



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

Processo nº 35464.001910/2003-98
Recurso nº 165.740 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.713 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente NET SÃO PAULO LTDA E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE.

Descabe exigir em duplicidade adimplemento de obrigação tributária. Isto ocorrendo é nulo o processo.

Deve ser anulada a decisão de primeira instância que deixou de apreciar documentação trazida aos autos pela interessada. A inteligência do artigo 59, II do decreto 70.235/72 permite constatar que em havendo preterição do direito de defesa, nulo é o ato.

DO MÉRITO E DO PROVIMENTO

Na forma do comando do § 3º do inciso II do art. 59 do Decreto 70.235/72, “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, de 1993).

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 3ª turma ordinária** do segunda **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, na PRELIMINAR reconhecer a decadência até 06/1998, com base no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN; e NO MÉRITO dar provimento ao recurso

Carlos Alberto Mees Stringari-Presidente

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Carolina Wanderley Landim. Ausente justificadamente o conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

O conteúdo integral do texto abaixo representa a Resolução de Registro 2403-000.030 da sessão de 30 de setembro de 2011 que converteu o julgamento em diligência.

“De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 19, trata o presente de crédito previdenciário notificado em 08/07/2003, relativo ao período de 01/98 a 12/98, no valor de R\$.860.393,17 (oitocentos e sessenta mil trezentos e três reais e dezessete centavos), notificado conforme fls.28, em 08/07/2003, representado pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.566.920-0, decorrente da prestação de serviço contratado pelo contribuinte NET SÃO PAULO LTDA, sob o regime de cessão de mão-de-obra com a empresa prestadora ORPLAN SERVIÇOS DE ENGENHARIA E TELECOMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 44.712.222/0001-02, cujo lançamento foi amparado com base no instituto da responsabilidade solidária, previsto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que a Notificada não apresentou à Auditoria Fiscal as guias de recolhimento e as Folhas de Pagamento devidamente vinculadas as Notas Fiscais de Serviços contabilizados.

O salário - de - contribuição foi arbitrado tendo como amparo o art. 33, § 3º e 6º da Lei 8.212/91 de modo que sobre o valor bruto das notas fiscais - ou na ausência dessas, os valores relativos à prestação dos serviços lançados na contabilidade da recorrente - se calculou 40% cujo resultado caracterizou a base das incidências previdenciárias, por competência, conforme os itens 10 e 11 do relatório fiscal de fls. 19.

DA IMPUGNAÇÃO.

A prestadora ORPLAN Serviços De Engenharia E Telecomunicações Ltda não apresentou impugnação.

A Recorrente contestou o lançamento através da defesa de fls. 30/42 alegando em síntese :

- Em preliminar, que foi precário o atendimento às regras inerentes à constituição de NFLD por solidariedade;

- Que não foram atendidas todas as diretrizes estabelecidas pela referida IN-DC/INSS nº 70/02 no que pertine à constituição do lançamento por solidariedade :

“ §4º Para os fins previstos no §1º, do art. 37 da Lei no 8212/91, cópia do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos deverá ser remetida a todos os responsáveis solidários pelo pagamento desse crédito.”;

- *Que o pólo passivo da relação processual administrativa está incompleto em razão de que cópia do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos deveriam ser remetidas a todos os responsáveis solidários pelo pagamento desse crédito e que não tendo sido isto realizado a empresa solidária não compôs o pólo passivo da relação processual;*

- *Que o lançamento feriu o Parecer CJ/MPAS n.º 2.376/2000; o artigo 246 da IN 70/02 a Circular 06102 e o inciso II, parágrafo 3º do art. 220 do Decreto 3048/99, visto que se restringiu a apreciação da existência de guias específicas;*

- *Que se que se a empresa solidária promoveu a integralidade dos recolhimentos previdenciários sob sua responsabilidade, mesmo que não , realizados através de guias específicas, ou seja, em guias globalizadas, evidente que a , obrigação previdenciária nascida sobre a massa salarial correspondente à mão-de-obra que cedera aos tomadores de seus serviços, como no caso a ora notificada, está cabal e perfeitamente extinta, caracterizando-se, pois, bi-tributação um lançamento previdenciário decorrente destes serviços;*

- *Que a Circular Conjunta Inss/Dirar/Cgfish/Cgcob/Cgarrec nº 06, de 02/12/02, item 1.1, que trata da constituição de crédito previdenciário e tramitação do processo administrativo fiscal em decorrência da solidariedade que orienta o INSS a "efetuar, sempre que possível o cruzamento de informações de todos os devedores solidários, com vistas à verificação da regularidade do crédito a ser constituído, evitando a cobrança de créditos já extintos"*

- **Que não recebeu** o relatório de fatos geradores

A instância "ad quod ", conforme fls.65, 69 e 72, **remeteu os autos à autoridade lançadora** para enviar relatório de fatos geradores, reabrindo o prazo de 15 (quinze) dias para defesa.

