENTO DESTA ÚLTIMA.

RFP - REFEIÇÕES PURAS RID LTDA - TEM POR OBJETO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E SERVIÇOS COMPLEMENTARES ASSEGURANDO O BOM FUNCIONAMENTO DO RESTAURANTE DA XEROX NA FÁBRICA DE MANAUS.

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 66 a 94.

O processo foi baixado em diligência à fl. 163, para que o auditor se manifeste acerca de toda a documentação apresentada em sede de defesa.

A autoridade fiscal, às fls. 168 a 169, informou que quando não foi apresentado contrato formal entre a empresa e a contratada, buscou-se analisar nos registros contábeis especificamente a descrição contida no histórico e nos títulos das contas, o tipo de serviço executado e se realizado com cessão de mão de obra ou empreitada. Considerando que a falta de apresentação deste não configura inexistência, já que nos registros contábeis constam serviços prestados mês a mês. As GPS relacionadas no item 104 da presente notificação já

foram analisadas, sendo que as GPS não estão escrituradas na conta INSS de terceiros, e tem identificação do tomador Xerox do Brasil. Com relação as GPS apresentadas para a empresa Medial Saúde, destaca-se que as mesmas foram confirmadas no sistema previdenciário, tendo sido excluídas da presente NFLD. Com relação aos serviços de saúde não procede o argumento da impugnante de que os serviços de saúde não exigiam retenção, visto que nos termos da OS 203/99, todo serviço prestado mediante empreitada de mão de obra será objeto de retenção.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência parcial do lançamento, fls.182 a 191, determinando a exclusão de valores de acordo com a informação fiscal.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 216 a 249. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

O lançamento fiscal encontra-se nulo, tendo em vista que a ciência ao contribuintes do MPF Complementares deu-se após o período de validade dos anteriores.

Parte dos créditos apurados durante o procedimento encontram-se alcançados pela decadência quinquenal.

Incabível a exigência de contribuições antes de verificar a falta de recolhimento por parte do contribuinte, no caso prestador de serviços.

Assim como no imposto de renda devido pelo empregado e retido na fonte pelo empregador a responsabilidade do empregado é mantida, devendo este pagar o imposto que porventura não tenha sido retido pelo empregador, a responsabilidade do prestador de serviços é preservada pelo mecanismo previsto no art. 31 da Lei 8212/91, sendo ele obrigado, caso o tomador não tenha retido o que deveria, pagar integralmente a contribuição por ele devida.

Nulo é o lançamento por falta de obediência aos Pressupostos para Constituição do Crédito tributário, sendo que a recorrente demonstrou, no item II da impugnação, a sua absoluta boa vontade em atender, da melhor forma possível, as exigências da fiscalização, e a má vontade da fiscalização em conceder prazo hábil para que a recorrente pudesse comprovar a sua regularidade.

A empresa apresenta diversas GPS e notas fiscais, demonstrando que houve diversas retenções e recolhimentos que deixaram de ser considerados pela fiscalização, como é o caso da empresa GR S/A e Media Saúde. Argumenta que o fato dos valores não terem sido contabilizados demonstra mero descumprimento de obrigação acessória e que por erro na GPS fez consta o nome do tomador Xerox do Brasil ao invés de Xerox comércio e indústria, o que se justifica pelo grande tempo em que os empregados preencheram documentos, antes de ocorrer a cisão parcial da empresa.

Com relação aos serviços de saúde é impertinente o lançamento tendo em vista, que apenas nos casos de contratação de cooperativas de trabalho é cabível a retenção, não se aplicando nos casos de seguro saúde e planos de saúde.

Inova em sede recursal, no sentido de que o fornecimento de bebidas e alimentos, não se coaduna com prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão



de obra, tendo em vista não existir na legislação qualquer previsão de retenção em relação a estas modalidades de prestação de serviços.

Reitera o pedido de necessidade de perícia , uma vez que em razão do curto espaço de tempo para apresentação de defesa, não teve tempo suficiente para separar e apresentar todos os documentos, notas fiscais e GPS, que comprovam a total insubsistência dos valores exigidos na presente NFLD.

Pelo exposto, requer a recorrente que seja acolhido o presente recurso, para fins de declarar a insubsistência total da NFLD em questão.

Após a apresentação da defesa e considerando a apresentação de documentos não apresentados durante o procedimento fiscal o processo foi novamente baixado em diligência para manifestação da autoridade fiscal.

A NFLD foi novamente retificada, nos termos da informação fiscal às fls. 421, tendo sido excluídas NF em que restou constatado a mera compra e venda, com incidência de ICMS. Reitera a argumentação de que as GPS apresentdas para as empresas GR e Medial não encontram-se contabilizadas.

Foi apresentada contra-razões, em que requer a unidade descentralizada o reconhecimento de ofício, das retificações sugeridas face a diligência realizada, fls. 423 a 428.

A 2ª Câmara do CRPS baixou o processo em diligência para que o recorrente, fosse cientificado que a liminar em sede de mandado de segurança foi denegada, fls. 430.

É o relatório.



Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 405. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Analizando 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 SRP 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 em princípio matéria de ordem pública, se na diligência não foi rebatida ou trazida qualquer informação objeto de contestação por parte do recorrente. NO caso em questão identificamos que foram prestadas informações de interesse do recorrente, sem que esse tivesse a oportunidade de manifestar-se.

CONCLUSÃO

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

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora