



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

Processo n° 13896.000582/2008-02
Recurso n° 9.999.99 Voluntário
Resolução n° **2302-000.218 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 17 de abril de 2013
Assunto Realização de Diligência Fiscal
Recorrente G & G AUTO POSTO LTDA E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/10/1997

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, determinar a realização de diligência fiscal para que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP se manifeste, de maneira conclusiva, a respeito da efetiva intimação ou não da Construtora Gonçalves Netto Ltda acerca do conteúdo do Acórdão n° 05-25.078 - 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009, a fls. 207/212, e, em caso negativo, promover a ciência do teor do referido Acórdão n° 05-25.078 - 7ª Turma da DRJ/CPS ao Devedor Principal suso mencionado e a este reabrir o prazo normativo para o oferecimento de Recurso Voluntário.

Liége Lacroix Thomasi - Presidente Substituta.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente Substituta de Turma), Manoel Coelho Arruda Junior (Vice-presidente de turma), André Luis Mársico Lombardi, Bianca Delgado Pinheiro, Juliana Campos de Carvalho Cruz e Arlindo da Costa e Silva.

RELATÓRIO

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/10/1997

Data de lavratura da NFLD: 21/02/2008.

Data da Ciência da NFLD: 22/02/2008.

Trata-se de lançamento fiscal para constituição de crédito tributário correspondente a contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra empregada na execução obra de construção civil, Matrícula CEI nº CEI: 21.904.06834/78, Rodovia Presidente Castelo Branco, S/N - Km. 29.991, Margem Direita – Barueri/SP, decorrente da responsabilidade solidária com a empresa Construtora Gonçalves Netto Ltda, conforme descrito no Relatório Fiscal a fls. 18/26.

O lançamento fiscal foi realizado em substituição de outro anterior, lavrado em 30/11/2001, e que foi julgado nulo, por Acórdão da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, fls. 138/141, em sessão realizada em 25/05/2005, em razão da ausência de indicação do fundamento de direito que autorizou o procedimento de aferição indireta.

Relata a Autoridade Lançadora que o Recorrente, na qualidade de proprietário de obra de construção civil matrícula CEI nº 21.904.06834/78, deixou de apresentar os comprovantes de recolhimentos de contribuições previdenciárias vinculados à obra, relativos aos serviços que lhe foram prestados pela Construtora Gonçalves Netto Ltda, CNPJ 58.637.190/0001-32, fato que desaguou na imputação da responsabilidade tributária solidária entre contratante, proprietário da obra, e a empreiteira em tela, prestadora de serviços de construção civil.

Informa, outrossim, que as diligências empreendidas diretamente no contribuinte, Construtora Gonçalves Netto Ltda, constataram não constar que tenha sido realizada auditoria fiscal, com exame da contabilidade, para o período a que se refere o lançamento e que os créditos referentes à prestação de serviços ora tributada não foram objeto de lançamento anterior.

Acrescenta que, por não terem sido apresentados os documentos que comprovassem que o prestador de serviços, no respectivo período, mantinha contabilidade regular, o salário-de-contribuição foi determinado pela aplicação do percentual de 40% sobre o montante despendido com a mão-de-obra. De outro eito, não havendo sido, igualmente, apresentados documentos e outras evidências de que os valores faturados eventualmente incluiriam materiais e a utilização de equipamentos, especialmente contrato de prestação de serviços, considerou-se que os montantes faturados compreenderam, tão somente, o fornecimento de mão-de-obra de construção civil, de molde que a base de cálculo das contribuições previdenciárias foi determinada pela aplicação do percentual de 40% sobre o total das notas fiscais discriminadas a fl. 27.

Irresignado com o supracitado lançamento tributário, o responsável solidário, G & G Auto Posto Ltda, apresentou impugnação a fls. 95/109. Por sua vez, o Devedor Principal, Construtora Gonçalves Netto Ltda, ofereceu defesa administrativa a fls. 178/189.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP lavrou Decisão Administrativa a fls. 207/212, julgando procedente em parte o presente lançamento, e mantendo o crédito tributário na forma do DADR a fl. 213.

O Devedor Solidário foi cientificado da decisão de 1ª Instância no dia 15/05/2009, conforme Avisos de Recebimento a fl. 217.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão administrativo julgador *a quo*, o responsável solidário interpôs recurso voluntário, a fls. 192/209, requerendo, ao fim, a improcedência do lançamento.

Acórdão de Recurso Voluntário nº 2302-01.267, de 23 de agosto de 2011, a fls. 219/228, negou provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto do Relator.

Devidamente cientificado do teor do Acórdão de Recurso Voluntário nº 2302-01.267, de 23 de agosto de 2011, o Devedor Principal interpôs Recurso Voluntário a fls. 242/276, alegando em sede de preliminar de mérito a nulidade do Acórdão acima referido, por preterição do direito de defesa, em virtude de não haver sido intimado a respeito da decisão de 1ª Instância, a fls. 207/212, sendo-lhe assim subtraído o direito de interpor o competente Recurso Voluntário em face de tal decisão.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

DECISÃO E FUNDAMENTAÇÃO

Com efeito, compulsando os Autos, verificamos que da Decisão de 1ª Instância textualizada no Acórdão nº 05-25.078 – 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009, a fls. 207/212, exarada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP somente o Devedor Solidário houve-se por intimado na forma prevista na legislação processual específica, providência essa que não foi observada pela administração tributária em relação ao Devedor Principal.

Não logramos identificar nos autos qualquer indício de prova material hábil a demonstrar que a Construtora Gonçalves Netto Ltda, CNPJ 58.637.190/0001-32, Devedora Principal do crédito tributário objeto do vertente lançamento, houve-se, de fato, intimada da Decisão de 1ª Instância Administrativa.

Revela-se o Direito Processual Administrativo refratário ao proferimento de Decisões em que reste configurada qualquer modalidade de preterição ao direito de defesa, as quais já nascem sob o estigma da nulidade. Dessarte, se nos afigura haver sido violado o Devido Processo Legal, eis que a Decisão de 2ª Instância foi emitida sem a oportunidade de contradita por parte do Devedor Principal, aos fundamentos e decisório assentados no Acórdão nº 05-25.078 – 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009.

A situação fática aparentemente retratada no presente caso, consistente na usurpação do direito ao contraditório e à ampla defesa, atrai ao feito a incidência do preceito inscrito no inciso II, *in fine*, do art. 59 do Decreto nº 70.235/72 que regem os Processos Administrativos Fiscais nas ordens do Ministério da Fazenda, ao qual, hodiernamente, também se submetem os procedimentos fiscais e os processos administrativos fiscais de determinação e exigência de créditos tributários referentes às contribuições previdenciárias.

Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

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.

§3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748/93)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

A Administração Pública é regida pelo princípio constitucional da legalidade, cabendo-lhe, todas as vezes que um ato administrativo for praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, o dever de restaurar esse princípio, seja por meio da invalidação, seja por meio da convalidação do ato.

Como é cediço, a Administração Pública não pode ser exercida sem o respeito às normas jurídicas e à moral administrativa. Por isso, os atos administrativos podem ser controlados por duas vias distintas: uma interna, da própria Administração; outra externa, regida pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último auxiliado pelo Tribunal de Contas.

Os atos administrativos podem ser desfeitos por dois meios que não se confundem e nem se empregam indistintamente: a revogação e a anulação. A revogação tem por fundamento o Poder Discricionário da Administração Pública e consiste na supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada somente pela Administração Pública, por não mais lhe convir a sua existência. O ato é legal e perfeito, porém não mais conveniente ao interesse público.

A anulação, por seu turno, consubstancia-se na declaração de invalidade do ato administrativo ilegítimo ou ilegal, e pode ser levada a efeito tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário e baseia-se em razões de legitimidade ou de legalidade, operando efeitos efeito *ex tunc*.

Tal dualidade encontra-se expressamente prevista na Lei nº 9.784/99, a qual estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

A lei que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal não prevê prazo para o exercício do direito da Administração de anular seus próprios atos, salvo nos casos em que do ato administrativo decorrer efeitos favoráveis para os seus destinatários, se não comprovada a existência de má-fé, arrimando-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração.

O ato administrativo eivado em sua origem de vício de ilegalidade pode ser anulado *sponte propria* pela Administração, ou pela provocação do interessado, sem formalidades especiais e a qualquer tempo, ressalvados os casos previstos em lei, bastando que a autoridade competente demonstre, no devido processo legal, o vício de nulidade de que se encontra infectado o ato em mira.

No Processo Administrativo Fiscal, a competência para a declaração de nulidade do ato administrativo é exercida pela autoridade competente para praticar o ato ou para julgar a sua legitimidade, a teor do art. 61 do Decreto nº 70.235/72.

Decreto nº 70.235/72

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Tais disposições não discrepam dos assentamentos alinhados na lei nº 9.784/99.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Mostra-se alvissareiro sublinhar que a declaração de nulidade de qualquer ato administrativo só prejudica os atos posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência. Na declaração de nulidade, deve a autoridade responsável indicar os atos alcançados e determinar as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

No caso vertente, a decisão de 2ª Instância administrativa aviada no Acórdão nº 2302-01.267, de 23 de agosto de 2011, a fls. 219/228, houve-se por proferida, ao que tudo indica, sem que tenha sido dada ciência à Construtora Gonçalves Netto Ltda do teor da decisão de 1ª Instância textualizada no Acórdão nº 05-25.078 – 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009, a fls. 207/212, exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, circunstância que implica cerceamento de defesa, eis que foi subtraído do Devedor Principal o direito de interpor o competente Recurso Voluntário em face da decisão inaugural.

Impõe-se, portanto, na hipótese de restar confirmado tal vício processual, em atenção ao Devido Processo Legal, a declaração de nulidade do Acórdão nº 2302-01.267, de 23 de agosto de 2011, com fulcro no art. 59, II, *in fine* do Decreto nº 70.235/72, ratificados os demais atos praticados no curso do presente Processo Administrativo Fiscal.

Nesse contexto, pugnamos pela realização de incidente processual próprio visando à confirmação ou não da irregularidade ora em comento.

Assim, o feito deve ser baixado em diligência para que:

- a) Seja oficiada a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, para que se manifeste, de maneira conclusiva, a respeito da efetiva intimação ou não da Construtora Gonçalves Netto Ltda acerca do conteúdo do Acórdão nº 05-25.078 – 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009, a fls. 207/212;
- b) Em caso positivo, instruir o processo com a prova material da intimação acima aventada;
- c) Em caso negativo, para que seja promovida a ciência da Construtora Gonçalves Netto Ltda do inteiro teor da decisão de 1ª Instância textualizada no Acórdão nº 05-25.078 – 7ª Turma da DRJ/CPS, de 05 de março de 2009, a fls. 207/212, exarada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, e a ela reaberto o prazo para o oferecimento de Recurso Voluntário em face de tal decisão, se assim considerar ser do seu interesse.

Processo nº 13896.000582/2008-02
Resolução nº **2302-000.218**

S2-C3T2
Fl. 284

A diligência ora comandada deverá ser concluída com o relato fiel das constatações fáticas pertinentes ao caso e das providências levadas a efeito pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP.

RESOLUÇÃO

Pelos motivos expendidos, voto pela realização da diligência fiscal acima mencionada, nos exatos termos detalhados nos parágrafos precedentes.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por ARLINDO DA COSTA E SILVA em 26/04/2013 10:05:38.

Documento autenticado digitalmente por ARLINDO DA COSTA E SILVA em 26/04/2013.

Documento assinado digitalmente por: LIEGE LACROIX THOMASI em 28/04/2013 e ARLINDO DA COSTA E SILVA em 26/04/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 01/12/2020.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP01.1220.11303.3YUV

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

BFD52C5BF8308C465D5FD43598A8FF480B9F1B51