



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

Processo n° 11330.000545/2007-85
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2403-000.692 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de agosto de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CASA DE SAÚDE E MATERNIDADE JOARI LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/07/2001

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA ESFERA ADMINISTRATIVA

Nos termos do artigo 126, § 3º da Lei nº 8.213/91, incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98, “a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto”.

Recurso Voluntário não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em razão da Súmula 01 do CARF. Ausente momentaneamente o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro .

Carlos Alberto Mees Sringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

CÓPIA

Relatório

DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização, contra a empresa acima identificada, consolidado e notificado em 31/08/2001, no valor de R\$ 267.633,08, referente ao período de 02/1999 a 07/2001.

O presente lançamento, conforme Relatório Fiscal de fls. 129/130, reporta-se à retenção de 11% sobre o valor bruto das Notas Fiscais de Serviço conforme relação anexa, referentes a serviços que foram prestados para a Defendente, mediante cessão de mão-de-obra.

Esclareceu o Auditor Fiscal notificante que: "este débito foi lavrado apenas para a constituição do crédito, devendo ficar sua cobrança sobrestada, até a decisão final, tendo em vista a Medida Liminar deferida pela juíza da 26ª Vara Federal, Valéria Caldi Magalhães, datada de 25.05.99, no processo nº 99.0011823-5, movido pela Associação de Hospitais da Cidade do Rio de Janeiro - AHCRJ."

O relatório Fatos Geradores (fls. 90/120) discrimina, em cada competência, as notas fiscais de serviço que foram alvo do presente lançamento.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a Recorrente apresentou a impugnação de fls. 134/135, acompanhada dos documentos de fls. 136/180, alegando, em síntese, que: "há medida liminar concedida pelo MM Juízo da 26ª Vara Federal desta Seção Judiciária, no âmbito do processo nº 99.0011823-5, autorizando que tal percentual deixe de ser retido até o julgamento final da lide.

Na oportunidade alegou, em síntese:

"que passa a invocar as mesmas razões defendidas judicialmente";

"necessária dedução dos valores relativos a materiais e equipamentos";

"a 'solidariedade' imposta pelo art. 30, inciso VI e art. 31 (redação da Lei 9032/95) da Lei 8.212/91, (...) possui cunho subsidiário"; e

Despacho de fls. 221 consta ordem de intimação nos seguintes termos:

“ ORDEM DE INTIMAÇÃO

*À Seção de Orientação e Gerenciamento da Recuperação de Créditos - SEREC (17.402-3), para cientificar o contribuinte deste Despacho, **fornecendo-lhe a segunda via da mesma**, que se encontra na contracapa destes autos, e intimá-lo a recolher o débito no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, asseverando-lhe do seguinte:*

- a) *Se optar por impugnar o lançamento **ou aditar defesa feita** anteriormente, deverá fazê-lo dentro do mesmo prazo por escrito, juntando provas de suas alegações (art.37, § 1º da Lei 8.212/191), de acordo com o solicitado no item 6 acima*
c) *Decorrido o prazo sem que o contribuinte se manifeste, os autos serão encaminhados para o julgamento administrativo do processo, onde será examinada, se houver, apenas a impugnação e aditivo anteriormente apresentados. ”*

DO ADITAMENTO DE DEFESA

Novo prazo foi reaberto e, em 16/08/2007, reiterando os argumentos da impugnação discutindo matéria de direito, procederam-se o aditamento da defesa titulado por MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO na forma do documento de fls. 232/263.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Inferindo pela ementa do julgamento no judiciário de que parte das alegações da impugnação interposta em sede administrativa não fizeram constar daquela petição inicial transitada em julgado, quando naquela decisão se reconheceu a legalidade do fisco exigir as retenções impugnadas, o I. Julgador “ad quod ” deu curso ao processo e a 12ª Turma da Delegacia Da Receita Federal Do Brasil De Julgamento, Rio De Janeiro I (RJ) - DRJ/RJOI, mediante Acórdão nº 12- 15945, em 13/09/2007, julgou procedente o lançamento.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada com a decisão a Recorrente interpôs Recurso Voluntário reiterando alegações que fizera em primeira instância e afirmou em preliminar que no recurso a matéria tratada é eminentemente de direito.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme despacho de fls. 563, o recurso é tempestivo. Portanto dele tomo conhecimento.

DO DIREITO

Às fls. 527, reiterando o que fizera na impugnação em instância “ad quod”, não tendo logrado êxito na esfera judiciária, no mérito, essencialmente, insiste em **rediscutir os motivos de direito** exortando, em preliminar, que a leitura do recurso trata eminentemente de direito:

*“ Preliminarmente, como se pode **observar da leitura do recurso, a matéria tratada é eminentemente de direito**, visto que **consiste em saber se o contribuinte possui ou não responsabilidade pelos débitos previdenciários devidos por terceiros, além de definir se, uma vez configurada a responsabilidade, o INSS poderia exigir qualquer valor da contribuinte sem antes verificar a existência real dos débitos previdenciários.**”*

Na contramão do disposto no artigo 16, III do Decreto 70.235/72, não contrapôs as evidências das notas fiscais que não registraram as retenções, não negou que não retivera os valores lançados e sequer apresentou provas que lhe beneficiasse.

O Decreto 70/235/72,III determina que a impugnação além do direito, mencione, também, os motivos de fato, os pontos de discordância, e as provas que possuir :

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

*III - **os motivos de fato** e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e **as razões e provas que possuir** . ”*

Desse modo, discutindo apenas o direito, direito esse negado e transitado em julgado, há que se considerar inepto o Recurso por não atender aos basilares ditames de sua interposição.

Afirma ainda em preliminar que sua pretensão consiste em saber se o contribuinte possui ou não responsabilidade pelos débitos, pretensão esta, repita-se já resolvida quando sucumbira na forma da ementa do Acórdão de fls. 194 :

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. LEI 9.711/98.

- As empresas contratantes de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, deverão proceder à retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, e recolher os valores ao INSS, em nome da empresa cedente ou prestadora de serviços, a título de contribuição para a Seguridade Social, com o objetivo de prevenir a sonegação.

- A Lei nº 9.711/98 não instituiu empréstimo compulsório, nem criou nova contribuição sobre o faturamento, alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária, a exigir lei complementar.

Tão-somente modificou a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários das empresas cedentes de mão-de-obra, colocando as empresas tomadoras de serviços como responsáveis tributários na forma de substituição tributária, autorizada pelos artigos 150, §7º da Constituição Federal, e 121, parágrafo único, inciso lido CTN.

- As Ordens de Serviço/INSS 195/98, 203/99 e 209/99, estabeleceram procedimento padrão e critérios a serem adotados na arrecadação e fiscalização da retenção e das contribuições relativas à contratação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou através de empreitada de mão-de-obra. Além disso, definiram conceitos necessários à aplicação concreta do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não exorbitando o poder regulamentar conferido pela norma, nem ferindo os princípios da legalidade e da tipicidade tributárias."

DA DETERMINAÇÃO DE JUNTAR CÓPIA DE AÇÃO AJUIZADA

Por ocasião da apresentação da defesa da então impugnante às fls. 134, em, 17/09/01, muito embora fosse salutar e materialmente eficaz, não se exigia fazer constar para instrução do processo administrativo cópia da petição inicial. Tal determinação veio somente ser imposta em 2005, incluindo o inciso V no artigo 16 do mesmo Decreto pela Lei nº 11.196:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) ”

A juntada da Petição Inicial teria por objeto conhecer do pedido para saber se tratava-se de matéria idêntica ao fato gerador levantado. **Involuntariamente respondendo a esta questão, suprimindo pois a ausência material do documento supra**, por oportuno, na ocasião, às fls. 134, em sua defesa a impugnante alegou :

“ 3 - Com efeito, há medida liminar concedida pelo MM.Juízo da 26ª Vara Federal desta Seção Judiciária, no âmbito do processo nº 99.0011823-5, autorizando que tal percentual deixe de ser retido até o julgamento final da lide.

4 - Desta forma, sendo a lavratura de NFLD ato administrativo plenamente vinculado, e existindo tutela antecipada **autorizando que não sejam retidos os 11% (onze por cento)** em favor da Seguridade Social, percebe-se que a ora Impugnante agiu nos estritos limites que a lei e a concessão de tutela antecipada lhe permitiram fazer. ”

no Despacho de fls. 221, retro, constava ordem de intimação nos seguintes termos :

“ **ORDEM DE INTIMAÇÃO**

À Seção de Orientação e Gerenciamento da Recuperação de Créditos - SEREC (17.402-3), para cientificar o contribuinte deste Despacho, **fornecendo-lhe a segunda via da mesma**, que se encontra na contracapa destes autos, e intimá-lo a recolher o débito no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência, asseverando-lhe do seguinte:

a) Se optar por impugnar o lançamento **ou aditar defesa feita** anteriormente, deverá fazê-lo dentro do mesmo prazo por escrito, juntando provas de suas alegações (art.37, § 1º da Lei 8.212/1991), de acordo com o solicitado no item 6 acima c) Decorrido o prazo sem que o contribuinte se manifeste, os autos serão encaminhados para o julgamento administrativo do processo, onde será examinada, se houver, apenas a impugnação e aditivo anteriormente apresentados. ”

Por ocasião da intimação supra, vigia o artigo 16, V do Decreto 70.235/72, que determinava **a juntada da cópia da petição** se a matéria tivesse sido submetida à apreciação judicial. Sob esse comando, novo prazo foi reaberto e, em 16/08/2007, e procederam-se ao aditamento da defesa titulado por MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO na forma do documento de fls. 232/263.

Relevante registrar que, compulsados os autos, minuciosa procura resultou infrutífera posto que **não se verificou colacionada** a PETIÇÃO INICIAL DO PROCESSO JUDICIAL intimada.

Também não pode deixar de ser notado que, também, **no presente Recurso Voluntário**, não se observou a juntada da cópia da exordial.

Aduz que descumprindo a previsão do artigo 16, V, do Decreto 70.235/72, embora intimada, a Recorrente, em prejuízo próprio, **impediu a devida apreciação da matéria tornando inepto o Recurso.**

DO TRÂMITE EM INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Na condução do voto de primeira instância, às fls. 512, I. Julgador, no item 26 de sua relatoria, assim se pronunciou:

“26. Cumpreressaltar que, com a apresentação da defesa, surge a necessidade de se verificar se as alegações contidas na impugnação apresentada já foram julgadas pela via judicial. Como não foi anexada ao presente processo a cópia da exordial, tal verificação restou prejudicada, restando à análise, o Acórdão de fls. 197/208, do qual trazemos à colação a Ementa:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. LEI 9.711/98.

- *As empresas contratantes de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, deverão procederá retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, e recolher os valores ao INSS, em nome da empresa cedente ou prestadora de serviços, a título de contribuição para a Seguridade Social, com o objetivo de prevenir a sonegação.*

- *Á Lei nº 9.711/98 não instituiu empréstimo compulsório, nem criou nova contribuição sobre o faturamento, alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária, a exigir lei complementar.*

Tão-somente modificou a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários das empresas cedentes de mão-de-obra, colocando as empresas tomadoras de serviços como responsáveis tributários na forma de substituição tributária, autorizada pelos artigos 150, §7º da Constituição Federal, e 121, parágrafo único, inciso lido CTN.

- *As Ordens de Serviço/INSS 195/98, 203/99 e 209/99, estabeleceram procedimento padrão e critérios a serem adotados na arrecadação e fiscalização da retenção e das contribuições relativas à contratação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou através de empreitada de mão-de-obra. Além disso, definiram conceitos necessários à aplicação concreta do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não exorbitando o poder regulamentar conferido pela norma, nem ferindo os princípios da legalidade e da tipicidade tributárias.*

- *Precedentes."*

Aduz que a referida ementa na verdade consta às fls. 194 e trata-se de uma remissão a um acórdão que se supõe seja do processo que ainda tramitava naquela instância sem o trânsito em julgado. Demonstrando isso, epigrafando a ementa registra-se que o trecho estratificado é parte de um Embargo de Declaração interposto e não resultado final :

“Alegando que o Acórdão de fls.534 é omissor, na medida em que não abordou *suficientemente as matérias suscitadas pelo Apelante nas razões recursais, ASSOCIAÇÃO DE HOSPITAIS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO opôs os presentes Embargos de Declaração.*

É o relatório. Peça mesa para julgamento.

SERGIO FELTRIN CORRÊA

RELATOR

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO FELTRIN CORRÊA

(Relator)

Conforme relatado, ASSOCIAÇÃO DE HOSPITAIS DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO opôs os presentes Embargos de Declaração, apontando omissão no Acórdão de fls.534, de seguinte teor : ”

É muito relevante observar que no citado Embargo, é a própria Embargante quem alega que “que o Acórdão de fls.534 é omissivo, na medida em que não abordou suficientemente as matérias suscitadas pelo Apelante nas razões recursais”. Como se vê, mesmo diante das peças originais alegam os autores que as matérias não foram suficiente analisadas. Assim, por óbvio, sem conhecer conteúdo, o I. Julgador inferiu, pela simples leitura da ementa do Acórdão embargado, que parte das alegações da impugnante não fizeram parte daquele julgado razão pela qual deveria o processo tramitar e analisar as tais distintas impugnações por ele elencadas.

Ressalte-se que a norma exige que se colacione a cópia da exordial para que esta seja confrontada. A síntese da ementa seguramente não permite contemplar o pedido na sua integralidade.

Como se observa o Julgador, no uso da prerrogativa do livre convencimento e, seguramente, no afã de proceder a ampla defesa e o contraditório, na verdade não despertou para a real circunstância e também para a norma que determinava juntar cópia da PETIÇÃO INICIAL da Ação Judicial.

Apenas por amor ao argumento, na hipótese de se considerar válido o critério de inferir utilizado, entendo que o ponto de partida, em virtude da liminar de autorização obtida, seria supor que o objeto da petição teria sido o pedido para não efetuar as retenções que a Recorrente ora combate em virtude de ter sido autuada. Portanto, a Notificação de Lançamento de Débito – NFLD, de fato, foi lavrada justamente pelo fato da empresa não vir retendo os valores. Tanto as impugnações, quanto o Recurso Voluntário têm como escopo o mesmo objeto da Ação judiciária ou seja discutir a legalidade/constitucionalidade da sistemática de arrecadação e fiscalização das retenções das contribuições relativas à contratação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou através de empreitada de mão-de-obra afirmado que o fisco não poderia proceder a autuação. Visto desse ângulo seria lícito e compulsório concluir que tanto a ação ajuizada quanto o lançamento ora impugnado tratam da mesma matéria.

DA IDENTIDADE DOS OBJETOS

Sobre a identidade de pedidos, neste sentido, é oportuno destacar que, em ambas esferas, administrativa e judiciária, o objeto da recorrente e ver prosperar a alegação de **que não procede a obrigação de efetuar a retenção.**

No relatório do voto em comento, às fls. 510, o próprio Relator evidencia que na impugnação então analisada a Recorrente alegou em síntese, que: **"há medida liminar**

concedida pelo MM Juízo da 26ª Vara Federal desta Seção Judiciária, no âmbito do processo nº 99.0011823-5, **autorizando que tal percentual deixe de ser retido** até o julgamento final da lide.

A questão de fundo é a procedência ou não do lançamento cuja notificação foi lavrada em razão de a empresa não ter efetuado as retenções motivo de ambos recursos administrativo e judicial entendidas como devidas pelo fisco.

Uma vez assente que a empresa não logrou êxito no plano judiciário é até mesmo despicendo prosseguir no administrativo.

Cumpra notar que tanto em sede de impugnação, às fls. 232, quanto em fase recursal, às fls. 525, a ora recorrente, reiteradamente, **declara que ajuizou ações de mesma identidade com os autos e assim se pronuncia:**

*“Fls 232. : Como é do conhecimento de V. S., **a contribuinte ajuizou ação anulatória**, pretende a contribuinte anular as NFLDs 35.102.706-80 35.102.707-6, lavrados por V. S., ou, subsidiariamente, anular parcialmente o mencionado lançamento **em virtude do mesmo fato gerador objeto da presente**, pelo que **passa invocar as mesmas razões defendidas judicialmente pela contribuinte**”*

*“A contribuinte **já ajuizou ação anulatória**, pretendendo a contribuinte anular as NFLDs 35.102.706-8 e 35.102.707-6, **lavrados com o mesmo objetivo**, ou, subsidiariamente, anular parcialmente o mencionado lançamento **em virtude do mesmo fato gerador objeto da presente**, pelo que **passa invocar as mesmas razões defendidas judicialmente pela contribuinte**.”*

Cabe registrar que também já ajuizou outras ações, processo n. 2005.51.01.007161-8 - 2ª VF - anulatória da NFLD 35.102.704-1, e processo n. 2004.51.01.016646-7 - 10ª VF- anulatória da NFLD 35.102.705-0, inconformada com respectivas autuações, e que em um dos processos a contribuinte foi vitoriosa, tendo sido dado provimento ao seu recurso por unanimidade perante ao egrégio TRF.”

Também não pode deixar de ser notado que quando da reabertura de novo prazo, em 16/08/2007, não se procederam à juntada da cópia da exordial no aditamento da defesa titulado na forma do documento de fls. 232/263 por MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMISMO. Também não o fizeram no presente Recurso Voluntário. Desse modo, a Recorrente descumpriu a intimação de folhas 221 notificada conforme fls. 225, e, também, a determinação do comando do artigo 16, V do Decreto 70.235/72, que impõe colacionar cópia da petição se a **matéria tiver sido submetida à apreciação judicial**.

Aduz que descumprindo a previsão do artigo 16, V, do Decreto 70.235/72, embora intimada, a Recorrente, em prejuízo próprio, **impediu a devida apreciação da matéria tornando inepto o Recurso**

DA RENÚNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA

Embora o Decreto 70.235/72 só tenha vindo se manifestar a respeito somente em 2004, alhures, nos termos do art. 126, § 3º da Lei nº 8.213/91 a norma legal já preceituava que importava em renúncia ao contencioso administrativo :

“Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei n 9.528, de 1997).

(...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que **tenha por objeto idêntico** pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.(Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)“

Considerando que - contrariando o entendimento da instância “ad quod” - a própria Recorrente declara que **ajuizou ação anulatória** invocando as mesmas razões defendidas em virtude dos mesmos fatos geradores e , ainda, em face da frágil motivação baseada na ementa em que se pautou o Ilustre Relator para concluir em sede de impugnação que as alegações não eram de mesmo teor da Ação Judicial interposta pela Recorrente, **entendo que tal procedimento, em razão de tudo que foi exposto, leva a caracterizar – compulsoriamente - a desistência da instância administrativa na exegese dos artigos 126, § 3º da Lei nº 8.213/91.**

Pesa também nesta decisão a falta da juntada da cópia da petição como determina o artigo 16, V do Decreto 70.235/72.

Assim, por tudo que foi trazido à lume, há que se reformar a decisão “ad quod” dado que a desistência da esfera administrativa ficou plenamente caracterizada em razão de ação no judiciário com objeto idêntico o que importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa.

CONCLUSÃO

Em virtude de toda a exposição acima, nos termos do artigo 126, § 3º da Lei nº 8.213/91, a empresa renunciou ao direito de recorrer na esfera administrativa. Considerando ainda o despacho de fls. 219, do então Contencioso Fiscal - Procuradoria Geral Federal - Órgão Arrecadação da ex Receita Previdenciária/RJ, de que ocorrera o trânsito em julgado na instância judiciária, determino que se proceda a execução dos créditos ora em comento.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza

CÓPIA