



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

Processo n° 10120.011751/2007-23
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.581 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de setembro de 2014
Matéria CP: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO E REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS e PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL.
Recorrente COMPANHIA ENERGÉTICA DE GOIAS S/A - CELG E OUTRO.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 01/02/1999

CONSTRUÇÃO CIVIL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO EM FACE DA CONTRATANTE DOS SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO LEGAL. UTILIZAÇÃO DA AFERIÇÃO INDIRETA PARA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SITUAÇÃO AUTORIZADA POR LEI, NA AUSÊNCIA DE PROVA FORMALIZADA E REGULAR DESSE ELEMENTO. DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 35.616.294-0, que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, parte patronal, parte descontada e SAT, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 93 a 97, com período de apuração de 05/1995 a 01/1999, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 20 a 25.

O sujeito passivo solidário – CELG - foi cientificado do lançamento, em 26/04/2004, conforme Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 01.

O sujeito passivo principal – ELCOM - foi cientificado do lançamento pela segunda vez, em 26/09/2005, conforme AR, de fls. 108.

O contribuinte solidário CELG apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 109 a 115, recebida, em 12/03/2004, estando acompanhada dos documentos, de fls. 116 e 117.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 121 e 122.

Consta um segundo, AR, as fls. 125, que promoveu a primeira notificação ao contribuinte ELCOM, em 15/04/2004.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão – Notificação - DN Nº 08.401.4/0387/2004, Seção de Análise de Defesas e Recursos – ANDEREC da Delegacia da Receita Previdenciária de Goiânia, em 11/11/2004, fls. 126 a 132.

O lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte CELG tomou conhecimento desse decisório, em 07/12/2004, conforme AR, de fls. 135.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 138 e 139, e, razões recursais, as fls. 142 a 159, recebida, em 06/01/2005, acompanhada dos documentos, de fls. 160 a 698.

As razões recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminar.

- que a decisão – notificação não rechaçou os argumentos, da inexistência da elisão na construção civil e da aferição indireta;
- que a elisão da responsabilidade solidária não está prevista em lei, o que torna impossível sua efetivação, estando tal elisão prevista apenas

no Decreto 612/92, porém tal decreto não pode criar direitos ou obrigações, artigo 5º, II, da CF/88, desta forma a recorrente não deixou de cumprir a regra de elisão, bem como não deixou de exercer, qualquer direito;

Mérito.

- que a responsabilidade solidária está disciplinada no artigo 124, do CTN e no artigo 30, inciso VI, da Lei 8.212/91, só existindo solidariedade se existir o débito em relação ao devedor principal, mas o executor da obra não foi fiscalizado, assim, não se sabe se há débito e a não elisão da responsabilidade não implica existência de débito;
- que o Parecer/CJ Nº 2.376/2000 explica a situação, assim, só quando existir débito na construtora pode o INSS exigir do responsável o pagamento, pois a elisão da responsabilidade solidária é um direito e não uma obrigação;
- que a aferição indireta está estabelecida nos parágrafos 1º a 6º, do artigo 33, da Lei 8.212/91, se adequando mais ao caso o parágrafo 3º, porém não houve recusa no fornecimento de documentação e nem sua apresentação deficiente, assim, não há justa causa para a aferição, sendo que o item 13, da OS/INSS/DAF Nº 100/1993, revogada, disciplinava o tema e evitava a constituição de autos desnecessários, bem como o CRPS no Acórdão nº 02/04345/1999 cuidou do tema
- que o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 8.212/91, é uma obrigação do construtor executor da obra e não do dono, estando o INSS criando exigência que não existe na lei e passando os pés diante das mãos, não havendo justificativa para lavratura da notificação por aferição;
- que o Parecer/CJ nº 2.376 exige que conste da CDA todas os devedores solidários, mas só o solidário foi notificado do débito, apesar de constar citação no REFISC de que o devedor principal foi cientificado, este está fora da lide e não sofrerá nenhuma restrição ou sanção do poder público, o que é contrário ao citado parecer que é de observação obrigatória segundo artigo 19, da PT 520/2004, ainda, que superados esses esclarecimentos, para o STJ a responsabilidade é subsidiária, transcreve precedentes;
- que o artigo 31, parágrafo 1º, da Lei 8.212/91 estabelece o direito de regresso, mas como o INSS não fiscalizou a executora dos serviços e não sabe se existe débito a recorrente pode não ter sucesso na demanda, pois o débito pode não existir e quem ressarcirá a devedora solidária;
- que a recorrente invoca o art. 2º, da Lei 9.784/99, pois as alegações da impugnação não foram devidamente afastadas e esclarecidas, estando a notificação eivada de erros formais que resultam em sua nulidade;

- Solicitação: a) que seja declarada a improcedência da notificação em razão de sua insubsistência e da sua ilegal cobrança, conforme § 3º, do artigo 32, da PT nº 520/2004.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 700 e 701.

Consta um terceiro, AR, as fls. 703, que promove nova notificação ao contribuinte ELCOM, em 31/08/2006, porém em nome de uma pessoa física XXnaldo Ribeiro Alves, sem esclarecer quem seja.

Foi emitido, as fls. 705 a 716, a Reforma de Decisão – Notificação Nº 08.401.4/234/2006, datado, de 08/12/2006.

A CELG foi cientificada dessa reforma pelo, AR, de fls. 719.

O antigo e extinto Segundo Conselho de Contribuinte emitiu a Resolução nº 2302-000.147, de 12/03/2012, fls. 739 a 740, onde solicita a juntado da DN da NFLD anulada e substituída por essa ora em julgamento, visando elidir a ausência da qualificação do vício que gerou a nulidade do primitivo lançamento.

O Serviço de Fiscalização da DRF Goiânia emitiu a Informação Fiscal, as fls. 744 a 760, visando atender a diligência.

A empresa CELG foi cientificada da diligência e de seu resultado, em 25/04/2013, AR, de fls. 761.

A empresa ELCOM foi cientificada da diligência via EDITAL, de fls. 773.

As notificada não se manifestaram quanto à diligência, fls. 774.

O processo foi devolvido ao CARF, fls. 774.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 20/03/2014, fls. 775 e 776, Lote 01.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele mereceria ser apreciado.

Preliminar.

Não ocorre na DN primitiva as falhas apontadas pela recorrente, pois no item 08 a 13, a questão da possibilidade de se elidir ou não a responsabilidade solidária foi expressamente definida.

No que tange ao lançamento por aferição indireta a situação esta esclarecida, nos itens 14 a 18, assim resta evidente que questões foram abordadas e elucidadas.

Equivocado está o contribuinte a elisão da responsabilidade solidária está prevista nos parágrafos 3º e 4º introduzidos, na Lei 8.212/91, pela Lei 9.032/95, nos termos abaixo transcrito, que teve vigência até 31 de janeiro de 1999, conforme determina o artigo 21, da MP 1.663-15, abaixo, também, transcrito, o que engloba todo o período deste lançamento que vai até a competência 12/1998.

Art. 2º A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 31.

§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação.

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

Art. 29 - O art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, ficando mantida, até aquela

data, a responsabilidade solidária na forma da legislação anterior.

Embora, a elisão da responsabilidade tributária solidária seja um instituto a favor do contratante dos serviços em verdade é uma obrigação a medida que a lei usa o vocábulo “devendo”, que não indica faculdade, mas sim obrigação.

Assim sendo, afasto as preliminares suscitadas.

Mérito.

Cabia ao contratante solidário o dever de exigir da contratada executora dos serviços os documentos mencionados pela lei para promover a elisão de sua responsabilidade solidária, sendo esse um dever de auxílio a fiscalização, pois em um só lugar o fisco poderia verificar o correto cumprimento da obrigação, não o fazendo e desrespeitando a lei atraiu para si a obrigação em razão da ausência de prova de pagamento e da existência da solidariedade.

O Parecer /CJ 2.376/2000 não tem a extensão que a recorrente atribui a ele, em verdade, ele não veda o lançamento em face do responsável tributário, aliás, ele diz ser possível até a existência de dois lançamentos sobre o mesma obrigação tributária, vendando apenas a cobrança de uma obrigação já paga, ou seja, extinta.

Porém, no presente caso não existe prova da extinção da obrigação em discussão, observe-se a ementa do parecer.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. SOLIDARIEDADE PASSIVA NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTOS. NÃO OCORRÊNCIA. A obrigação tributária é uma só e o fisco pode cobrar o seu crédito tanto do contribuinte, quanto do responsável tributário. Não há ocorrência de duplicidade de lançamento, nem de bis in idem e nem de crime de excesso de exação.

A recorrente ao não fornecer os documentos exigidos por lei para a elisão da responsabilidade solidária, também, deixou de atender ao que determinado no artigo 33, 3º e 6º, e, assim o fisco pode utilizar o critério da aferição para determinar a base de cálculo da exação.

A decisão do CRPS é válida dentro da relação jurídica da qual foi emanada não irradiando efeitos para fora daquele processo onde foi deliberada pelo colegiado, sendo apenas uma indicação da posição daquele órgão sobre eventual matéria e nada mais, bem como não vincula o CARF, suas turmas ou suas decisões.

No que tange a citada OS/INSS/DAF Nº 100/1993 a constituição desses autos não é desnecessária, uma vez que se está dando cumprimento ao que determinado em lei e essa suplanta qualquer orientação da ato normativo administrativo, pois o lançamento está lastreado na lei e o fisco deve cumprir o artigo 37, *caput*, da CRFB/88 c/c o artigo 142, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 33, §3º, da Lei 8.212/91.

A exigência de apresentação dos documentos de elisão da responsabilidade solidária, bem como a utilização do método da aferição indireta, não estão lastreados no artigo 33, §4º, da Lei 8.212/91, como diz a recorrente tal artigo refere-se a possibilidade de utilização

da aferição indireta, quando ocorre a falta de prova regular e formalizada relativa à base de cálculo da contribuição previdenciária, a elisão da responsabilidade foi esclarecida acima e é exigida por outra norma legal e a utilização da aferição está lastreada em outra normativa legal, também, esclarecido alhures.

A CDA é documento emitido na fase da execução fiscal judicial e de responsabilidade da procuradoria e essa fase não chegou, ainda, não se pode saber, hoje, o que constará dessa certidão amanhã.

Por outro lado, não só a CELG, mas, também, a Elcom estão fazendo parte da notificação desde o início, pois consta na Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, fls. 01, e, em muitos outros documentos dos autos a expressão “outros”, as fls. 101, consta os dados cadastrais das duas empresas.

Verifica-se, ainda, dos autos, as fls. 108; 125 e 703, mais um Edital, as fls. 773, o que demonstra que não só o solidário, mas também, o principal foi notificado do lançamento. Mas, isso é irrelevante, pois a lei não estabelece ordem, assim, é prerrogativa do fisco cobrar de quem melhor possa adimplir o débito.

A questão do Parecer CJ 2.376/2000 foi esclarecida em tópico acima. As decisões do STJ são inter partes e fazem lei entres os sujeitos da lide e em relação somente a eles, a recorrente não está amparada por decisão judicial que a desobrigue, assim, inaplicável ao caso.

A eventual ação de regresso e o sucesso ou não nessa demanda é absolutamente irrelevante para o fisco. O fisco tem o dever legal de proteger o direito da sociedade/coletividade, cabendo a recorrente diligenciar em prol de seus próprios direitos e não o fisco.

O Fisco não tem o dever de fiscalizar a prestadora para exercer a atribuição da elisão da solidariedade, que era dever da recorrente, nos termos da lei.

As nulidades no Processo Administrativo Fiscal – PAF estão determinadas ou descritas no artigo 59, do Decreto 70.235/72, não se aplicando o que contido na Lei 9.784/99 e essa é a visão do STJ, como abaixo transcrito.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis:

"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, Dje 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, Dje 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; Resp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. **O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal-, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.**

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:

"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;

III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

§ 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei n.º 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o

prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. RESP 1.138.206 – RS. Min. Relator Luiz Fux, data 09.08.2010 (o destaque é meu).

A recorrente alega que a notificação está eivada de vícios formais, mas não os aponta e muito menos comprova a existência de tais vícios.

Os dois tópicos reclamados pela recorrente como não abordados na decisão *a quo*, quais sejam, solidariedade e aferição indireta foram desmistificados, logo no início do voto desse acórdão, ainda, no tópico denominado de preliminar.

Quanto a possibilidade de decadência aventada pela Resolução 2302-000.147, datada, de 12/03/2012, – 3ª Câmara – 2ª Turma Ordinária, em razão desse crédito ser substitutivo da NFLD N° 35.180.111-1, entendo inexistente tal instituto, ou seja, não há decadência ser considerada.

A razão da inexistência da decadência é muito simples, segundo os relatórios DAD – Discriminativo Analítico de Débito, fls. 04 a 08, e, Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 09 a 11, o lançamento enseja as competências 11/1996 a 12/1998, de forma intercalada ou intermitente.

A DN juntada aos autos para fins de cumprimento da Resolução que determinou a diligência informa que a consolidação do crédito se deu em 24/08/2001.

Logo, retroagindo-se cinco anos a partir da consolidação teríamos como termo inicial da decadência a data, de 25/08/1996, e a primeira competência lançada no crédito foi 11/1996, isto é, não se verifica a ocorrência de decadência.

Processo nº 10120.011751/2007-23
Acórdão n.º **2803-003.581**

S2-TE03
Fl. 597

Assim com esses esclarecimentos rejeito e afasto todas as alegações da recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.