



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

Processo nº 37316.003573/2006-45
Recurso nº 146.037 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.941 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente COSAN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/09/2002 a 31/07/2003

PREVIDENCIÁRIO.FALTA DE CIÊNCIA AO SUJEITO PASSIVO DE PRONUNCIAMENTO FISCAL EMITIDO APÓS A IMPUGNAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE.

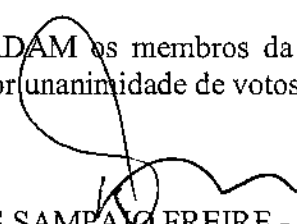
A omissão em dar ciência, antes da decisão, ao contribuinte de manifestações proferidas pelo agente notificante após a impugnação fere os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa.

A viabilidade do saneamento do vício enseja a anulação da decisão *a quo* para o correto transcurso do processo administrativo fiscal.

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 SAMFAI FREIRE - Presidente


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

A handwritten signature in dark ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is cursive and appears to be the name 'Ricardo'.

Relatório

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.641.625-9, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho.

A notificação, lavrada em nome da contribuinte já qualificada nos autos, traz em seu bojo a contribuição correspondente à ausência de retenção, total ou parcial, sobre o valor bruto contido nas notas fiscais/faturas de prestação de serviços executados mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

O crédito em questão reporta-se às competências de 09/2002 a 07/2003 e assume o montante, consolidado em 27/06/2005, de R\$ 3.133.456,13 (três milhões, cento e trinta e três mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e treze centavos).

De acordo com o relato do fisco, fls. 862/883, nos termos da legislação previdenciária, a partir de 09/2002, a retenção passou a ser exigíveis das empresas optantes pelo regime tributário do SIMPLES quando da execução de serviços de empreitada ou cessão de mão-de-obra. Verificou-se, todavia, que a notificada omitiu-se em efetuar a retenção dessas empresas no período de 09 a 12/2002.

Continuando, assevera-se que a partir de 01/2003, a empresa passou a efetuar a retenção para a maior parte das empresas optantes pelo SIMPLES, no entanto, o fez aplicando um redutor sobre a base de cálculo não previsto na legislação.

A autoridade notificante apresenta, com base na legislação, a sistemática de retenção das contribuições que deveria ter sido adota pela contribuinte. Apresentou-se, ainda, a metodologia utilizada para apuração das contribuições lançadas.

O sujeito passivo apresentou defesa, fls. 886/933, alegando, dentre outros pontos, a inclusão na apuração de valores pagos a pessoas físicas, por locação de equipamentos manuais, além de pagamentos efetuados a empresas optantes pelo SIMPLES. Tais argumentos levaram o órgão julgador de primeira instância a determinar a realização de diligência fiscal, fl. 3042, para que a autoridade notificante analisasse as alegações e documentos trazidos a lume com a defesa.

Na sua resposta, fls. 3.43/3.51, o fisco afirmou que:

a) não deve ser aceita a tese defensiva de que parte dos pagamentos haviam sido feitos por conta e ordem de seus fornecedores de matéria prima, posto que a análise da contabilidade não demonstra esse fato, além de que os documentos juntados não têm o condão de alterar o lançamento nesse aspecto;

b) não procedem as reclamações sobre a inoccorrência de cessão de mão-de-obra sobre os serviços de máquinas e serviços, além de que a retenção efetuada não seguiu os parâmetros legais aplicáveis;

c) as retenções sobre os serviços prestados por empresas optantes pelo SIMPLES deveriam ter sofrido a retenção em obediência à legislação de regência;

d) por fim, apresenta planilhas em que demonstra a dedução de recolhimentos apresentados na defesa, devendo o crédito ser retificado com base nas mesmas.

Posteriormente o fisco voltou a se manifestar, fls. 3.056/3.057, para reforçar as afirmações já contidas no pronunciamento anterior.

Com esteio nas informações fiscais, foi emitida a Decisão-Notificação – DN n.º 21.424.4/0285/2006, declarando parcialmente procedente o lançamento. Consignou-se ali que cópias das informações fiscais deveriam ser encaminhadas a contribuinte juntamente com a decisão *a quo*.

