



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18471.001454/2008-82
Recurso Embargos
Acórdão nº 2402-010.722 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2022
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/11/2001

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM.

Devem ser admitidos os embargos de declaração em razão da contradição do acórdão que reconheceu, de ofício, a nulidade da decisão de primeira instância por não haver apreciado as manifestações apresentadas pelos interessados em face ao resultado de diligência.

Entretanto, o acolhimento não modifica o resultado do julgamento, pois a análise das demais razões recursais evidenciou o cerceamento do direito de defesa pela não apreciação da impugnação tempestivamente apresentada a exigir a nulidade da decisão de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acórdão os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos admitidos, sem efeitos infringentes, com a retificação do acórdão embargado para que neste conste a motivação trazida no voto do redator ad hoc, reconhecendo a nulidade da Decisão-Notificação nº 17.401.4/0105/2005. O conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem votou na reunião de dezembro de 2021. O conselheiro Honório Albuquerque de Brito não votou.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Redator designado *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rodrigo Duarte Firmino e Vinícius Mauro Trevisan.

Fl. 2 do Acórdão n.º 2402-010.722 - 2ª Seção/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 18471.001454/2008-82

Relatório

Tratam-se de embargos de declaração opostos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em face ao acórdão 2402-007.413, proferido por esta Turma em 9/7/2019 e de que tomou conhecimento após o despacho de encaminhamento de 22/1/2021. Assim está ementada o acórdão embargado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/11/2001

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE, NOVO RELATÓRIO FISCAL. NÃO APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO APÓS CIÊNCIA DE DILIGÊNCIA FISCAL. APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Ausente decisão de primeira instância em face de impugnações apresentadas contra lançamento objeto de novo relatório fiscal decorrente de diligência, impõe-se a nulidade da decisão inicial e devolução dos autos à instância *a quo* para que seja proferida nova decisão em face das impugnações apresentadas, falecendo competência à segunda instância para o mister, vez que inadmissível supressão de instância administrativa, forte no rito processual estabelecido pelo Decreto n. 70.235/1972.

Alega a I. Procuradora da Fazenda Nacional, fls. 2.307 a 2.316, a existência de contradição e violação a regras processuais e regimentais, pois:

1. Não se trata de matéria de ordem pública ou decisão proferida por autoridade incompetente, apenas irresignação quanto à condução do processo determinada pela DRJ/RJ;
2. A matéria não foi impugnada pela parte interessada, o que acarreta a preclusão;
3. A Turma descumpriu a decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais que determinou a apreciação tão somente das “demais questões do recurso voluntário”; e
4. A Turma não tem atribuição regimental para anular uma decisão que já foi referendada/modificada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Ao fim, requer o provimento dos embargos de declaração, com a retificação do acórdão embargado para que sejam apreciados os autos de acordo com a decisão 9202-007.279 e as regras processuais e regimentais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Redator-Designado *ad hoc* para formalizar o acórdão.

Pelo fato de o Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, que já não se encontra mais no quadro de Conselheiros do CARF, não ter formalizado o presente acórdão, uma vez que o processo saiu com vista após ter apresentado seu voto na última reunião da qual participou, fui designado para proceder à formalização do acórdão, nos termos do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, Anexo II, art. 17, inciso III.

Destaco, contudo, que apenas formalizei o acórdão, transcrevendo a íntegra do relatório e do voto apresentados pelo Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, durante a sessão de julgamento, e que foram deixados em pasta compartilhada.

Admissibilidade

Após identificar que a PGFN não tomou conhecimento do Acórdão 2402-007.413, este Conselho saneou os autos com o encaminhamento do processo eletrônico à caixa da PGFN no e-Processo no dia 22/1/2021.

A ciência presumida do representante da PGFN está prevista no art. 79 do Ricarfé e é de 30 dias contados da data em que os autos foram entregues à PGFN ou, antes, caso aquele se dê por intimado mediante ciência nos autos.

Art. 79. O Procurador da Fazenda Nacional será considerado intimado pessoalmente das decisões do CARF, com o término do prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que os respectivos autos forem entregues à PGFN, salvo se antes dessa data o Procurador se der por intimado mediante ciência nos autos. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

Antes do término do trintídio regimental, em 23/2/2021, e início do prazo de cinco dias para opor os embargos de declaração na forma do art. 65, § 1º, do Ricarfé, a I. Procuradora da Fazenda Nacional protocolou a peça defensiva em 12/2/2021.

Portanto, são tempestivos os embargos de declaração apresentados, os quais preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, pois deles conheço.

Trâmite Processual

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 35.699.703-00, fls. 3 a 25, referente às contribuições sociais previdenciárias da empresa (patronal e SAT/RAT) e dos segurados, nas competências de 4/1999, 6/2000, 2/2001, 4 a 6/2001, 8 a 11/2001, substituiu a NFLD 35.521.051-7, anulada por erro na determinação do fato gerador nos termos do relatório de fls. 33 a 39.

7 - Na defesa do lançamento original foi apresentada documentação pela empresa contratada, Calorisol Engenharia Ltda, constante de folhas de pagamentos e guias de recolhimento vinculadas ao contrato, Notas fiscais e guias de retenção. Na análise da documentação apresentada, verificou-se, de pronto, que o lançamento original fora efetuado, a partir de 03/1999, como pertencente ao mês seguinte ao da prestação do serviço, o que justificou a anulação do débito, embora tenham sido analisados os documentos apresentados visando a futuro lançamento que viesse a substituir o original. Assim, a responsabilidade solidária referente a diversas competências restou elidida, exceto para as competências ora lançadas.

8 - Assim, o presente lançamento tem por finalidade substituir o lançamento efetuado anteriormente nas competências de 04/1999; 06/2000; 02/2001; 04/2001 a 06/2001; 08/2001 a 11/2001, conforme acima explicado, da forma abaixo:

Ao apreciar a impugnação da tomadora, a Petróleo Brasileiro S.A., e da responsável solidária, a Petrobrás Distribuidora, a Delegacia da Receita Federal do Brasil Previdenciária julgou procedente o lançamento na Decisão-Notificação 17.401.4/0105/2005, de 26/9/2005, fls. 163 a 171, cuja ementa dispõe:

TRIBUTÁRIO - PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A teor do . art.:124 § único do Código Tributário Nacional, a responsabilidade solidária tributária não comporta benefício de ordem.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Não houve a análise da impugnação apresentada pela Calorisol Engenharia Ltda recepcionada em 25/8/2005, de fls. 186 a 204, fato este apontado no recurso manejado ao CRPS, fls. 272 a 292, com o requerimento da nulidade da decisão proferida por cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, foi a impugnante surpreendida quando do recebimento, em 05 de outubro do presente, da decisão-notificação nº 17.401.4/0105/2005, que conhece o a impugnação da tomadora de serviços e lhe nega provimento. Tal fato lhe surpreendeu ainda mais quando, no item 28 da decisão-notificação, o ilustre Julgador, mencionou expressamente que:

Regularmente intimada, conforme se verifica às fls 67, a empresa prestadora deixou transcorrer in albis o prazo para impugnar o lançamento.

Ora, tal afirmação inverossímil fere, não somente o princípio do contraditório e ampla defesa, princípios que também coram o procedimento administrativo, como colocam em risco, inclusive, o relacionamento da impugnante, ora recorrente, com a outra devedora solidária, sua cliente, que, induzida a erro, acredita estar esta empresa, deixando de cumprir suas obrigações para com o Fisco previdenciário e lhe expondo a autuações como a presente.

Assim requer seja declarada a nulidade da decisão proferida nos presentes, em vista de que tempestivo o recurso, não foi conhecido antes de proferida a decisão que decretou a procedência do lançamento.

Motivado por esse lapso processual, o Serviço de Contencioso Administrativo, em 5/12/2005, encaminhou os autos para que o Auditor-Fiscal notificante se pronunciasse a respeito da documentação apresentada na impugnação não analisada da Calorisol Engenharia. (fl. 299)

Anos depois, em 8/6/2009, a Divisão de Programação da DRF/Rio de Janeiro, ao detectar que não houve a supracitada análise pelo Auditor-Fiscal notificante, encaminhou o processo à Divisão de Fiscalização para acostar à diligência que já estava sendo realizada alusiva a outros créditos tributários. (fls. 302 e 303)

3. Assim sendo, a fim de efetuar os procedimentos acima mencionados, é sugerido o envio do presente processo à DIFIS I, ressaltando que existe diligência em andamento com a mesma finalidade, relativa a outros créditos tributários. Convém lembrar que neste período já estava em vigor o instituto da retenção, em substituição à solidariedade.

4. Reitera-se a necessidade de cientificar o sujeito passivo acerca do resultado da referida diligência, com abertura do prazo recursal; procedimentos estes a cargo da DERAT/RJO/EqCDP. O processo é composto por 01 (um) volume contendo 271 (duzentos e setenta e uma) folhas e 04 (quatro) Anexos, todos referentes à NFDL 35.699.703-0.

O resultado da diligência, cuja conclusão é no sentido de excluir as competências de 4/1999 e 6/2000 pela apresentação das folhas de pagamento e guias específicas, está às fls. 308 a 310.

Foram apresentadas manifestações em face ao resultado da diligência.

A esse respeito, a Delegacia de Julgamento declinou a competência para reapreciar a matéria e expediu os autos à instância revisora, à fl. 1.538, na íntegra abaixo:

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD encaminhada, por equívoco, a DRJ-RJ1. **No caso em exame, o processo já apresenta decisão administrativa de 1ª instância, bem como recurso voluntário tempestivo interposto pelo sujeito passivo, de sorte que a atual fase processual em que se encontra revela-se incompatível com o rol de competências atribuídas regimentalmente às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento.**

Saliente-se, por oportuno, que é incabível o reinício do contencioso administrativo no caso em tela, tal como sugerido pela Autoridade Fiscal Notificante, em seu pronunciamento de fls. 308/310, **mas tão somente a reabertura do prazo recursal (já realizado), considerando a necessidade de comunicação do resultado da diligência previamente ao julgamento do recurso.**

Nesse contexto, entendo que as novas impugnações apresentadas devem ser recebidas como aditamentos aos recursos originalmente interpostos. E os esclarecimentos prestados pela fiscalização acerca dos elementos de instrução produzidos na fase recursal constituem elementos de convicção que serão objeto de análise pela instância revisora.

Em face do exposto, encaminhem-se os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para processamento do recurso voluntário interposto.

(Grifei)

Como destacado nos embargos de declaração da PGFN:

Observe-se que desta decisão não houve manifestação alguma de contrariedade apresentada pelo sujeito passivo e/ou empresas solidárias, seja antes da decisão proferida pelo CARF (houve vista dos autos pelo representante legal em 23/12/14 à fls. 1610), seja após o acórdão com a oposição de Embargos de Declaração ou até mesmo em sede de Contrarrazões ao Recurso Especial interposto pela União.

Prossigo.

Esta turma, no acórdão 2402-004.913 de 27/1/2016, deu provimento ao recurso voluntário por entender que a ausência de descrição clara e precisa dos fatos geradores é vício material e não permissivo de realização de lançamento substitutivo autorizado apenas nos casos de vício formal nos termos do art. 173, II, CTN. (fls. 1.682 a 1.691)

Contra o acórdão acima, a PGFN apresentou embargos de declaração, fls. 1.693 a 1.695, por discordar da reclassificação do vício de formal à material e, eventualmente, porque a anulação dos autos por vício material não impede nova autuação desde que respeitado o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º ou 173, I, CTN.

Os embargos de declaração foram rejeitados, fls. 1.698 e 1.699.

Ato contínuo, a PGFN apresentou recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), fls. 1.701 a 1.705, o qual fora admitido às fls. 1.708 a 1.712.

Foram apresentadas contrarrazões.

A CSRF, mediante o acórdão 9202-007.279 de 23/10/2018, deu provimento ao recurso com o retorno dos autos ao colegiado de origem para que apreciasse as demais questões contidas nos recursos voluntários. (fls. 1.909 a 1.915)

Os autos foram restituídos a esta turma que proferiu, em 9/7/2019, o acórdão 2402-007.413, embargado pela PGFN e cujo voto do I. Relator Luís Henrique Dias Lima fora acompanhado de forma unânime por seus pares. (fls. 1.947 a 1.951)

Os recursos voluntários já foram conhecidos pelo CARF.

De plano, verifica-se, na espécie, ocorrência de supressão de instância quando do julgamento do recurso voluntário pela 2ª. Turma da 4ª. Câmara da 2ª. Seção, consubstanciado no acórdão n. 2402-004.913, posteriormente objeto de recurso especial, vez que ausente decisão da primeira instância em face das novas impugnações apresentadas após a ciência do resultado da diligência (efls. 296/303), conforme caracterizado a seguir.

Com efeito, após a interposição de recursos voluntários em face da Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, o Serviço de Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária Centro/RJ baixou, em 21/12/2005, este processo em diligência para que a autoridade lançadora se pronunciasse acerca de documentos aduzidos aos autos pela Petrobrás Petróleo Brasileiro S/A (efl. 299).

Conforme denunciado em sede de análise de interesse fiscal, da lavra da Delegacia da Receita Federal de Fiscalização no Rio de Janeiro Divisão de Programação, o pronunciamento solicitado não ocorreu, havendo, na oportunidade, o encaminhamento destes autos à Unidade da Receita Federal competente para a realização da diligência, destacando-se a necessidade de se cientificar o sujeito passivo do seu resultado (efls. 302/303).

A referida diligência materializou-se nos termos do Despacho de efls. (308/316), caracterizando-se assim um novo relatório fiscal, momento em que foi, de forma expressa, determinada a ciência às empresas integrantes do Grupo Econômico (Petróleo Distribuidora S/A, Petrobrás Transporte S/A, Petrobrás Química S/A e Petrobrás Gás S/A), abrindo-se prazo para a apresentação de novas impugnações.

Mais claro, impossível.

Assim, em decorrência do Despacho de efls. (308/316), as pessoas jurídicas Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás; Petrobrás Transporte S/A Transpetro; Calorisol Engenharia Ltda.; e Petrobrás Distribuidora S/A, apresentaram impugnações (efls. 320/381), que, a despeito de sua tempestividade, não foram apreciadas pela instância julgadora de primeira instância, sendo remetidas diretamente à apreciação da segunda instância, pois, segundo o entendimento da Delegacia da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro I DRJ/RJ1, as novas impugnações apresentadas devem ser recebidas como aditamentos aos recursos originalmente interpostos, bem assim que os esclarecimentos prestados pela Fiscalização acerca dos elementos de instrução produzidos na fase recursal constituem elementos de convicção que serão objeto de análise pela instância revisora (efl. 1538).

Não me parece ser este o melhor entendimento.

O novo relatório fiscal aduz fatos novos ao lançamento original, que não foram objeto de apreciação pela instância de piso quando exarou a Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, reclamando assim por impugnação específica, na forma determinada no Despacho de efls. (308/316), forte no rito processual do Decreto n. 70.235/1972.

De se observar que a impugnação enfrenta o lançamento, enquanto que o recurso voluntário, uma decisão de primeira de instância. Nessa perspectiva, ao proceder à diligência e em função desta elaborar novo relatório fiscal, a Administração Tributária produziu fato novo não apreciado pela Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, impondo-se, como corretamente fez a autoridade lançadora, oportunizar aos interessados a apresentação de novas impugnações.

E essas novas impugnações reclamam, por óbvio, uma nova decisão de primeira instância que as aprecie, vez que aquela consubstanciada na Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005 já resta superada pela própria Administração Tributária que a produziu, uma vez presente novo relatório fiscal.

Nesse contexto, são despiciendos os recursos voluntários inicialmente apresentados, tendo em vista que não foram julgados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) órgão colegiado na época responsável pelo controle de legalidade das decisões em processo de interesse dos beneficiários e contribuintes da Seguridade Social o que descaracteriza qualquer trânsito em julgado na esfera administrativa, destacando-se, também, que enfrentam uma decisão de primeira instância desautorizada pela própria Administração Tributária.

Isto posto, resta evidenciado que a decisão exarada no âmbito do acórdão n. 2402-004.913 caracteriza supressão de instância, vez que inexistente decisão de primeira instância em face das novas impugnações (efls. 320/381) e falece competência à segunda instância para apreciá-las.

Nessa perspectiva, e uma vez presente a determinação da colenda 2ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) anotada no acórdão de recurso especial n. 9202-007.279, impõe-se o julgamento pela nulidade do acórdão de recurso voluntário n. 2402-004.913 e da Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, com a devolução deste processo à primeira instância para que exare nova decisão em face das impugnações apresentadas pelas pessoas jurídicas Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás; Petrobrás Transporte S/A Transpetro; Calorisol Engenharia Ltda.; e Petrobrás Distribuidora S/A (efls. 320/381), de acordo com o rito processual previsto no Decreto n. 70.235/1972.

Ante o exposto, voto por anular, de ofício, a Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, devolvendo-se os autos deste processo à instância julgadora de primeira instância para que exare nova decisão em face das impugnações apresentadas pelas pessoas jurídicas Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás; Petrobrás Transporte S/A Transpetro; Calorisol Engenharia Ltda.; e Petrobrás Distribuidora S/A (efls. 320/381), de acordo com o rito processual previsto no Decreto n. 70.235/1972.

Devolvidos os autos à Delegacia de Julgamento, esta julgou procedente em parte a impugnação (fls. 1.981 a 1.996).

Foram apresentados recursos voluntários.

Como relatado no tópico anterior, a ciência do acórdão 2402-007.413 por parte da PGFN ocorreu a destempo, tendo sido apresentados embargos de declaração (fls. 2.308 a 2.316) admitidos por despacho (fls. 2.320 a 2.326).

Entendo ter feito o resumo dos autos, passo a apreciar os embargos de declaração.

Embargos de Declaração

A I. Procuradora da Fazenda Nacional arrazoa que o acórdão embargado ultrapassou a determinação da CSRF, expressa no dispositivo do acórdão, no sentido de que o colegiado apreciasse as demais questões do recurso voluntário.

Do contrário, o colegiado reabriu ponto ausente no recurso voluntário, precluso por não haver sido contestado pelas partes e que não se trata de matéria de ordem pública digna a ser conhecida de ofício.

A I. Procuradora entende que o colegiado, ao anular o acórdão 2402-004.913, estaria também anulado a decisão da CSRF em face ao recurso especial manejado contra aquela decisão.

Ademais, a não apreciação das manifestações em face à diligência não se trataria de matéria de ordem pública, nem decisão proferida por autoridade incompetente, nem houve a impugnação expressa das partes interessadas neste sentido.

Decido.

O acórdão embargado determinou a anulação de ofício da decisão abrigada na Decisão Notificação 17.401.4/0105/2005, devolvendo-se os autos deste processo ao órgão julgador de primeira instância para que exare nova decisão em face das impugnações apresentadas pelas pessoas jurídicas Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás, Petrobrás Transporte S/A Transpetro, Calorisol Engenharia Ltda. e Petrobrás Distribuidora S/A (fls. 320 a 381).

Tem razão a I. Procuradora em parte de suas razões, pois a nulidade da decisão de primeira instância em razão da não apreciação das manifestações após a ciência do relatório de diligência por parte da autoridade julgadora de primeira instância não se trata de matéria que deva ser conhecida de ofício, pois inexistente o reconhecimento da nulidade do ato sem que haja a demonstração do prejuízo, em honra ao princípio *pas de nullité sans grief*.

Como apontado pela I. Procuradora, não houve manifestação expressa das partes interessadas em razão da não apreciação das manifestações posteriores à intimação do resultado da diligência e portanto não houve demonstração de qualquer prejuízo que motivasse o acórdão embargado a reconhecer a nulidade, estando precluso o direito de fazê-lo com base no art. 17 do Decreto 70.235/72.

Destaque-se que quem requereu a diligência fora a unidade preparadora, não a autoridade julgadora de primeira instância, tendo agido com desacerto ao *reiniciar* ou *abrir* prazo ao contencioso, matéria definida em Lei (art. 10, V, Decreto 70.235/72).

8. Atendendo o solicitado no item 4, fls. 270, foi cientificado o sujeito passivo acerca da presente diligência, **reiniciando assim o prazo para o contencioso administrativo**.

9. Após o cumprimento da diligência, solicitamos o direcionamento desta à DERAT/RJO/EQCDP - Equipe de Controle de Débitos Previdenciários para que este dê ciência as demais empresas do Grupo Econômico, **abrindo prazo para a impugnação**,

reiniciando dessa forma o contencioso administrativo. Sugere-se o envio desta NFLD, fls. 01 a 42.

(Grifei)

Não estou afirmando que as partes interessadas não deveriam ter tomado conhecimento para se manifestarem dentro de prazo razoável, pois tal medida é indispensável para cumprimento dos princípios da ampla defesa e do contraditório, apenas que a manifestação dirigida à diligência determinada pela autoridade julgadora de primeira instância deve ser considerada aditiva à impugnação, enquanto a manifestação em face à diligência requerida por este CARF deve ser considerada aditiva ao recurso voluntário.

Se quem determinou a diligência fora a unidade preparadora **após** a decisão de primeira instância e a recepção dos recursos voluntários, parece-me óbvio que qualquer manifestação seja aditiva ao recurso voluntário a fim de exigir o pronunciamento deste CARF.

Outrossim, se o acórdão embargado entendeu que a diligência caracteriza-se como “*um novo relatório fiscal*”, deveria analisar seu conteúdo e, quanto à parte inovadora, extirpá-la do mundo jurídico. Para tanto, precisaria apreciar seu conteúdo ao invés de anular a decisão anterior. Reitero o trecho abaixo:

O novo relatório fiscal aduz fatos novos ao lançamento original, que não foram objeto de apreciação pela instância de piso quando exarou a Decisão-Notificação (DN) n. 17.401.4/0105/2005, reclamando assim por impugnação específica, na forma determinada no Despacho de efls. (308/316), forte no rito processual do Decreto n. 70.235/1972.

(Grifei)

No caso concreto, o remédio para a eventual inovação em sede recursal provocada pelo relatório de diligência é sua anulação, em todo ou em parte, não das decisões de primeira e segunda instância.

Isso porque o relatório de diligência não formaliza um lançamento tributário, nos termos do art. 142, CTN, somente subsidia a tomada de decisão da autoridade julgadora. Tanto é que o § 3º do art. 18 do Decreto 70.235/72 estabelece a obrigatoriedade de lavratura de auto de infração (ou notificação de lançamento) complementar para os casos em que haja agravamento, inovação ou alteração da fundamentação legal:

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(Grifei)

Em contrapartida, embora discorde dos fundamentos do acórdão embargado, não discordo integralmente da conclusão para anulação da Decisão-Notificação 17.401.4/0105/2005.

O recurso voluntário da Calorisol Engenharia Ltda, fl. 272, requereu de forma expressa a declaração da nulidade da decisão proferida porque não conhecida sua impugnação apresentada tempestivamente nos autos, nos termos já declinados no tópico anterior.

Na manifestação posterior ao resultado da diligência, fl. 347, a Calorisol Engenharia “reiterou os termos da defesa e recurso apresentados nesses autos”.

Senão pelas razões esposadas e conhecidas de ofício pelo I. Relator, a interessada requereu a declaração de nulidade da Decisão-Notificação 17.401.4/0105/2005 e a respeito desta matéria deve se pronunciar esta turma sob pena de caracterização de cerceamento do direito de defesa.

Recorde-se que o Acórdão de Recurso Voluntário 2402-004.913 reclassificou a natureza do vício do lançamento substituído de formal para material, o que entendeu repercutir na impossibilidade de realização de lançamento substitutivo.

Sobreveio o Acórdão de Recurso Especial 9202-007.279 que superou a matéria concernente a esta matéria e determinou o retorno dos autos para análise das demais razões.

Ora, e uma das razões apresentadas nos recursos voluntários das partes contrárias é justo o reconhecimento da nulidade da decisão de origem!

Portanto, discordo da I. Procuradora que eventual decisão proferida por esta turma tendente a anular a decisão de primeira instância estivesse descumprindo a decisão da CSRF, porque, como dito, a nulidade é um aspecto suscitado e que exige a pronúncia da autoridade julgadora sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Outrossim, a anulação da decisão de primeira instância não implicaria na anulação da decisão da CSRF, pois a possibilidade de realização do lançamento substitutivo se trata de decisão definitiva e não pode ser mais alterada.

O saneamento do tumulto processual destes autos requereria a medida adotada no acórdão embargado: a anulação da Decisão-Notificação 17.401.4/0105/2005, em virtude da não apreciação da impugnação formalizada, tempestivamente, por parte interessada (responsável solidário) e não conhecida.

Espanta-me tamanho tempo decorrido sem que houvesse o devido saneamento de tal defeito processual, que era de conhecimento desde 23/11/2005, senão veja:

1. A empresa contratada, CALORISOL ENGENHARIA LTDA., apresentou Defesa Tempestiva, através de Remessa Postal nº SS 90393518 8 BR de 24.08.2005, juntada às f. 166/192. Os documentos apresentados junto à mesma compõem os Anexos I, II e 145 folhas do Anexo III;
2. O processo foi encaminhado ao SECAP sem a Defesa acima, por ter chegado a este Serviço misturada à inúmeros documentos (desta empresa e de outras). Quando da constatação da documentação, verificamos que a D.N. já se encontrava cadastrada;

Neste momento, já era indispensável a anulação da Decisão-Notificação para que outra fosse emitida, contemplando a análise das razões da parte interessada.

Sem esta medida, estar-se-ia afrontando o inc. LV do art. 5º da Constituição, que assegura o contraditório e a ampla defesa, e este vício não pode ser convalidado, pois sem que haja sido apreciada a impugnação da parte interessada, tampouco se instaurou o litúgio entre esta e a Fazenda Nacional, nos termos do art. 14 do Decreto 70.235/72.

Portanto, ainda que concorde com a I. Procuradora de que o acórdão embargado não poderia ter conhecido de ofício matéria não expressamente contestada por não se tratar de matéria de ordem pública (a não apreciação das manifestações após a ciência do relatório de diligência por parte da autoridade julgadora de primeira instância), a conclusão adotada é a mais adequada, embora por outro motivo: a não apreciação da impugnação da interessada Calorisol Engenharia Ltda que, repito, não afronta nem nulifica o acórdão de recurso especial, por este ter determinado tão somente a análise das demais razões contidas no recurso voluntário, dentre estas a nulidade acima indicada.

Ressalte-se que o Acórdão 12-111.764 da DRJ/Rio de Janeiro, expedido depois da decisão do acórdão embargado, conheceu e se pronunciou a respeito da impugnação da Calorisol Engenharia, como se observa às fls. 1.981 a 1.996, o que, de minha parte, parece haver saneado o vício ora apontado.

Conclusão

Voto em acolher os embargos, sem efeitos infringentes, com a retificação do acórdão embargado para que neste conste a motivação trazida neste voto a fim de reconhecer a nulidade da Decisão-Notificação 17.401.4/0105/2005.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Redator Designado *Ad Hoc*