



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

Processo n° 35301.006194/2005-60
Recurso n° 148.139 Voluntário
Acórdão n° 2401-00.146 – 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: 01/02/1999 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.

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 02/1999 a 12/2002, fls.04 a 26.

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 entregas de emergência via moto utilitário, transporte de peças e equipamentos via rodoviário e logística..

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.

ACB - ACB SERVIÇOS LTDA - BOY SERVICE - CONTRATO NÃO APRESENTADO - APURADOS CONTRA ENTREGA MOTO RJ/SP PEÇAS.

BBS - BBS SERVIÇOS REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA - SERVIÇOS DE TRANSPORTE SENDO QUE O CONTRATO DESCRVE: AS MOTOS/UTILITÁRIOS NA OPERAÇÃO FICARÃO À DISPOSIÇÃO DA XEROX NO LOCAL DE COLETA INFORMADO NO ITEM 1 DAS 8:00 ÀS 18:00 DE SEGUNDA A SEXTA. No HORÁRIO DE ALMOÇO DEVERÁ HAVER UM REZEZAMENTO ENTRE OS MOTOCICLISTAS DE FORMA A GARANTIR A PRESENÇA D PELO MENOS 2.

HNP - HENPRAV TRANSPORTE LTDA - SERVIÇOS DE TRANSPORTE ONDE ESTA DESCRITO QUE A CONTRATADA OBRIGA-SE A MANTER A DISPOSIÇÃO DA CONTRATANTE UMA FROTA EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO E SEGURANÇA, COM 4 VEICULOS KOMBI, FURGÃO, , 5 CAMINHÕES TOCO (6 TONELADAS) EQUIPADOS COM BAÚS, 01 CAMINHÃO TRUCK SIDER E 3 CARRETAS BAÍ.

FTR - FASTER SISTEMA DE TRANSPORTES URGENTES LTDA - SERVIÇO DE TRANSPORTE SENDO QUE UMA MOTO FICARÁ A DISPOSIÇÃO DA XEROX NO LOCAL INDICADO NO ITEM 1.

PRT - PARTNER LOGÍSTICA E MOVIMENTAÇÃO LTDA - SERVIÇO DE CARGA E DESCARGA, DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAL DE CONSUMO, SENDO QUE CONSTA DO CONTRATO QUE A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS SERÁ FEITA PELA CONTRATADA, ATRAVÉS DE SEUS PREPOSTOS. NOVAMENTE AS MOTOS FICARÃO A

DISPOSIÇÃO DA XEROX, DEVENDO HAVER REVEZAMENTO.

PEJ – PEJOTA SERVIÇOS DE TRANSPORTE – SERVIÇO DE CARGA E DESCARGA E DISTRIBUIÇÃO DE MATERIAL, SENDO QUE OS TRABALHOS SÃO COORDENADOS DIRETAMENTE PELA CONTRATANTE E AS MOTOS FICARÃO A DISPOSIÇÃO DA XEROX.

RA – ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE A SEREM PRESTADOS PELA CONTRATADA A XEROX, DEVENDO NOVAMENTE AS MOTOS FICAREM A DISPOSIÇÃO DA XEROX.

RCS – RC DA SILVA BAHIENSE – NÃO EXISTE CONTRATO FORMAL.

SIL – SILVA E PACHECO – SERVIÇOS DE TRANSPORTE SENDO QUE AS MOTOS FICARÃO A DISPOSIÇÃO DA XEROX.

TNT – TNT LOGÍSTICA – SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PRODUTOS DE CONSUMO E PEÇAS – SERVIÇOS DE RECEBIMENTO E CONFERÊNCIA INCLUINDO AS ATIVIDADES DE RECEBIMENTO E CONFERÊNCIA DAS MERCADORIAS E RESPECTIVA DOCUMENTAÇÃO, ROTEIRIZAÇÃO DAS ENTREGAS. MÍNIMO DE 40 VEÍCULOS PARA ENTREGAS EXPRESSAS E PROGRAMADAS.

SUP – SUPLIES LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO – SERVIÇOS DE TRANSPORTE, SENDO QUE AS MOTOS E UTILITÁRIOS FICARÃO A DISPOSIÇÃO DA CONTRATANTE.

TRF – TRIUNFAL – SERVIÇOS DE TRANSPORTE A SEREM PRETADOS PELA CONTRATADA, DESTACA-SE NOVAMENTE QUE AS MOTOS E UTILITÁRIOS FICARÃO A DISPOSIÇÃO.

TCD – TRANSCOMENDAS TRANSPORTES E SERVIÇOS URBANOS – SERVIÇOS DE MOVIMENTAÇÃO DE MATERIASI, SENDO QUE TAL SERVIÇO SÓ É PRETADO NO PERÍODO NOTURNO.

TPX – LOCAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE LTDA, SENDO QUE A PRESTAÇÃO DO MESMO DAR-SE-Á DE SEGUNDA A SEXTA.

VIT – VITE CORRIERS – NÃO FOI APRESENTADO REGISTROS CONTÁBEIS NA CONTA DE SERVIÇOS DE TERCEIROS.

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 269 A 308. A empresa apresentou diversos documentos às fls. 122 a 535.



O processo foi baixado em diligência à fl. 539, para que o auditor se manifeste acerca de toda a documentação apresentada em sede de defesa.

A autoridade fiscal, às fls. 565 A 567a 368, 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 106 da presente notificação já foram objeto de aproveitamento quando da lavratura da NFLD.

Nos serviços e forma de contratação além de que serviço a indicação de serviços prestados por motorista. As empresas Transcomendas e Triunfal são optantes pelo simples razão porque requer sejam revisto o presente lançamento.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência parcial do lançamento, fls. 626 A 636, determinando a exclusão de valores de acordo com a informação fiscal.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 288 a 322. 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.

Com o Decreto 4729/2003, o serviço de cargas foi expressamente retirado do âmbito da incidência da retenção de 11%, sendo que permanece apenas a operação de transporte de passageiros.

Na maioria dos contratos analisados não há previsão para que os veículos sejam colocados a disposição de forma exclusiva.

Incorre cessão de mão de obra nos serviços de armazenamento.

Incabível também a retenção quando da contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.

Reitera o pedido de necessidade de perícia , uma vez que em razão do custo 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.

É o relatório.



Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 760. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do 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 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