Inconformada a empresa apresentou recurso voluntário, fls. 3.489/3.531, no qual afirma, em síntese, que:

a) no setor em que opera é prática comum a antecipação de pagamento aos fornecedores, mediante o registro de despesas que esses autorizam em suas contas. Em razão dessa sistemática, houve muitos pagamentos efetuados por conta dos fornecedores a seus prestadores de serviços que foram incluídos indevidamente na apuração fiscal;

b) é ilegal a aplicação da retenção às empresas optantes pelo SIMPLES;

c) a base legal para aplicação da retenção padece de vício de inconstitucionalidade;

d) as instruções editadas pela Administração Tributária não podem desconsiderar os contratos firmados entre a recorrente e os seus prestadores de serviço, razão porque não poderia o fisco ter adotado percentuais de mão-de-obra e equipamentos diferentes daqueles pactuados pelas empresas;

e) nos serviços prestados com a utilização de máquinas não há o que se falar em cessão de mão-de-obra, posto que se verifica que na maior parte das ocorrências o próprio dono ou sócio do negócio é quem opera a máquina locada;

f) no mais, seguiu a legislação aplicável para efetuar as retenções.

O órgão de primeira instância apresentou contra-razões, fls. 3.557/3.563, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente possuía decisão judicial garantindo o seguimento do recurso independentemente de depósito prévio.

De pronto, verifico que na espécie, há um incidente processual que não pode ser negligenciado. Explico. Após a apresentação da defesa o processo foi baixado em diligência para que a auditoria se pronunciasse sobre aspectos do lançamento, a exemplo da inclusão na apuração de pagamentos a pessoas físicas, da inexigibilidade de retenção sobre as faturas emitidas por empresas optantes pelo SIMPLES, da desconsideração de percentuais de mão-de-obra previstos em contratos com empresas prestadoras de serviço.

Emitido o pronunciamento fiscal, o julgador de primeira instância decidiu pela procedência do lançamento, ao considerar os argumentos trazidos pelo fisco em sede de diligência. Nessa ocasião determinou que fossem enviadas, juntamente com a decisão *a quo*, as informações fiscais.

Data máxima vênia, esse procedimento não encontra respaldo nas normas que regulam o processo administrativo fiscal. O sujeito passivo deveria ter sido cientificado dos pronunciamentos do fisco emitidos após a impugnação anteriormente à prolação da decisão de primeira instância, para que pudesse se contrapor aos argumentos expostos pelo órgão lançador.

Ao exarar a decisão sem considerar o contraponto do sujeito passivo aos pronunciamentos fiscais, o órgão julgador da SRP suprimiu a oportunidade de contraditório na primeira instância, remetendo essa possibilidade somente para o momento da apresentação do recurso. Tal fato constitui-se em grave falha processual, que acarreta em prejuízo ao tão caro princípio do devido processo legal

Uma leitura dos termos das Informações Fiscais juntadas, não deixa dúvidas de que as ponderações ali presentes, embora com reconhecimento a necessidade retificação do crédito, contrapõem-se a diversas das alegações defensórias

Tal fato evidencia a ocorrência de falha que, embora sanável, não pode ser desconsiderada por esse colegiado. Tenho que reconhecer que a irregularidade apontada contraria norma de observância obrigatória contida no art. 5.º, 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 Notificação recorrida não pode subsistir, posto que negligenciou a oportunidade da recorrente de se contrapor a alegações trazido aos autos pelo fisco. Não há dúvida de que o *decisum* em comento atropelou garantia processual de ordem pública, pelo que deve ser declarada nulo.

5
Wand

É esse o entendimento expresso no Decreto n.º 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 consequência.

§ 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)

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, antes de qualquer decisão da Receita Federal do Brasil a respeito da NFLD enfoque.

Voto, assim, por declarar nula a decisão de primeira instância e os atos processuais subsequentes, para que a contribuinte seja intimada a se manifestar em relação à diligência fiscal, retomando o processo o curso normal a partir de então.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 377316.003573/2006-45

Recurso nº: 146.037

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-00.941

Brasília, 25 de fevereiro de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional