



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

Processo nº 12898.001533/2009-87
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.884 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente TELEMAR NORTE LESTE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO.
NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Daniele Souto Rodrigues e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Ivacir Júlio de Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Ivacir Julio de Souza, Daniele Souto Rodrigues, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Ausentes Justificadamente Os Conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro E Marcelo Magalhaes Peixoto

CÓPIA

Relatório

Tendo os processos de nº12898001535/2009-76 e 12898.001534/2009-21 sido me destinados por sorteio para minha relatoria, cumpre registrar que nas instruções de ambos, apensaram-se, por conexos, ao presente.

Lido e compulsado os autos, por corroborar o Relatório do voto de primeira instância, com grifos de minha autoria, abaixo o transcrevo na íntegra :

"Trata-se de crédito tributário lançado pela fiscalização - AI DEBCAD 37.245.431-3 pertinente às contribuições devidas pela empresa relativas ao SAT-Seguro de Acidentes de Trabalho, tendo sido o presente lançamento lavrado em substituição àqueles feito através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) DEBCAD nº 35.442.225-1, anulada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 1334/2005, prolatado pela 2ª CAJ - Câmara de Julgamento, em 23/09/2005, sob a alegação de vício formal, acarretado pela omissão, no anexo relativo aos Fundamentos Legais do Débito, do dispositivo legal que autoriza o arbitramento das contribuições previdenciárias através de aferição indireta.

2. O valor do presente lançamento é de R\$ 31.306,08 consolidado em 17/09/2009.

3. De acordo com o relatório fiscal, de fls. 22/27, a apuração deu-se com base no instituto da responsabilidade solidária, decorrente da execução de serviços de construção civil pela empresa SELTE SERVIÇOS ELÉTRICOS E TELEFÔNICOS LTDA, CNPJ 50.708.700/0001-03, uma vez que a contratante não comprovou o recolhimento das contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados, a cargos dos próprios, incluídas em notas fiscais e/ou faturas correspondentes aos serviços executados, na forma determinada pela legislação previdenciária.

4. Explica o autuante que, utilizando da prerrogativa contida nos parágrafos 3º e 6º do artigo 33 da lei nº 8.212/91, arbitrou a base de cálculo das contribuições lançadas, a partir do valor das Notas Fiscais emitidas pela prestadora, adotando-se o percentual de 40% determinado pela Instrução Normativa nº 03/2005.

5. Esclarece também o Auditor Fiscal que, por se tratar de lançamento substitutivo de contribuições lançadas em procedimento fiscal anterior, foram considerados todos os documentos apresentados tanto no decorrer da ação fiscal, como no curso do procedimento administrativo de julgamento, tendo sido já consideradas as retificações anteriormente feitas durante o julgamento administrativo do processo anulado.

Da impugnação

6. Notificada pessoalmente em 18/09/2009, a notificada apresentou impugnação em 20/10/2009, logo, dentro do prazo regulamentar, através do instrumento de fls. 73/86, no qual apresenta os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

6.1. Uma análise cuidadosa da legislação aponta que a existência de solidariedade pressupõe a aferição da **efetiva existência do débito cobrado, primeiramente, fiscalizando o devedor principal (contratado)**. No presente caso, a lógica está invertida.

Somente após a constatação de que a contratada deixou de recolher as contribuições é que se poderia exigir da impugnante o tributo devido. A Fiscalização lançou o débito apenas com base na falta de apresentação, por parte da contratante, dos documentos que elidiriam a responsabilidade solidária, sem verificar a documentação da contratada.

6.2. O artigo 142 do CTN indica que a investigação do fato gerador (deve ser feita sempre no contribuinte, e não na figura do responsável tributário.

6.3. O interesse comum a que se refere o art. 124 do CTN é aquele existente entre o sujeito e o fato gerador, o vínculo jurídico. Não se trata, contudo, de qualquer vínculo, mas apenas do vínculo ab origine que os une. Cita exemplos, colaciona excertos doutrinários e arestos em abono de suas teses.

6.4. **A responsabilidade solidária imputada por aferição indireta somente é cabível como medida excepcional quando a fiscalização constatar que a contabilidade da empresa prestadora não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço.** O Fisco nem mesmo se deu ao trabalho de procurar as folhas de pagamento junto à prestadora de serviços, tendo feito o procedimento de aferição sem supedâneo real.

6.5. Inexiste solidariedade para o caso dos autos pois os serviços prestados pela contratada à Impugnante **são de fornecimento e montagem de máquinas na área de telefonia, e não de construção civil ou cessão de mão-de-obra**. Outrossim, o caso é ainda de empreitada global, não havendo solidariedade.

6.6. **Afirma que a SELTE quitou suas obrigações para com o INSS, sendo o montante das guias juntadas inferiores aos levantamentos devido ao fato do Fisco ter se valido do arbitramento.** O Fisco nunca poderia exigir o crédito de ambas as empresas simultaneamente. Acosta novamente os documentos comprobatórios da quitação das obrigações previdenciárias.

6.7. Entende que, como o Auto de Infração foi lavrado após a edição da MP nº 449/08, o caso é de aplicação da multa prevista na Lei nº 7 9.430/96, no valor de 0,33 ao dia até o limite de 20% do valor do débito.

6.8. Por fim, pede a procedência da impugnação, protestando por prova pericial e juntada posterior de documentos que eventualmente se façam necessários.

7. Regularmente notificada do lançamento, conforme se verifica às fls. VV, a contratada deixou transcorrer in albis o prazo de defesa.

8. É o Relatório. "

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

No Acórdão nº 12-36.765-13, às fls.720, em 18 de abril de 2011 a - 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I - DRJ/RJO I, manteve o débito e referindo-se ao valor principal decidiu conforme abaixo:

" Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe (AI nº 37.245.431-3), ACORDAM os membros da Turma, por unanimidade de votos, dar provimento parcial à impugnação, nos termos do relatório e voto que este decisum passam a integrar, para considerar devido o crédito tributário no valor remanescente de R\$ 9.512,30, acrescido de juros e multa de mora a serem calculados na data da liquidação "

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada com a decisão de primeira instância a autuada interpôs Recurso Voluntário às fls.755 . **O contribuinte solidário não apresentou manifestação .**

Às fls. 807 consta que contribuinte principal apresentou manifestação tempestiva (fls.754/805) e que a empresa solidária não protocolou manifestação

Aduz que na peça recursal interposta a autuada reiterou as alegações que fizera em sede de impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

Na forma do registro de fls 807, o recurso é tempestivo. Aduz que se reveste dos pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PREJUDICIAIS DE MÉRITO

DOS CONTRATOS E DAS NOTAS FISCAIS

Como visto alhures , trata-se de crédito tributário lançado pela fiscalização - AI DEBCAD 37.245.431-3 pertinente às contribuições devidas pela empresa relativas ao SAT-Seguro de Acidentes de Trabalho, tendo sido o presente **lançamento lavrado em substituição àqueles feito através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) DEBCAD nº 35.442.225-1, anulada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS),** conforme Acórdão nº 1334/2005, prolatado pela 2ª CAJ - Câmara de Julgamento, em 23/09/2005, sob a alegação de vício formal, acarretado pela omissão, no anexo relativo aos Fundamentos Legais do Débito, do dispositivo legal que autoriza o arbitramento das contribuições previdenciárias através de aferição indireta.

Na condução do voto, referindo-se aos autos da NFLD substituída de nº**35.442. 225-1 4, que , ressalte-se não constam colacionados no presente**, a i. Julgadora a quo, registra que em relação às cópias das notas fiscais trazidas já teriam sido **analisadas em processo anterior sendo dispensável a reanálise dos documentos:**

"24. Em relação aos documentos trazidos aos autos, verifica-se que os comprovantes de recolhimento de contribuições previdenciárias acostados pela impugnante já foram analisados em processo anterior, conforme se depreende das decisões proferidas nos autos da NFLD 35.442. 225-1. Como informa o Auditor Fiscal que o presente Auto de Infração já contempla todas as retificações efetuadas em função da apresentação de documentos no julgamento do processo administrativo anulado, torna-se dispensável a reanálise dos documentos."

Na forma da planilha produzida e colacionada às fls. 28 pela autoridade autuante e, ainda, no registro no item 6.2 do Relatório Fiscal, a remuneração **da mão-de-obra contida nas notas fiscais/faturas/recibos foi motivo sim de revisão no presente lançamento** conforme se verifica no abaixo transcrito:

6.2 As remunerações da mão-de-obra contidas nas notas fiscais/faturas/recibos foram calculadas com a aplicação, sobre o valor total das notas fiscais/faturas/recibos, dos percentuais previstos no inciso I do art. 600 da Instrução Normativa - IN SRP nº 03, de 14/07/05, da Secretaria da Receita Previdenciária, abaixo transcrita, conforme demonstrado no anexo 01 a este relatório.

IN SRP nº 03. de 14/07/05:

Art. 600. Para fins de aferição, a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação

de serviços por empresa corresponde ao mínimo de:

I - quarenta por cento do valor dos serviços constantes da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;"

A instância a quo também registrou que **a contratante não teria apresentado os contratos e notas fiscais**, entretanto no sobredito item 6. 2 do Relatório fiscal a autoridade autuante registra que montara a planilha (anexo I) com base nas notas fiscais. Aduz que na referida planilha se observa também dados dos contratos dos serviços prestados:

"23. Como a contratante não apresentou à fiscalização os documentos referidos, assim como os contratos e notas fiscais correspondentes aos serviços executados, foi arbitrada a base de cálculo a partir da técnica de aferição indireta, procedimento que tem amparo no art. 33, §3º da Lei 8212/91, não havendo, portanto, qualquer violação ao princípio da verdade material."

A sobredita afirmação contida no voto a quo se apresenta contraditória ao que afirmara no item 4 do relatório do referido julgamento, verbis:

"4. Explica o autuante que, utilizando da prerrogativa contida nos parágrafos 3º e 6º do artigo 33 da lei nº 8.212/91, arbitrou a base de cálculo das contribuições lançadas, a partir do valor das Notas Fiscais emitidas pela prestadora, adotando-se o percentual de 40% determinado pela Instrução Normativa nº 03/2005."

Na busca dos documentos em que autoridade autuante construiu a planilha de fls 29(anexo I) com dados das notas fiscais e dos contratos, é relevante ressaltar que esta não os colacionou para que efetivamente pudesse fazer prova da autenticidade dos registros planilhados.

Nos contratos de fls. 130, 135(destaque para fls 137) , 142(destaque para fls. 144) , todos trazidos à colação pela autuada, registram pactos de empreitada global com fornecimento de material. Relevante fazer o destaque tendo em vista que ao se estabelecer as bases de cálculo das remuneração mediante aferição indireta a autoridade autuante considerou **os valores totais das notas** como mão de obra conforme revela no item 6.2 de seu relatório fiscal às fls. 24:

*6.2 As remunerações da mão-de-obra contidas nas notas fiscais/faturas/recibos **foram calculadas com a aplicação, sobre o valor total das notas** fiscais/faturas/recibos, dos percentuais previstos no inciso I do art. 600 da Instrução Normativa - **IN SRP nº 03, de 14/07/05**, da Secretaria da Receita Previdenciária, abaixo transcrita, conforme demonstrado no **anexo 01** a este relatório.*

DAS NOTAS FISCAIS E DOS RECOLHIMENTOS DA CONTRATADA

Colacionadas pela autuada, às fls. 135/219 e 220/263, registram respectivamente, **as notas fiscais** e as **guias de recolhimento GRPS** da contratada efetuadas para pagamento no período autuado.

A autuada reclama de que não houve aproveitamento dos valores e que o **arbitramento de crédito tributário em face da Recorrente deve ser revisto em razão da existência de recolhimento prévio pela contratada.**

Ressalte-se que nos autos não se alcançam aproveitados os recolhimentos mediante as GRPS da **contratada nem para redução do crédito e tampouco para ilidir a responsabilidade do solidário.**

DA ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF N° 185, DE 31 DE MARÇO DE 1998

No Relatório da instância a quo, embora esta não tenha efetivamente se manifestado à respeito, se permite inferir que, no silêncio, corroborou o registro que fez no item 5.3 a autoridade autuante quando deu suporte ao lançamento pela instrução da Ordem de Serviço INSS/DAF N° 165, de 11/07/1997 que entendeu vigente à época dos fatos geradores , *verbis*:

"5.3 O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, através da Ordem de Serviço

INSS/DAF n 165 de 11/07/97, alterada pela Ordem de Serviço INSS/DAF n° 185, de 31/03/1998, ... "

Cumprе destacar o equívoco, posto que por ocasião dos fatos geradores a OS supra havia sido alterada pela nova redação dada pela ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF N° 185, DE 31 DE MARÇO DE 1998, cujo art. 21 tratava da elisão da responsabilidade solidária decorrente de serviços prestados por empresas de construção civil, **podendo essa ser elidida à vista** de apresentação de cópia de GRPS com recolhimento **englobado no CGC da empresa, ou** mediante a consulta ao conta-corrente de suas contribuições no INSS, nos meses em que houver a prestação de serviço, não se aplicando o disposto no item 16 e subitens **27.1 e 27.2, na hipótese de o serviço estar incurso no rol descrito no Anexo I da OS supra, verbis**:

" ASSUNTO: Altera a ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF n °165, de 11 d julho de 1997, que estabelece critérios e rotinas para a fiscalização de obra de construção civil de responsabilidade de pessoa jurídica e construção em nome coletivo. (...)

*21 - A responsabilidade solidária decorrente de serviços prestados por empresas de construção civil que **exerçam atividades relacionadas no Anexo I** poderá ser elidida à vista de apresentação de cópia de GRPS com recolhimento englobado no CGC da empresa, **ou** mediante a consulta ao conta-corrente de suas contribuições no INSS, nos meses em que houver a prestação de serviço, não se aplicando o disposto no item 16 e subitens 27.1 e 27.2."*

Como visto alhures, o período autuado constituiu créditos sobre os fatos geradores ocorridos nas competências 01 a 07/1998, na vigência pois da ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF N° 185, DE 31 DE MARÇO DE 1998.

Nos contratos colacionados às fls. 108 a 121, pactuaram-se serviços para construção de **rede externa - duto**. Relevante ressaltar que não houve aprofundamento na ação fiscal para se obter informações sobre se os serviços estariam ou não enquadrados no rol descrito no Anexo I abaixo transcrito, da OS/INSS/DAF Nº 165 alterado pela OS/INSS/DAF N 185/98. :

"Anexo I da os/inss/daf nº 165, de 11/07/97, alterado pela os/inss/daf nº 185, de 31/03/98

Atividades não sujeitas a exigibilidade de GRPS específica para isenção de responsabilidade solidária (GRPS GENÉRICA)

- a) instalação de estrutura metálica;*
- b) instalação de estrutura de concreto armado (pré-moldada);*
- c) jateamento de areia;*
- d) impermeabilização;*
- e) obras complementares, em edificações, de:*
 - ajardinamento.*
 - recreação;*
 - terraplenagem;*
 - urbanização;*
- f) fundações especiais** (exceto lajes de fundação "radiers");*
- g) instalações de:*
 - antena;*
 - aquecedor;*
 - ar-condicionado;*
 - bomba de recalque;*
 - calefação;*
 - elevador;*
 - equipamento de garagem;*
 - equipamentos de segurança e contra-incêndio;*
 - esquadrias de alumínio;*
 - fogão;*
 - incineração;*
 - playground;*
 - sistema de aquecimento a energia solar;*
 - telefone interno;*
 - ventilação e exaustão.*
- h) colocação de gradis;*
- i) perfuração de poço artesiano;*
- j) sondagem de solo;*
- l) controle de qualidade de materiais;*
- m) montagem de torres;*

n) locação de equipamentos;

o) serviços de topografia. "

DA AFERIÇÃO INDIRETA

A autoridade autuante revela no item 6 e 6.1 de seu Relatório Fiscal que procedeu lançamento **por aferição indireta** com respaldo nos §§ 3º e 6º do art. 33 da Lei 8.212/91, *verbis*:

"6 Apuração das bases de cálculo dos valores lançados:

6.1 Considerando o disposto nos subitens 5.1 a 5.4, esta fiscalização usou da prerrogativa contida no parágrafo 3º e 6º do artigo 33 da Lei Na 8.212/91, transcrito abaixo, efetuando lançamento do débito por arbitramento, sendo as bases de cálculo das contribuições devidas apuradas tendo como critério a aferição indireta:

"Art. 33.

§ 3a Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário"

Cabe ressaltar que embora a autoridade autuante tenha registrado que o lançamento por aferição indireta teve fulcro, também, no § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, **colacionou apenas o comando previsto no 3º**. Aduz que na forma do preceituado no § 6º a aferição indireta é procedimento previsto para hipótese de no exame da **escrituração contábil** e de qualquer outro documento da empresa, a **fiscalização constatar que a contabilidade** não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento. **Na leitura do Relatório Fiscal não se encontra registro desconsiderando a contabilidade ou a autenticidade de qualquer outro documento que a autoridade autuante tenha tido acesso e assim proceder com aferição indireta, *verbis*:**"

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário "

DAS INSTRUÇÕES SUPERVENIENTES

Retornando ao multicitado item 6.2 do Relatório Fisco, a autoridade autuante registra que **aferiu as remunerações** da mão-de-obra contidas nas notas fiscais/faturas/recibos com base no art. 600 da Instrução Normativa - IN SRP nº 03, de 14/07/05. Assim, tendo presente que a autuação refere-se aos fatos geradores compreendidos no período 01 a 10 de 1998, **a instrução é claramente superveniente, *verbis*:**

"6.2 As remunerações da mão-de-obra contidas nas notas fiscais/faturas/recibos foram calculadas com a aplicação, sobre o valor total das notas fiscais/faturas/recibos, dos percentuais previstos no inciso I do art. 600 da Instrução Normativa - IN

SRP nº 03, de 14/07/05, da Secretaria da Receita Previdenciária, abaixo transcrita, conforme demonstrado no anexo 01 a este relatório.

IN SRP nº 03. de 14/07/05:

"Art. 600. Para fins de aferição, a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação

de serviços por empresa corresponde ao mínimo de:

I - quarenta por cento do valor dos serviços constantes da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;" "

A análise do processo em comento não revela que após o lançamento anulado se tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades fiscais ou outorgado ao crédito tributário maiores garantias ou privilégios que poderiam ensejar aplicação de instruções posteriores. Isto não ocorrendo, a aplicação de norma superveniente para a obtenção das bases de cálculo macula o lançamento de nulidade.

DA NECESSIDADE DE AUDITORIA FISCAL NA CONTRATADA

Enfrentando a questão em epígrafe, na condução do voto, a i. Julgadora exortando a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007, ressalte-se, **instrução superveniente aos fatos geradores**, ela mesma sublinhou que ali se determina que o auditor deveria ter verificado as **informações relativas a empresa contratada, visando à verificação da regularidade da obrigação tributária a ser exigida**, de forma a evitar o lançamento de crédito já extinto. Na oportunidade a instância a quo citando a decisão que anulou a NFLD substituta afirmou que **não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora** :

"19. De acordo com a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007 - Anexo II, item 8.4.3, o auditor deverá analisar as informações disponíveis relativas a todos os devedores solidários, visando à verificação da regularidade da obrigação tributária a ser exigida, de forma a evitar o lançamento de crédito já extinto ou que já esteja sendo discutido ou cobrado judicial ou administrativamente.

20. Conforme as informações constantes da decisão anterior, não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora, o que, por si só, considerando a inexistência de benefício de ordem na solidariedade, autoriza o procedimento na empresa tomadora, tendo em vista restar afastada a possibilidade de lançamento em duplicidade.

21. Assim, restou comprovado que não houve extinção do crédito pelo pagamento ou sua inexigibilidade decorrente de outro lançamento com o mesmo objeto. "

A decisão a qual o i. Julgador se refere no item 20 encimado, consta colacionada às fls.29 e trata-se do Acórdão 0001326 que, em 23/05/2005, anulou a NFLD substituída dando origem ao lançamento em comento.

Salvo melhor exame, no sobredito acórdão **não se fez registro algum de que a contratada tenha sido fiscalizada com ou sem exame da contabilidade no período anulado. Informações concretas sobre ter** havido ou não a fiscalização, mesmos nos dias presentes podem ser obtidas mediante simples consulta nos sistemas para em seguida se colacionar para efeito de provas.

A respeito do sobredito, o art. 37 da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, preceitua que ocorrendo a existência de fatos e dados registrados em documentos na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício sua obtenção , *verbis* :

"Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. "

Anterior a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007, a que se refere o i. Julgador , **com o mesmo propósito**, a portaria SRP/DEFIS nº 018, de 10 de outubro de 2006, **embora também superveniente**, por conservadorismo, para evitar a nulidade dos lançamentos do gênero em comento, a Administração já houvera determinado que nas ações fiscais as autoridades autuantes verificassem **se foram analisadas as informações disponíveis relativas ao devedor solidário, de que não houve ação fiscal com exame de contabilidade contra este e que os créditos referentes a prestação de serviço então tributada não foram objeto de lançamento anterior e ainda que tal cumprimento devesse constar do Relatório Fiscal**, vide anexo IV, item 11.4.3 da referida Portaria **A essência do que fora determinado na Portaria revela diligente preocupação da Administração e não traz nada de original posto que tal procedimento deveria ter sido sempre praticado. Aduz que não consta do Relatório Fiscal que tais aspectos tivessem sido observados na ação fiscal em comento.**

DA JURISPRUDÊNCIA

Não tendo havido registro nos autos das providências supracitadas , **a jurisprudência deste Conselho concorre para concluir pela nulidade do lançamento**, senão vejamos :

“ SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº 11330.000934/200749

Recurso nº 150.621 De Ofício

Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Acórdão 206-01.551

Sessão de 06 de novembro de 2008

Recorrente DRJ - RIO DE JANEIRO

Interessado PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1995 a 31/05/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL E LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA- PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE.

A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se de constituir o crédito previdenciário. (grifos do Relator)

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Renato de Oliveira Silva, OAB/RJ nº 133.477.

ELIAS SAMPAIO FREIRE-Presidente

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA-Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bemadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. ”

“Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601550 do Processo 11330000897200731

06/11/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 30/11/1998 PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se de constituir o crédito previdenciário. Recurso de Ofício Negado.”

“Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601548 do Processo 11330000889200794

06/11/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1998 Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se de constituir o crédito previdenciário. Recurso de Ofício Negado.”

“Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601702 do Processo 11330000890200719

04/12/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 30/03/1996 PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Não cabe o lançamento por solidariedade na contratante de serviços com cessão de mão-de-obra quando constatada a ocorrência de ação fiscal na empresa prestadora, com exame de contabilidade por todo o período abrangido pelo lançamento. Recurso de Ofício Negado.”

DO STJ

Na forma já pacificada no STJ, recente decisão no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.395 – RJ (2012/0210529-9) vem de esposar a tese reiterada neste Conselho :

" AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.395 – RJ (2012/0210529-9)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A
ADVOGADOS : CARLOS HENRIQUE DA FONSECA
MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS
NYLSON DOS SANTOS JUNIOR

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91 (REDAÇÃO ORIGINAL). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO PRÉVIA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ reconhece, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91, com a redação vigente até 1º.2.1999, a inviabilidade de lançamento por aferição indireta, com base tão somente nas contas do tomador do serviço, pois, para a devida constituição do crédito tributário, faz-se necessário observar se a empresa cedente recolheu ou não as contribuições devidas, o que, de certo modo, implica a precedência de fiscalização perante a empresa prestadora, ou, ao menos, a concomitância. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. O entendimento sufragado não afasta a responsabilidade solidária do tomador de serviço, até porque a solidariedade está objetivamente delineada na legislação infraconstitucional. Reprime-se apenas a forma de constituição do crédito tributário perpetrada pela Administração Tributária, que arbitra indevidamente o lançamento sem que se tenha fiscalizado a contabilidade da empresa prestadora dos serviços de mão de obra.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relato

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL SUPERVENIENTE

Às fls.08, no Relatório de Fundamentos Legais do Débito- FLD restou consolidado no item 061 a motivação legal para aferição indireta na construção civil onde se utilizaram da **Lei 10.256, de 09.07.2001, também posterior aos fatos geradores :**

" 061 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS APURADAS POR AFERIÇÃO INDIRETA-CONSTRUCAO CIVIL

061.03 - Competências : 01/1998 a 07/1998

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 33 (com redação posterior da Lei n. 10.256, de 09.07.2001), parágrafos 3., 4. e 6.;

Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, artigos 50, 52, 53 e 54; "

Por fim, é de realce observar que não bastasse as ocorrências encimadas, às fls. 20, na Emissão do Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal - TEPF, no que concerne a informação da Descrição do Procedimento Fiscal, a autoridade autuante, no campo reservados aos documentos examinados, dentre os rol pré definido, registrou que somente examinou o Livro de Registro de Empregados

DA ADMINISTRAÇÃO E DA REVISÃO DOS ATOS

O dever de a Administração rever seus atos, zelando pela sua legalidade, está expresso no artigo 53, da Lei 9.784/1999 e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal

DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A **verdade material** é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário.

Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, **verificar aquilo que é realmente verdade**, independente do alegado. Dessa forma o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis. A própria administração **produz provas a favor do contribuinte**, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo.

DA NULIDADE

A inteligência do § 1º, II do artigo 59 do decreto 70.235/72 permite constatar que a nulidade do ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

“ O Decreto 70.235/72 :

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.

Se o lançamento apresentar vício em seu processo de formação não respeitando os dispositivos **de sua formalização, é caso de anulação, por vício de forma.**

Se o vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que o conteúdo do ato estará eivado de **vício material** comprometedor do crédito e da sua motivação .

DO ART. 142 DO CTN

Aduz que no comando do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN , o legislador determinou cumprir com clareza a motivação do lançamento, *verbis*:

“ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Em razão de tudo que foi exposto, não há como corroborar sustentável o lançamento posto que eivado de VÍCIOS INSANÁVEIS. Desse modo , por economia processual, sequer adentro o mérito.

CONCLUSÃO

Desse modo, conheço do Recurso para em PRELIMINAR determinar a nulidade por VÍCIO MATERIAL .

É como voto.

Ivaccir Júlio de Souza - Relator

CÓPIA