



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

Processo nº 36624.004448/2006-14
Recurso nº 1.505.56 Voluntário
Resolução nº **2301-000.155 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 30 de setembro de 2011
Assunto Conversão em Diligência
Recorrente CIA DE GÁS DE SÃO PAULO - COMGÁS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Data do fato gerador: 01/08/1998 a 31/05/2000

CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA. INDÍCIOS DE PARCELAMENTO DO DÉBITO. ESCLARECIMENTO. Uma vez que o parcelamento do débito implica o reconhecimento da dívida e a conseqüente renúncia do recurso administrativo interposto, deve ser o feito convertido em diligência para que a fiscalização confirme o parcelamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento: I) Por maioria de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Redator designado. Vencido o Conselheiro Wilson Antônio de Souza Corrêa, que votou em anular a decisão de primeira instância. Redator designado: Leonardo Henrique Pires Lopes.

MARCELO OLIVEIRA (assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA – Relator (assinado digitalmente)

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES – Redator (assinado digitalmente)

Participaram ainda da seção, Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Wilson Antonio de Souza Corrêa e Damião Cordeiro de Moraes.

Relatório:

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito contra a empresa supracitada, em razão do então artigo 31 da Lei nº 8212/91 estabelecer sua responsabilidade solidária junto com as empresas que lhe prestassem serviços nos casos em que houvesse descumprimento de recolhimento de obrigações previdenciárias.

Regularmente intimada a recorrente impugnou o lançamento juntando aos autos robusta documentação (fls. 99/1437) e requereu a produção de prova pericial.

Após a análise da impugnação, a autoridade fiscal prolatou a Decisão-Notificação nº 21.401.4/0156/2001 (fls. 2805/2813), que julgou parcialmente procedente o lançamento efetuado, pois excluiu as contribuições destinadas a terceiros e aplicou a multa mais benéfica ao contribuinte.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso de fls. 2819/2839. Ato contínuo o Conselho de Recursos da Previdência Social ao analisar o processo entendeu por bem baixá-lo em diligência para que se esclarecessem alguns pontos obscuros (fls. 2899/2900).

Em razão das novas informações da autoridade fiscal a recorrente foi intimada através do despacho nº 21.003.0/0034/2006 (fls. 4575/4576) para apresentar complemento ao Recurso Administrativo, o que o fez as fls. 4590/4620.

Desta forma, a recorrente pretende a reforma da decisão alegando em síntese:

a) Preliminarmente:

I) a nulidade da decisão, posto que indeferiu a realização de perícia contábil conforme requerido pela recorrente, cerceando o seu direito a ampla defesa e ao contraditório;

II) a nulidade pela falta de chamamento ao processo das outras empresas b) Mérito:

I) a responsabilidade solidária, invocada pelo fisco, não pode ser aplicada, por inexistência de relação jurídica entre o INSS e a COMGÁS; tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 33 da Lei nº 8.212/91;

II) deveria ser respeitado o princípio da anterioridade nonagesimal;

III) o fisco não poderia autuar a COMGÁS, sem certificar-se, primeiro, que a contribuição previdenciária relativa aos referidos empregados não foi recolhida pelas empresas prestadoras de serviço;

IV) a ordem de serviço não pode estipular percentuais para se fixar a base de cálculo do salário contribuição;

V) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S.A e AMAFI COMERCIAL E CONSTRUTORA LTDA (ATUAMENTE DENOMINADA BRICK CONSTRUTORA LTDA), uma vez que tais empresas parcelaram os débitos;

VI) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S.A; CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA. E SANGE ENGENHARIA DE SANEAMENTO E EDIFICAÇÕES LTDA., uma vez que o fato das obras prestadas eventualmente não possuírem matrícula CEI não dá respaldo a cobrança em duplicidade das contribuições previdenciárias;

VII) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela AZEVEDO & TRAVASSOS INDUSTRIAL S.A; CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA.; CONENG ENGENHARIA LTDA, uma vez que as prestadoras de serviços sofreram fiscalização TOTAL, do período relativo a NFLD em questão, não restando dúvidas que o crédito tributário ora perseguido, foi devidamente recolhido;

VIII) seja elidida a responsabilidade solidária da COMGÁS lançadas em virtude dos serviços prestados pela CONENG, uma vez que os serviços foram subcontratados e que o recolhimento previdenciário foi devidamente efetuado pelas subcontratadas (STEMAG/AUGUSTO VELLOSO).

É a síntese do necessário.

Voto vencido:

Conselheiro WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA - Relator

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame do mérito.

O recurso merece provimento no que concerne a alegação de cerceamento de defesa e lesão ao princípio da ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que a autoridade fiscal indeferiu de forma sumária a realização de prova pericial postulada pela recorrente e em muitas oportunidades fundamenta a manutenção da NFLD em fatos que poderiam ser facilmente elididos com a realização da prova.

Vê-se que ao apresentar a impugnação administrativa (fls. 63/80), a recorrente requereu a realização de prova pericial contábil “*nos documentos da COMGÁS e de todas as empresas envolvidas, especialmente sobre as folhas de pagamento e GRPS's, para que sejam apontadas todas eventuais divergências e não diferenças por suposições.*”

Todavia, ao se manifestar a respeito do requerimento de provas a decisão recorrida simplesmente alegou que: **Realmente, o laudo pericial é desnecessário, bastando à**

defendente comprovar o recolhimento das contribuições pelas demais responsáveis solidárias na forma determinada pela legislação.”

Em razão do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal que prescreve o princípio da ampla defesa e do contraditório e permite ao contribuinte provar o seu direito utilizando-se de todos os meios de prova em direito permitido, não cabe a autoridade fiscal negar o pedido de prova pericial da recorrente, alegando que existem outros meios de provar o que ela pretende.

Não pode a Administração se sobrepor ao contribuinte e decidir por este qual é a melhor maneira de realizar sua prova, a ela cabe somente a análise e valoração das provas produzidas.

Ainda alega o Conselho de Recursos da Previdência Social que o contribuinte não seguiu as formalidades do Decreto nº 70.235/72 ao requerer a prova pericial, pois não apresentou o nome do perito, seu endereço, os quesitos a serem respondidos ou as questões específicas sobre as quais versaria a perícia (fls. 2876), motivo este que também deu ensejo ao indeferimento da produção de prova pericial.

Tal argumentação não prospera simplesmente pelo fato de que as formalidades processuais não devem se sobrepor ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, **ainda mais quando a própria autoridade fiscal utiliza-se da suposta falta de provas para embasar a legalidade do lançamento.** Veja-se:

“9.4 Ora, os contratos de subempreitada não foram anexados ao processo, impossibilitando à fiscalização saber qual a participação de cada empresa na obra. Não foram juntadas ao processo quaisquer guias ou folhas de pagamento das empresas FBN Construções e Comércio Ltda., Empreitada DM Ltda., Henisa – Hidoeletromecânica Empresa Nacional de Instalações Ltda e Raychem Corporation que tenham vinculação com os contratos 1563/93 e 2654/97, aos quais estão vinculadas as notas fiscais que serviram de base para o presente levantamento.” (fls. 4550)

*“9.6. Por este motivo, na primeira manifestação, **tornou-se impossível para a Fiscalização abrir mão da aferição indireta** com base nas notas fiscais, prevista no art. 33, §§ 3º e 6º da Lei 8.212/91.” (fls. 4551)*

*“9.9 Colocando-se como a própria executora dos serviços prestados (o que contradiz os documentos anteriormente juntados, que demonstram ter sido a obra realizada em consórcio e com a subempreitada para as empresas FBN Construções e Comércio Ltda. E Empreiteira DM Ltda), a partir da Fiscalização sofrida, **alega, sem provar, que ‘qualquer débitos previdenciário porventura relacionado aos contratos celebrados com a Comgás foi levantado pelo INSS, não por suposição, mais (sic) sim pelo exame efetivo da documentação pertinente’...**” (fls. 4551).*

*“9.16 A prestadora de serviços, tendo assinado dois Lançamentos de Débito Confessados e tendo pedido o ingresso no REFIS, sabe com exatidão quais foram os fatos geradores e bases de cálculo que confessou. **Ninguém confessa dívida fiscal sem antes analisar a pertinência do levantamento efetuado. E se a mão-de-obra tributada na presente NFLD estivesse incluída nos LDC e na NFLD lavrados a***

prestadora de serviços não teria dificuldade alguma em apontar em quais competências e em quais levantamentos estaria ocorrendo a suposta duplicidade de lançamento. Não fez isto. E se não o fez, é porque sabe que não existe duplicidade alguma.”(fls. 4555)

“... Nenhuma empresa, em sã consciência, confessaria na ação fiscal em curso débito já constituído e lançado por solidariedade anteriormente contra sua tomadora, arriscando-se a pagar duas vezes o mesmo tributo. Novamente, portanto, somos forçados a concluir que não existe duplicidade de levantamento alguma.” (fls. 4555)

Ora da leitura dos trechos acima, fica claro que se houvesse a perícia contábil, conforme requerido pela recorrente, vários destes fatos poderiam ter sido esclarecidos e solucionados.

Ademais, cumpre observar que existe a suspeita de que os débitos já foram lançados no parcelamento e vêm sendo pagos regularmente, quiçá, já extintos. Assim não pode a administração receber duas vezes, sendo imperativo em nome do princípio da moralidade que se realize a prova pericial, inclusive, para verificar se os débitos foram realmente lançados no REFIS e se já foram extintos.

Insta salientar que a Administração Pública, em razão do princípio da verdade material que rege o processo administrativo, deve buscar a verdade substancial dos fatos. Neste sentido é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“36. (VIII) Princípio da verdade material. Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado, como bem o diz Hector Jorge Escola. Nada importa, pois, que a parte aceite como verdadeiro algo que não o é ou que negue a veracidade do que é, pois no procedimento administrativo, independentemente do que haja sido aportado aos autos pela parte ou pelas partes, a Administração deve buscar a verdade substancial. Ou autor citado escora esta assertiva no dever administrativo de realizar o interesse público.”

(in Curso de Direito Administrativo - 21ª Edição – Editora Malheiros – São Paulo – 2006 – pág. 481)

O referido autor deixa claro que o princípio deve ser aplicado a **TODOS OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS, portanto, inclusive este:**

*“27 .No ordenamento jurídico-positivo brasileiro podem ser identificados 11 princípios obrigatórios, com fundamento explícito ou implícito na Constituição. **Oito destes princípios são aplicáveis a todo e qualquer tipo de procedimento e apenas três deles deixam de ser aplicados a certas espécies de procedimento.***

*São os seguintes: (I) princípio da audiência do interessado; (II) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da motivação; (V) princípio da reversibilidade; (VI) princípio da representação e acessoramento; (VII) princípio da lealdade e boa-fé; **(VIII) princípio***

da verdade material: (IX) princípio da oficialidade; (X) princípio da gratuidade e (XI) princípio do informalismo.

28. Os oito primeiros aplicam-se a todo e qualquer procedimento.”

(in Curso de Direito Administrativo – 19ª Edição – Editora Malheiros – São Paulo – 2005 – pg. 469/470).

E o Superior Tribunal de Justiça já pacificou seu entendimento no sentido de que OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS (tributário, fiscal, militar, dentre outros) devem observância ao princípio da verdade material, *in verbis*:

(...)

Por força do princípio da verdade material, plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público, conforme ensina Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, ‘MESMO NO SILÊNCIO DA LEI, E ATÉ MESMO CONTRA ALGUMA ESDRÚXULA DISPOSIÇÃO NESSE SENTIDO, NEM HÁ QUE SE FALAR EM CONFISSÃO E REVELIA, COMO OCORRE NO PROCESSO JUDICIAL. NEM MESMO A CONFISSÃO DO ACUSADO PÔE FIM AO PROCESSO; SEMPRE SERÁ NECESSÁRIO VERIFICAR, PELO MENOS, SUA VEROSSIMILHANÇA, POIS O QUE INTERESSA, EM ÚLTIMA ANÁLISE, É A VERDADE, PURA E COMPLETA’ (Ob. cit., p. 87).

Recurso ordinário provido.”

(STJ – ROMS nº 12105 – Min. Rel. Franciulli Netto – Segunda Turma – d. 03.03.2005 – p. 20.06.2005)

De mais a mais as fls. 4558 nos itens 11.12 até item 11.14 a própria autoridade fiscal discorda de seus agentes, quanto à valoração a respeito de alguns documentos. Frise-se mais uma vez que a perícia retirará do processo estas questões obscuras.

CONCLUSÃO CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta e diante do exposto, tenho que o Recurso aviado atende todos os requisitos processuais, por isto conheço dele, e no mérito julgo que houve o cerceamento de defesa por não permitir a realização de perícia contábil quando requerido em tempo oportuno, razão pela qual se deve anular a decisão recorrida, baixando-se os autos em diligência para que seja realizada a prova pericial conforme requerida pelo contribuinte.

É o voto.

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes – Redator

Processo nº 36624.004448/2006-14
Resolução nº **2301-000.155**

S2-C3T1
Fl. 8

No caso dos autos, existe dúvida acerca da existência de parcelamento do débito objeto da presente autuação o que implicaria o reconhecimento da dívida e o conseqüente não conhecimento do recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

Deste modo, entendo que deve o presente processo ser baixado em diligência, para que seja esclarecida a existência de parcelamento do débito.

Em seguida, retorne-o para julgamento.