DAS PETIÇÕES E OUTROS DOCUMENTOS ANTERIORES À DECISÃO-NOTIFICAÇÃO – DN

Às fls. 85/97, se registra a decisão MONOCRÁTICA de primeira instância ocorrida em **06/05/2005** mantendo procedente em parte o lançamento, conforme DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº21.004.410323/2005.

Às fls. 75/79 e 164, datadas de **09/02/2005** e **28/03/2005**, consecutivamente, **anteriores à decisão**, se registram petições da recorrente **que não foram observadas pelo Auditor-Analista que procedeu à decisão.**

Na petição de fls 75, a recorrente informa que **a prestadora teria aderido** ao REFIS e, portanto, estaria em dia com suas obrigações e que o INSS deveria pesquisar a respeito e às fls. 164, constitui documento onde a Recorrente solicita exclusão de valores em razão de duplicidade;

DAS PETIÇÕES

Às fls. 111 e 130, se observam, consecutivamente, RECURSOS da tomadora e da prestadora, datados de 26/07/2005 e 05/08/2005 respectivamente, onde a Recorrente-Tomadora reclama por não ter sido observado na Decisão Notificação a petição protocolizada sob o nº 35464.001032/2005-72, em 28/03/2005, anterior à decisão, juntada agora às de fls 164 apresentando também Recorrente-prestadora GRPS autenticadas de fls 135/155 e documento sobre o Refis cobrindo todo o período lançado.

DAS DILIGÊNCIAS EM SEDE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, DEPOIS DA DECISÃO

Em razão disso, fls. 169/170, referindo-se à petição de fls. 164 até então não observada, o Auditor-Analista, submeteu em diligência o documento à Autoridade lançadora e requereu sua manifestação. Ressalte-se, por relevante, que é lícito entender que o Julgador de primeira instância ao agir assim, supôs hipótese de reformar sua decisão de fls 85/97 dependendo do resultado da diligência.

Às fls. 186, em 16/11/2005, o Auditor Fiscal em resposta à diligência, concede razão ao contribuinte e registra que se deva retificar o lançamento nos seguintes termos:

“Finalizando, de tudo que aqui anteriormente foi dado para a nossa apreciação, conclui-se **pela PROCEDÊNCIA total das alegações da empresa tomadora notificada feitas no parágrafo 1.c as Os. 116, 117 e 118 do presente**, ficando os salários de contribuição (e por conseguinte o crédito correspondente) retificados nas competências de 02/1998, 03/1998, 05/1998, 06/1998 e 12/1998 em função da constatação de duplicidade de levantamentos de notas fiscais e, ainda, erro em transcrição de valores, ficando nestas competências retificados os seus salários de contribuição (resultantes da aplicação da alíquota de 40,0% sobre os totais brutos mensais ora retificados das notas fiscais e que se encontram discriminados na coluna "valor total retificado" da tabela apresentada no item anterior) nos valores constantes da coluna "salário de contribuição mantido" da tabela abaixo:”

Convém ressaltar que, muito embora o desfecho acima, tal procedimento jamais fora realizado. Não se verificam nos autos despacho contendo a ordem para cumprir o resultado da diligência.

Às fls. 188/287, em 21/11/2005, a tomadora junta documentos que assevera provar o cumprimento das obrigações a regularidade da prestadora;

Às fls. 289/290, o Auditor-Analista referindo-se aos documentos probantes juntados pela tomadora, solicita nova diligência fiscal. É relevante notar que trata-se do mesmo Auditor – Analista que proferiu a DN :

“ DA NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA FISCAL.

12. Solicito à autoridade lançadora **manifestação conclusiva sobre:**

a) a existência de elisão da responsabilidade solidária;

b) caso afirmativa, **motivar a manifestação** indicando as competências. ”;

Às fls. 293, desta vez, a Autoridade lançadora **recusa-se a cumprir a diligência** alegando em resumo que não mais haveria o que se verificar e que não compete à empresa notificada pronunciar-se sobre a regularidade de outra empresa.

Compulsório notar que o Analista-Julgador afirmando ser necessário para suas conclusões, determinou que se efetuasse diligência para manifestação conclusiva da autoridade lançadora bem como que se motivasse a manifestação. Contrapondo a determinação do Julgador, a autoridade fiscal, às fls 293, no item 2 do seu Relatório, para justificar o não cumprimento da Autoridade Julgadora, **decidiu** que **“ nada mais há por fazer no âmbito da empresa notificada”**.

No item 3 do mesmo Relatório, a autoridade lançadora mitiga a ampla defesa e o direito ao contraditório na medida em que, ainda pra justificar o não cumprimento da diligência, manifesta que **“ Visando defender-se desta responsabilidade, observa-se que a notificada, ao longo do tempo, reiteradamente vem alegando a regularidade das obrigações previdenciárias por parte da empresa prestadora dos serviços acima identificada ao longo do período”** e que **“ não é competência da empresa notificada pronunciar-se sobre tal regularidade de outra empresa”**.

Cumpra registrar que também a determinação de motivar a manifestação indicando as competências não foi cumprida.

Assim, mesmo não tendo sido cumprido absolutamente nada do que ele próprio determinara para formar sua convicção, o Auditor-Analista acatou o despacho de fls. 293 da Autoridade lançadora dando prosseguimento - SEM SE MANIFESTAR CONCLUSIVAMENTE - às fls 295, ao processo promovendo reabertura de prazo para RECURSO.

Há que se registrar que não se observando formalmente decidido o processo em sede de impugnação, ficou subentendida a manutenção da Decisão-Notificação – DN de fls. 85:

“ Nas fls. 186/187, a autoridade lançadora respondeu a diligência fiscal de fls. 169/171. Nas fls. 289/291, foi requerida à autoridade lançadora outra diligência fiscal, sendo que a mesma foi respondida nas fls. 293.

2. Sugiro o encaminhamento dos autos ao SERECE, para **cientificação dos responsáveis solidários do resultado da diligência e intimação da reabertura de prazo para recurso.**”

Assim, na forma do ofício de fls 297, abaixo, mesmo se tratando de informação Fiscal e não de decisão, o contribuinte fora informado da reabertura de prazo para interpor **RECURSO** em virtude da “ Informação Fiscal emitido pelo Auditor Fiscal e Despacho do Serviço de Contencioso Administrativo Previdenciário ”:

“ OFICIO SRP/SP-SUL/SEREC/Nº 01397/2006, São Paulo, 15 de agosto de 2006.

Ref.: Processo de Débito nº: 35.566.920-0

Comunicamos que em virtude da **Informação Fiscal emitido pelo Auditor Fiscal e Despacho do Serviço de Contencioso Administrativo Previdenciário**, referentemente ao débito acima, passa a interessada, através deste ofício, a ser cientificada de que foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta comunicação, **para apresentar novo Recurso**, se assim o desejar, nos termos do parágrafo 1º do artigo 305 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, na redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 10/06/2003 (DOU 10/06/2003).

2. Fica concedido o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta comunicação, para que a notificada, se assim o quiser, manifeste-se através da apresentação de novo recurso, nos termos do art. 293, § 1º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048, na redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003. ”

Como se tratava de comunicar resultado de diligência SEM DECISÃO DEFINITIVA, a lide não estava decidida em sede de impugnação - razão pela qual às fls 303 o Contribuinte encaminha acertadamente sua manifestação ao setor contencioso administrativo. Assim, na forma do proposto deveriam os autos ter retornado ao Analista muito embora este, equivocadamente, como se acima se registra, tivesse sustentado a notificação no §1º do artigo 305 do Decreto 3.048/99 fazendo o contribuinte encaminhar RECURSO para instância superior:

“ Art. 305. Das decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários **caberá recurso para o CRPS**, conforme o disposto neste Regulamento e no regimento interno do CRPS. [\(Redação dada pelo Decreto nº 7.126, de 2010\)](#)

§ 1º É de trinta dias o prazo para interposição de recursos e para o oferecimento de contra-razões, contados da ciência da decisão e da interposição do recurso, respectivamente. [\(Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003\)](#)

A forma como o processo foi conduzido sem sair do âmbito da instância “ad quod” produziu ruídos que provocaram confusão no cadastro, neste sentido, leia-se o disposto às fls.344 em que o último evento apresentado recebe a denominação de **IMPUGNAÇÃO** tempestiva 11/10/2006 e às fls. 345 o último

evento registrado é justamente a reabertura de prazo para **DEFESA** em 01/03/2006.

Às fls 346, se faz menção da necessidade de correção afirmando tratar-se de RECURSOS dirigidos ao CONSELHO DE CONTRIBUINTES quando não o foram como foi visto acima. Contudo, reconheceram-se que deveriam retornar os autos à Delegacia de Julgamento:

“5. Considerando que a reabertura de prazo é de competência da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, sugiro o encaminhamento do processo àquela Delegacia, para regularização.”

Abaixo, conforme documentado às fls. 349, segue extrato da última movimentação do processo onde se observa que em 14/11/2007 procederam-se à apresentação de **IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA**:

“ DATA: 14/11/07 LISTA DE EVENTOS DE PROCESSOS
HORA: 10:16:28

PROCESSO355669200 CLASSIFICAÇÃO D A
scendente D escendente

DATA DO DATA DO EVENTO / SITUAÇÃO ESTADO -
EVENTO MATRICULA

PROCESSAM. EVENTO DESCRIÇÃO DATA OPERADOR

14/11/2007 10/10/2006 ENTREGA PESSOAL
0954788

--> AGUARDA EXPIRA PRAZO P/RECURSO

14/11/2007 10/10/2006 D.O. PROCEDENTE
0000000

--> AGUARD. COMUNIC. D.O. CONTATE.

14/11/2007 10/10/2006 **APRESENT IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA** 0954788

--> AGUARDA ANALISE P/EXPED D.O.

14/11/2007 13/09/2006 AR. CONFIRMADO
0954788

--> AG. EXPIRAÇÃO PRAZO IMPUGNAÇÃO

20060911 PRÓXIMO

Finalizar Principal Modulo AnteriorWindow GT:BRANCA/1 at
DTPSPMV2 ” (grifei)

Às fls. 357, na forma do despacho de nº 16-080, em 14 de novembro de 2007, mesmo diante de tudo que foi exposto, o Presidente da 12ª turma da DRJ/SPOI, exortando o artigo 37 da CF, decidiu de **forma isolada**, sem submeter ao colegiado, que “ o processo encontra-se pendente de análise de recurso para encaminhamento dos autos ao Conselho de Contribuintes :

“Trata-se da NFLD nº 35.566.920-0, com decisão administrativa — DN nº 21.004.4/0323/2005 (fls. 85/97), pela Procedência Parcial do Lançamento, com interposição de recurso tempestivo, (fls. 111/127, 130/160, 164/168), acompanhado do depósito prévio (fls. 128).

Efetuada diligência fiscal (fls. 169/187, 289/295), houve a manifestação dos interessados (fls. 188/287, 306/313, 315/337). No Sistema de Cobrança, por erro na digitação das informações de manutenção do processo, os presentes autos encontravam-se na fase "Aguarda Análise para Expedição de DN".

Assim, tendo em vista o disposto no art. 37 da CF, para permitir o prosseguimento dos autos, uma vez que o sistema não permitiu o retorno das fases até "Aguarda Análise para Recurso", efetuamos o cadastramento do recurso como se fosse uma impugnação e da decisão administrativa havida sob nº 3232005 como sendo de procedência do lançamento para não alterar o valor correto do débito já cadastrado no sistema, efetuando a manutenção do débito até a fase "AGUARDA EXPIRA PRAZO P/RECURSO", mantendo a última data de cadastramento de informações, qual seja, 10/10/2006.

*Considerando que o julgamento do lançamento ocorreu na forma da legislação vigente à época da emissão da Decisão-Notificação, e que **o processo encontra-se pendente de análise de recurso para encaminhamento dos autos ao Conselho de Contribuintes.***

Ao SECOJ para encaminhar os autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil Previdenciária em São Paulo-Sul para prosseguir..”

Aduz que o artigo 37 da CFRB citado e todos os seus 22 incisos mais os devidos parágrafos, salvo melhor juízo, não oferecem suporte àquela decisão :

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) ”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Desse modo, a DECISÃO-NOTIFICAÇÃO nº 1.004.41032312005, antes das diligências, sem as correções que deveriam ter sido efetuadas na forma da Informação Fiscal de fls 186, mantinha e manteve o LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

*Irresignada com a decisão mantida, às **fls 306 a Tomadora apresentou recurso voluntário onde reiterou as alegações que***

fizera em sede de impugnação, contestou o posicionamento da autoridade lançadora em sua manifestação de não cumprimento da diligência e cobrou que se procedesse a retificação/redução do débito acatada na forma da decisão de fls. 186 porém até então não cumprida.

Na mesma linha de argumentação da Tomadora, a Prestadora dos serviços às fls. 315, apresentou, também, recurso voluntário alegando que o manifesto fiscal de fls. 293 não analisou o mérito da documentação apresentada pela NET SÃO PAULO LTDA que demonstra ser indevida a cobrança dos valores previdenciários por inexistir passivos previdenciários na empresa contratada, pelo relevante e incontestável fato de que a empresa MULTITECH SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA parcelou no ano de 2000 a dívida apurada pela fiscalização em períodos anteriores através do programa REFIS, o que demonstra a regularidade da empresa perante a Receita Previdenciária.

Para sustentar o que afirmara juntou Contrato Social, Processo nº 2003.61.81.008831-0 (parte) e planilha com demonstrativo de pagamentos efetuados até setembro de 2006

É o Relatório.

VOTO

DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Dos documentos não analisados

Como relatado, às fls. 75/79 e 164, datadas de 09/02/2005 e 28/03/2005, consecutivamente, se registram petições da recorrente, anteriores à decisão, que não foram observadas pelo Auditor-Analista que procedeu à DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº21.004.410323/2005 em 06/05/2005.

A Lei nº 9.784, de 1999, passou a ser denominada como a lei geral do processo administrativo federal. Tal lei veio dar contornos de processualidade à atividade administrativa, trazendo requisitos materiais, formais e principiológicos, com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos do administrado e melhorar a execução dos fins da Administração Pública Federal, direta e indireta. Passou a influenciar, de forma subsidiária, vários procedimentos regulados por leis específicas, inclusive o processo administrativo tributário.

O Decreto 70.235/72 é a base de sustentação, de forma específica. Porém, não cuidou, explicitamente, dos princípios da atividade administrativa julgadora. Isto determinou a utilização subsidiária da Lei 9.784/99.

Assim, é que, na forma da previsão do artigo 3º, III da Lei 9.784/99, são direitos dos administrados :

“ formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.”

Aduz que na forma do Acórdão nº:103-23306 publicado no D.O.U. de 08/05/08, exarado pela 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, processo nº19515.001880/2003-11, Recurso Voluntário nº 139.10 tal idêntica ocorrência esteve sob exame daquele Colegiado e ensejou anulação da decisão de primeira instância por vício material :

“Acórdão nº:103-23306

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Sob os auspícios do princípio da verdade material, deve ser anulada a decisão de primeira instância que deixou de apreciar documentação trazida aos autos pela interessada, ainda que após o decurso do prazo para impugnação, mas antes de proferida aquela decisão...(.). para cobrança do IRPJ e da CSLL referentes ao ano-calendário de 1998 no valor de R\$ 23.320.262,56 e R\$ 1.998.531,42, respectivamente, incluindo multa de ofício e juros de mora”.

É cediço que em não tomando conhecimento das aludidas petições, atitude esta manifestamente formalizada na decisão, item 45 às fls. 94, seguramente tal procedimento cerceou o direito de ampla defesa e do contraditório garantidos constitucionalmente ao contribuinte:

“45. Portanto, se a Notificada pretendia juntar qualquer documento aos autos o deveria ter feito na impugnação, ou no momento da reabertura de prazo Assim não procedendo, presumem-se não impugnadas as alegações não provadas.”

Assim, entendo que isto posto, é lícito supor que a análise supra fez surgir elementos suficiente para consubstanciar fundamentada conclusão de nulidade DA DECISÃO por vício material. Entretanto, o fato da decisão restar nula não implica que necessariamente o lançamento também o esteja, assim procedendo-se ao objeto deste Tribunal que, em última análise, pretende promover a legalidade, para formar efetiva convicção, aguardarei o resultado da diligência que pretendo requerer para em seguida para me pronunciar em definitivo.

DAS RETIFICAÇÕES NÃO REALIZADAS E DAS DILIGÊNCIAS NÃO CUMPRIDAS.

Como relatado acima, o Analista-Julgador não considerou as petições interpostas em sede de impugnação anteriores à sua decisão. Não bastasse isso, posteriormente à decisão, continuou falando nos autos mesmo tendo precluído sua competência.

Nos contornos do instituto da preclusão, decidida uma questão no curso do processo – excetuadas as hipóteses em que a decisão versar sobre matéria de ordem pública - não mais pode o juiz pretender reexaminá-las ou modificá-la.

O I. Julgador ao recepcionar os Recursos de fls. 111 e 130 e em razão destes determinar a diligência de fls 169, bem como

conhecer da petição de fls. 188/287 determinando nova diligência de fls. 289/290 e ainda reabrindo prazos para novas manifestações sem efetiva e conclusivamente se manifestar sobre reforma da decisão exarada alhures, maculou o processo com vício insanável posto que eivado de nulidade impossível de convalescer.

Considerando tudo que foi relatado, inclusive a declaração da empresa prestadora que veio aos autos afirmando ter sido fiscalizada no mesmo período e que encontrava-se em dia com suas obrigações previdenciárias, em preliminar, é determinante retornar os autos à instância “ad quod” para , providenciar a retificação na forma do solicitado às fls 289/290 se ainda não cumprido, e , também, em diligência, verificar a veracidade daqueles documentos acostados e reapresentados **no Recurso de folhas 315 da prestadora.**

Observando, ainda, o preceituado na Lei 9.784/99, artigo 37, onde se determina que : “ 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, a obtenção dos documentos ou das respectivas cópias”, aduz que é compulsório que se verifique nos sistemas da Receita Federal do Brasil as informações sobre as alegações da Recorrente e da prestadora dos serviços se, de fato, a prestadora sofreu fiscalização abrangendo o mesmo período levantado na Tomadora, 01/98 a 12/98, e se, em caso positivo, qual o resultado da ação fiscal desenvolvida de modo a evitar duplicidade de cobrança ou até mesmo cobrança indevida se ao término tiver sido constatado que a prestadora estava adimplente com suas obrigações.

CONCLUSÃO

Tudo isto posto, voto pela **CONVERSÃO** do julgamento **EM DILIGÊNCIA**, determinando que se proceda pela autoridade lançadora a retificação do lançamento na forma do definido às folhas 186, se ainda não efetuada, e ainda, que seja cumprida a diligência não realizada conforme despacho de folhas 293 concomitante à verificação nos sistemas se a empresa prestadora sofreu fiscalização no mesmo período levantado bem como se esta encontra-se adimplente com aquelas obrigações do período em apreço. Tudo isso realizado, que se notifique ao contribuinte para, em querendo, se pronunciar.”

Conforme registro 2403-000.030 da sessão de 30 de setembro de 2011, acordaram os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Analisando os autos conclui-se o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA RESPOSTA DA DILIGÊNCIA.

Às fls. 380/382 contém a manifestação onde mesmo trazendo extensos argumentos que até mesmo extrapolaram o requerido, a instância “*ad quod*” não respondeu integralmente o solicitado.

Confrontando o que foi efetivamente solicitado na Diligência com o que foi atendido se observa o abaixo:

- O que foi solicitado :

“ CONCLUSÃO

*Tudo isto posto, voto pela **CONVERSÃO** do julgamento **EM DILIGÊNCIA**, determinando que se proceda pela autoridade lançadora a retificação do lançamento na forma do definido às folhas 186, se ainda não efetuada, e ainda, que seja cumprida a diligência não realizada conforme despacho de folhas 293 concomitante à verificação nos sistemas se a empresa prestadora sofreu fiscalização no mesmo período levantado bem como se esta encontra-se adimplente com aquelas obrigações do período em apreço. Tudo isso realizado, que se notifique ao contribuinte para, em querendo, se pronunciar.”*

Face ao acima destacado, a diligência foi determinada para atender 3 itens , a saber :

- 1 - retificação do lançamento na forma do definido às folhas 186;
- 2 - cumprir a diligência não realizada conforme despacho de folhas 293; e
- 3 - verificação nos sistemas se a empresa prestadora sofreu fiscalização no mesmo período.

- O que foi respondido :

No que se refere ao item nº 1, a Equipe de Orientação da Recuperação de Crédito – EQREC, na forma da Resposta abaixo transcrita, colacionou às fls. 372/374, emitido em 02/04/2012, o DISCRIMINATIVO ANALÍTICO DO DÉBITO RETIFICADO – DADR com as devidas retificações. Na seqüência, no item 5.1 da resposta, de ofício, reduziram-se em 50,92% os créditos então constituídos traduzindo o valor principal para R\$ 165.959,24:

“ 5.1. Da forma proposta, caberia considerar parcialmente elidida a responsabilidade solidária da contratante para excluir a parte das contribuições lançadas correspondentes a 50,92% (a parte da mão de obra formal da empresa contratada) e para manter 49,08% das contribuições lançadas, parte em relação a qual obviamente não pode considerar elidida a responsabilidade solidária com a simples informação em documentos da empresa contratada de que tais serviços teriam sido subcontratados. Assim, no quadro seguinte são demonstrados os valores a serem excluídos, partindo-se do débito já retificado de acordo com a informação fiscal fls. 186 a 187, para apuração dos valores do débito a ser mantido, os valores remanescentes em relação aos quais não houve a elisão da responsabilidade solidária.”

Aduz que a instância “ *ad quod* ” já comunicara à Recorrente sobre a redução.

Fazendo-se referência ao requerido nos **itens nº 2 e 3** da diligência, eis que, apesar de concordar, tal **não foi cumprido** ao que se infere, em razão de a empresa prestadora não ter mais movimento declarado em GFIP. Tal justificativa, mesmo sem ter sido diretamente apresentada, surge implícita nos termos do parágrafo 4 da resposta :

*“.....4. Portanto, **há a necessidade de se examinar a situação da empresa contratada quanto ao cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, mais especificamente quanto aos recolhimentos das contribuições previdenciárias relativas aos segurados da prestação de serviços das notas fiscais de serviços emitidas, que muitas vezes extrapolam aqueles poucos empregados incluídos pela empresa na folha de pagamento, a parte dos segurados da formalidade, tratando-se no entanto de período de fatos geradores ocorridos há mais de dez anos e cuja empresa não tem mais movimento desde 10/1999 conforme tela anexa sobre as últimas GFIP 's com movimento.**”*

No que concerne especificamente ao quesito **nº 3** : “ verificação nos sistemas se a empresa prestadora sofreu fiscalização no mesmo período.” , sem que tenha sido feito no texto qualquer alusão ao solicitado, às fls. 379, obtido em 23/04/2012, na mesma data da resposta de diligência, consta documento colacionado com registro de que, com início em 27/04/2000 e encerramento em 30/10/2000, a empresa prestadora/solidária **sofreu fiscalização total** que compreendeu o período 01/1990 a 09/2000. Da sobredita ação resultou documento de confissão de débito - LDC para o período 12/97 a 08/1999.

Relevante destacar que o início da ação fiscal do processo em comento se verifica às fls. 16 no Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF , e registra a data de 27/02/2003 cujo resultado culminou com a constituição de crédito por solidariedade de suposta inadimplência da empresa prestadora de serviço no período de 01/98 a 12/98.

Isto exposto, cumpre observar que quando do início da ação fiscal em tela, à cerca de 3 anos, o fisco já houvera realizado procedimento total na empresa prestadora de serviço onde na oportunidade constituíra **créditos confessados e assumidos de pagar** mediante parcelamento em LDC abrangendo o mesmo período em análise.

Notificada dos argumentos da Diligência, a Recorrente exercendo o contraditório interpôs petição de fls. 394 onde alega que: “os níveis de incerteza e de segurança

jurídica no âmbito intrínseco deste lançamento, se elevaram..... o que apenas corrobora a perspectiva de ser o decreto de nulidade desta NFLD.”

Alegou ainda que :

*“Vir agora, como pretende o **contraditado despacho**, inovar na argumentação fiscal, para, manter parte da cobrança devida, é, efetivamente, caminhar em desarmonia aos primados do devido processo legal e da segurança jurídica deste lançamento, na medida em que retira a necessária certeza deste, em razão da necessidade de se ter que justificar, com novos argumentos, trabalho realizado há anos atrás e que, nem de longe, cogitava usar tais argumentos como fator motivador de sua própria constituição.”*

Argüiu nulidade do lançamento alegando que :

*“ Com efeito, nítida a existência de **lançamentos em duplicidade** sobre uma mesma base de incidência, fator que só corrobora com as perspectivas de invalidade desta NFLD. Não pode o fisco previdenciário promover duas distintas cobranças sobre um mesmo fato gerador, como, de forma impressionante, pretende que ocorra na espécie dos autos. Assim, ante a comprovada duplicidade, de rigor o reconhecimento da nulidade deste lançamento, para todos os fins e efeitos de direito. ”*

DO CERCEAMENTO DE DEFESA. DA DECADÊNCIA E DA DUPLICIDADE DE EXIGÊNCIA PARA PAGAMENTO.

Às fls. 369 da solicitação de diligência afirmei que :

“ Como relatado acima, o Analista-Julgador não considerou as petições interpostas em sede de impugnação anteriores à sua decisão. Não bastasse isso, posteriormente à decisão, continuou falando nos autos mesmo tendo precluído sua competência.

*“ Nos contornos **do instituto da preclusão**, decidida uma questão no curso do processo - excetuadas as hipóteses em que a decisão versar sobre matéria de ordem pública - não mais pode o juiz pretender reexaminá-las ou modificá-la.*

*O I. Julgador ao recepcionar os Recursos de fls. 111 e 130 e em razão destes determinar a diligência de fls. 169, bem como conhecer da petição de fls. 188/287 determinando nova diligência de fls. 289/290 e ainda reabrindo prazos para novas manifestações sem efetiva e conclusivamente se manifestar sobre reforma da **decisão exarada alhures, maculou o processo com vício insanável posto que eivado de nulidade impossível de convalescer.**”*

Cumpre sublinhar que a Decisão-Notificação – DN nº 21.004.410323/2005 foi exarada em 2005, mas referindo-se ao sobredito, exortando celeridade processual não viabilizada em face das alterações ocorridas em 2007 com a vigência da Lei nº 11.457/2007 e afirmando que cumpria normas, sem negar a ocorrência, a instância “ *ad quod*” assim se manifestou, **verbis**:

“ 3. Em primeiro lugar cumpre observar que o relatório da referida resolução contém alguns equívocos que levaram à conclusão indevida de que estaria maculado o processo com vício insanável, por exemplo, citando que o Analista-Julgador da primeira instância teria conhecido de petições e determinado diligências após a decisão de primeira instância, "mesmo tendo precluído" sua competência, "sem efetiva e conclusivamente se manifestar sobre a reforma da decisão exarada. Na verdade o Analista-Julgador estava cumprindo as normas que regulavam o contencioso administrativo fiscal previdenciário da época, de dois períodos e regras distintas, cuja primeira impugnação foi apresentada em 2003, ou seja, antes das alterações ocorridas em 2004 com advento da Portaria MPAS nº 88/2004 (vigência da Portaria MPAS nº 2.740/2001), e petições apresentadas depois, já em 2005, quando já não se admitia mais que houvesse a reforma da decisão de primeira instância, e sim a apreciação dos recursos e apresentação de parecer pelo Analista-Julgador sobre a necessidade de alteração do débito para ser acatada na época pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (alteração que visava dar mais celeridade ao processo), o que acabou não sendo cumprido face às alterações ocorridas com a vigência da Lei nº 11.457/2007.”

Não obstante o supra citado, sobre ter havido **cerceamento de defesa**, destaco que a instância “*ad quod*” se manteve silente embora tenha sido matéria, também, incluída na diligência em comento. Reitero que tais eventuais elucidações concorreriam sobremodo para formar minha convicção, vide fls. 369.

Na oportunidade manifestei observações que parcialmente transcrevo :

“ Como relatado, às fls. 75/79 e 164, datadas de 09/02/2005 e 28/03/2005, consecutivamente, se registram petições da recorrente, **anteriores à decisão, que não foram observadas pelo Auditor-Analista** que procedeu à DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº 21.004.410323/2005

Assim, é que, na forma da previsão do artigo 3º, III da Lei 9.784/99, são direitos dos administrados :

“ formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.”

Aduz que na forma do Acórdão nº:103-23306 publicado no D.O.U. de 08/05/08, exarado pela 3ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, processo nº19515.001880/2003-11, Recurso Voluntário nº 139.10 tal idêntica ocorrência esteve sob exame daquele Colegiado e ensejou anulação da decisão de primeira instância por vício material :

“Acórdão nº:103-23306

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Sob os auspícios do princípio da verdade material, deve ser anulada a decisão de primeira instância que deixou de apreciar documentação trazida aos autos pela interessada, ainda que após o decurso do prazo para impugnação, mas antes de proferida aquela decisão....(.).....para cobrança do IRPJ e da CSLL referentes ao ano-calendário de 1998 no valor de R\$

23.320.262,56 e R\$ 1.998.531,42, respectivamente, incluindo multa de ofício e juros de mora”. ”

A inteligência do artigo 59, II do decreto 70.235/72 permite constatar que em havendo preterição do direito de defesa, nulo é o ato:

“ 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.

DA DECADÊNCIA

Tendo presente que os créditos em apreço se referem às supostamente inadimplidas obrigações da prestadora ora imputadas à Recorrente por solidariedade, no que concerne a eventuais “pagamentos antecipados”, dois vetores são de se observar:

Se enfrentar a questão pela prisma da tomadora dos serviços na medida em que, “*stricto sensu*”, não se constituíram créditos por inadimplência da Recorrente, os recolhimentos homologados ao término da ação fiscal representaram “pagamentos antecipados”

Se o escopo contiver a prestadora como passível de se verificar os tais “pagamentos antecipados”, há que se trazer à lume os documentos colacionados em sede de impugnação às fls. 135/153, com timbre de autenticação datado de agosto de 2005, que revelam recolhimentos efetuados por todo o período levantado.

Assim, observando-se que a empresa fora notificada em 08/07/2003, vide fls. 28, restam fulminadas as competências 06/98 e anteriores com fulcro no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN.

Tendo havido ação fiscal **total** na prestadora que resultou documento de confissão de débito - LDC para o período 12/97 a 08/1999 conforme exibido alhures, todo o lançamento em comento restou descabido uma vez que em prosperando sua exigência se caracterizará duplicidade em razão das sobreditas exposições.

DO MÉRITO

DO ART. 59, II, § 3º, DO DECRETO 70.235

Art. 59. São nulos:

II. (...)

§ 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. (Includo pela Lei nº 8.748, de 1993)

Desse modo, considerando o sobredito § 3º do art. 59 do Decreto 70.235/72, estando as competências decaídas submetidas aos mesmos efeitos do lançamento como um todo, e ainda em face do cerceamento de defesa observado, resolvo conceder provimento total às alegações da Recorrente.

CONCLUSÃO

Em razão de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para, EM PRELIMINAR, reconhecer a decadência até 06/1998, inclusive, com base no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN e no MÉRITO dar provimento ao recurso.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza