



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

Processo n° 11080.722545/2010-24
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.656 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BANCO DO BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1996 a 28/02/2001

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO ORIGINÁRIO POR VÍCIO MATERIAL.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial das Contribuições Previdenciárias é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150, § 4º ou do art. 173, I do CTN, a depender da antecipação no pagamento, mesmo que parcial, por força da Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal; assim como quando o lançamento substituir um lançamento considerado nulo por vício material.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso em face de decadência por quaisquer dos critérios estabelecidos no CTN. Votaram pelas conclusões os conselheiros Ivacir Julio de Souza e Carolina Wanderley Landim. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Ivacir Júlio de Souza – Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Ivacir Julio de Souza, Carolina Wanderley Landim, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração – AI, DEBCAD n. 37.295.013-2, lavrado em face do BANCO DO BRASIL S/A, no valor de R\$ 5.653,90 (cinco mil, seiscentos e cinquenta e três reais e noventa centavos), cuja notificação ocorreu em 23/08/2010 (fl. 02), em relação às competências de 11/1996 a 02/2001.

Segundo Relatório Fiscal de folhas 12/24 e na documentação anexa, o lançamento decorre da responsabilidade solidária imputada à Recorrente, contratante de serviços de construção civil, por não ter comprovado o cumprimento das obrigações previdenciárias pela contratada, conforme estabelecido pela legislação vigente há época do fato gerador.

O objeto do lançamento são as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados da empresa executora de obra de construção civil – PORTLAN ENGENHARIA LTDA. CNPJ 01.118.722/0001-08, incluídas em notas fiscais, faturas e recibos, pelas quais o Banco do Brasil, na condição de contratante dos serviços, responde solidariamente.

Ainda segundo a Fiscalização o presente lançamento objetiva restabelecer a exigência fiscal, anulada por vício formal, nos Lançamentos Fiscais constituídos pelas NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.067.668-2 e 35.067.669-0, por meio dos Acórdãos ns. 2.338/2005 e 2.339/2005, ambos de 29/09/2005, conforme ementa da 4ª CAJ – CÂMARA DE JULGAMENTO/CRPS, *verbis*:

“NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO LAVRADA COM FALTA DO TIPO DE DÉBITO, ACARRETANDO AUSÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO RELATÓRIO FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO, ENSEJA A SUA NULIDADE, PELA IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE SE EFETUAR A CORREÇÃO NO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE DÉBITO, CARACTERIZANDO-SE VÍCIO FORMAL INSANÁVEL – LANÇAMENTO NULO.”

Foram feitos ajustes para que fossem excluídas as empresas do levantamento original que sofreram procedimento fiscal previdenciário, mantidas as competências não alcançadas pela auditoria fiscal previdenciária e, excluídas as empresas do levantamento original que não foram identificados (CNPJ ou Razão Social).

A Fiscalização aplicou a decadência nos termos do art. 173, inciso II do CTN.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Impugnação de fls. 81/95, acompanhada dos documentos de fls. 96/143.

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da Recorrente, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF) – DRJ/BSB, prolatou o Acórdão nº 03-47.892, de fls. 146/158, mantendo procedente o lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *verbis*:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/11/1996 a 28/02/2001

AIOP DEBCAD nº 37.295.013-2

**CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA.
INOCORRÊNCIA.**

Não há cerceamento de defesa se estão devidamente discriminados, no Auto de Infração e em seus anexos, os fatos geradores e as contribuições apuradas, bem como a indicação de onde os valores foram extraídos e os dispositivos legais que amparam o lançamento, uma vez que essas informações possibilitam ao impugnante identificar com precisão os valores apurados e permitem o exercício do pleno direito de defesa e do contraditório.

O cerceamento ao direito de defesa somente se caracteriza pela ação ou omissão, por parte da autoridade lançadora, que impeça o sujeito passivo de conhecer dados ou fatos que, notoriamente, impossibilitem o exercício de sua defesa.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRUÇÃO CIVIL. ELISÃO. BENEFÍCIO DE ORDEM. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA.

O contratante de quaisquer serviços de construção civil responde solidariamente com o executor pelas obrigações previdenciárias em relação aos serviços prestados. A elisão da responsabilidade solidária somente é possível com a comprovação do recolhimento da contribuição devida, pela apresentação dos documentos exigidos pela legislação de regência. A não apresentação desses documentos pelo tomador de serviços implica no lançamento a esse título.

A solidariedade não comporta benefício de ordem, podendo ser exigido o total do crédito constituído da empresa contratante sem que haja apuração prévia no prestador de serviços, ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor.

AFERIÇÃO INDIRETA. PERCENTUAL SOBRE NOTAS FISCAIS. ATO NORMATIVO.

Não obstante seja procedimento excepcional, a aferição indireta encontra-se perfeitamente autorizada na hipótese da não apresentação pelo contribuinte, ou a apresentação deficiente, dos documentos solicitados pela Fiscalização e necessários à verificação do fato gerador.

A utilização de percentual definido em ato normativo, incidente sobre o valor dos serviços contidos em notas fiscais, para fins de apuração indireta da base de cálculo

das contribuições previdenciárias, constitui procedimento que observa os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS -CND. PROVA REGULAR.

A CND certifica a inexistência, no momento de sua emissão, de crédito formalmente constituído. Contudo, não suprime o lançamento de contribuições devidas em função da constatação de ocorrência de fato gerador. O direito de o Fisco cobrar qualquer débito apurado posteriormente está previsto em lei e ressalvado na própria CND.

A apresentação de CND emitida em nome de empresa prestadora de serviços não é suficiente para elidir a responsabilidade solidária na construção civil. A elisão somente é possível com a comprovação do recolhimento da contribuição devida, pela apresentação dos documentos exigidos pela legislação de regência.

*Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido”*

DO RECURSO

Inconformada, a Recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 162/179, com os seguintes argumentos, após resumir os fatos:

Da Verdade dos Fatos – Da Constituição Irregular do Crédito Tributário – Da Imperiosa Necessidade de Notificação da Empresa Contratada – Da Subsunção à Lei de Licitações

A Recorrente destaca que a DRJ não acolheu o pedido de chamamento ao processo ante a falta de previsão legal no âmbito do processo administrativo.

Ressalta, porém, não haver dúvida sobre as obras de reforma nas agências da Recorrente terem sido executadas por empresas da construção civil legalmente constituídas e habilitadas para executar os trabalhos, que ficaram responsáveis pelo fornecimento, contratação e remuneração da mão-de-obra necessária à realização da obra, estando sob sua responsabilidade o recolhimento de todas as contribuições, inclusive previdenciárias.

Por esse motivo, os documentos de prova dos recolhimentos previdenciários estão de posse da PORTLAN ENGENHARIA LTDA. CNPJ 01.118.722/0001-08, a exemplo daqueles que compõem os processos originários de ns. 11686.000242/2008-13 (NFLD n. 35.067.668-2) e 11686.00241/2008-79 (NFLD n. 35.067.669-0) e considerados na redução dos valores anteriormente autuados. Evidenciando pagamentos que se contrapõem aos diversos débitos cobrados novamente neste processo.

Não restam dúvidas de que a obrigação para recolher a contribuição previdenciária é da empresa contratada, nos termos do art. 49, § 1º, alínea “b” da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 11.941/09.

Segundo a Recorrente, o conceito de “obra de construção civil” constante na citada lei se refere exclusivamente à “construção ou obras de vulto”, que se faz necessária à supervisão de profissionais técnicos habilitados, o que não ocorreu no caso em

tela, tendo em vista que se tratou de meros reparos, manutenção de dependência da recorrendo, sendo desnecessária a matrícula da obra.

Ademais, por fazer parte da Administração Pública Federal, e somente poder contratar mediante licitação pública, a Recorrente estava respaldado pelo art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações/LLIC) e pelo art. 61 do Decreto Lei n. 2.300/86. Dispositivos esses que transferem a responsabilidade pelos encargos previdenciários para as empresas contratadas.

Por outro lado, o art. 124, II, do CTN e o art. 265 do CC são taxativos ao referir-se à obrigação solidária: “as pessoas expressamente designadas por lei” e que a solidariedade não se presume e resulta da lei ou da vontade das partes, não podendo ser fixada de forma arbitrária.

Mesmo que se admita a obrigação solidária, os valores pagos nos Processos ns. 11686.000242/2008-13 (NFLD n. 35.067.668-2) e 11686.00241/2008-79 (NFLD n. 35.067.669-0), devem ser aproveitados para a Recorrente.

Sob o risco de haver pagamento em duplicidade, urje seja determinado o chamamento ao processo da empresa contratada e o apensamento aos citados processos, em nome dos princípios da eficiência, legalidade e economicidade processual.

Do Mérito

Da Inexistência de Responsabilidade Solidária – Da Apresentação da CND Pela Contratada

Resta evidente a impossibilidade de enquadrar a Recorrente como responsável solidária, já que a responsabilidade pelo recolhimento do tributo foi assumida pela empresa contratada, esta na forma de licitação pública.

De acordo com o art. 124, inciso II, do CTN devem ser notificadas as pessoas expressamente designadas por lei.

E, corre-se o risco de pagamento em duplicidade, provocando enriquecimento ilícito da Fazenda Pública, uma vez que sequer foi apurada, perante a contratada, sua adimplência.

Registra que as Certidões Negativas de Débito – CND, expedidas há época das autuações originais, confirmam sobremaneira a inexistência de débito pendente em nome da empresa contratada junto ao INSS, descabendo, por conseguinte, eventual responsabilidade solidária por débito que, no período autuado, era inexistente.

Estando viciado o ato de origem em relação ao fato gerador, à base de cálculo e à inclusão de períodos atingidos por CND, não se pode exigir da Recorrente responsabilização solidária por cumprimento de obrigação ilíquida e incerta.

Da Irregularidade na Constituição e Cobrança do Crédito Tributário – Da Inexistência de Obrigação Solidária – Da Aplicação do Benefício de Ordem

Segundo a Recorrente, o fundamento utilizado na fl. 151 do Acórdão recorrido, no sentido de que “o lançamento de que trata este processo não é de responsabilidade solidária, decorrente da execução de contrato de cessão de mão de obra, de acordo com o artigo 31 da Lei 8.212/91, mas de responsabilidade solidária, decorrente de serviços de construção civil, de acordo com o artigo 30, VI, da lei 8.212/91”, não condiz com a verdade, descabendo o benefício de ordem.

Pela conferência do próprio Auto de Infração, no campo “3.1. A COMPOSIÇÃO DAS NFLD 35.067.668-2 E NFLD 35.067.669-0 E O NOVO LANÇAMENTO FISCAL”, pode-se confirmar a inverdade. Destaca ainda “(...) SMI – 35.067.668-2 – Remuneração paga aos segurados empregados das empresas prestadoras de serviços com **cessão de mão-de-obra**, incluída em notas fiscais, faturas e recibos, pelas quais o Banco do Brasil na condição de contratante dos serviços responde solidariamente. Período anterior a 01/1999.”

Demonstrado que a autuação também se referiu à responsabilidade solidária decorrente da execução de contrato de cessão de mão de obra, deverá ser aplicado o benefício de ordem para afastar a co-responsabilidade solidária atribuída à Recorrente.

Traz doutrina acerca do “benefício de ordem”.

Nesse diapasão, a Recorrente entende que a autuação se mostra indevida, por não lhe ter sido garantido o benefício de ordem, cobrando em primeiro lugar, do contribuinte propriamente dito, já que a redação do art. 30, inciso IV da Lei n. 8.212/91, não vedava sua aplicação.

Dessa forma, a manutenção parcial da autuação se mostra indevida, já que haveria de ser garantido à Recorrente o benefício de ordem, por meio da cobrança, em primeiro lugar, do contribuinte propriamente dito (empresa contratada). Ademais, a redação do art. 30, VI, da Lei n. 8.212/91 (originada do art. 79, § 2º, da Lei n. 3.807/60), não afastava a aplicação de benefício de ordem. A Recorrente traz a Súmula n. 126 do TFR e jurisprudência do STJ.

Ademais, considerando que a redação original do art. 31 da Lei n. 8.212/91 vigorou até fevereiro de 1999, em face da edição da Lei n. 9.711/98, o Banco tem assegurado, ao menos até fevereiro de 1999, o direito de exigir que promova a cobrança de eventual crédito, primeiramente, em nome da empresa contratada, sujeito passivo da obrigação tributária.

Da Irregularidade na Apuração e Lançamento do Crédito Tributário – Da Ausência de Normativo Legal Para Fixação da Base de Cálculo em Percentual à Ordem de 40%

Dispõe ter o agente fiscal estipulado, ao seu alvedrio, o percentual de 40% do valor expresso nas notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços como base para cálculo da contribuição previdenciária; e que, a fixação da base de cálculo dos tributos só pode ser estabelecida por lei, segundo o art. 97, inciso IV, do CTN.

Que o legislador ordinário já havia determinado a forma de apuração da base de cálculo da contribuição em tela, no art. 33, § 4º da Lei n. 8.212/91.

Que as autuações originárias reputaram-se nulas, uma vez que o agente fiscal norteou-se em norma ilegal – IN DC/INSS n. 18/2000 – para a fixação da base de cálculo do crédito lançado, pois as Instruções Normativas, enquanto espécies de ato

administrativo, estão vinculadas e subordinadas às disposições estabelecidas na lei, podendo tão somente operacionalizar os mandamentos nela fixados, de modo a facilitar sua execução.

Assim, ao ampliar a matriz legal, a referida IN feriu os princípios da estrita legalidade e da tipicidade cerrada em matéria tributária. Traz doutrina e jurisprudência do STF para fundamentar ao legado.

Da Irregularidade na Constituição do Crédito – Dos Serviços Contratados Mediante Empreitada Parcial – Da Inexistência de Obrigação Solidária

Segundo a Recorrente, a aplicação da responsabilidade solidária só seria cabível em se tratando de contratação de serviços mediante empreitada total, o que não foi o caso.

Que da leitura da “Relação de Pagamentos a Prestadores de Serviços/Empreiteiros/Subempreiteiros”, constante no Auto de Infração, os serviços prestados estavam de acordo com o art. 31 da Lei n. 8.212/91 (redação da Lei n. 9.711/98), regulamentado pelo Decreto n. 3.048/99 (que ampliou a lista de serviços contida no § 4º do art. 31), estando sujeitos à retenção de 11% sobre o valor da Nota Fiscal, prevalecendo a solidariedade apenas na contratação dos serviços de construção civil quando contratados mediante empreitada total.

Para a Recorrente o art. 30 da IN INSS/DC n. 18/2000 estabeleceu que as atividades e os serviços de construção civil constantes no Anexo I e quando executados por contratação de empreitadas específicas não estão sujeitas à responsabilidade solidária, mas sim, quando for o caso, exclusivamente à retenção de 11% ao teor da OS/INSS/DAF n. 209/99.

Da Legal, Devida e Obrigatória “Revisão de Ofício” do Lançamento Tributário – Do não Confisco

Destaca a Recorrente que nos termos do art. 53 da Lei n. 9.784/99 “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

O Processo Administrativo deve priorizar o princípio da verdade material, por isso, a Administração Pública tem o dever-poder de anular, corrigir ou modificar o lançamento, independentemente de se tratar de erro de fato ou de direito.

O art. 149 do CTN determina ao julgador administrativo realizar de ofício o julgamento que entender necessário, privilegiando o princípio da eficiência, da legalidade, da moralidade administrativa e do não confisco.

Ao final requer o provimento do recurso, para que seja cancelado o injusto e ilegal crédito tributário constituído, assim como seja reconhecida a nulidade da autuação procedida e a declaração da insubsistência do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 206, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE

DECADÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 12 de Junho de 2008, aprovou a **Súmula Vinculante nº 8**, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Referida Súmula declara inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que impõem o prazo decadencial e prescricional de 10 (dez) anos para as contribuições previdenciárias, o que significa que tais contribuições passam a ter seus respectivos prazos contados em consonância com os artigos 150, § 4º, 173 e 174, do Código Tributário Nacional:

CTN - Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

De acordo com o art. 103-A, da Constituição Federal, a Súmula Vinculante nº 8 vincula toda a Administração Pública, inclusive este Colegiado:

CF/88 - Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal, poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria

constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

In casu, como se trata de contribuições sociais previdenciárias que são tributos sujeitos a lançamento por homologação, conta-se o prazo decadencial nos termos do art. 150, § 4º do CTN, caso se verifique a **antecipação** de pagamento (mesmo que parcial) ou, nos termos do art. 173, I, do CTN, quando o pagamento não foi antecipado pelo contribuinte.

Nesse diapasão, mister destacar que para que seja aplicado o prazo decadencial nos termos do art. 150, § 4º do CTN, basta que haja a antecipação no pagamento de qualquer Contribuição Previdenciária, ou seja, não é necessária a antecipação em todas as competências. Havendo a antecipação parcial em uma única competência, já se aplica as regras do art. 150, § 4º do CTN.

Também é entendimento deste Relator, que a antecipação a título de Contribuição Previdenciária abrange o pagamento para todas as rubricas relacionadas, tais como: destinadas a outras entidades e fundos — Terceiros (Salário-educação e INCRA), dentre outras.

É fato incontroverso que este lançamento substituiu as DEBCADs ns. **35.067.668-2** e **35.067.669-0**, Procs. ns. **35239.001804/2004-59** e **35239.001805/2004-01**, respectivamente, pois, assim destacou o Fiscal autuante no seu Relatório Fiscal, especificamente na fl. 12, *verbis*:

“O lançamento ora realizado objetiva restabelecer a exigência anulada por vício formal dos Lançamentos Fiscais constituídos pelas NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 35.067.668-2 (levantamentos SCI e SMI) e 35.067.669-0 (levantamento SC2) (ver item 4 deste relatório fiscal), conforme ementa da 4ª CAJ – CÂMARA DE JULGAMENTO/CRPS:”

Analisando os Acórdãos proferidos pela 04ª CaJ – Quarta Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, referentes às citadas NFLDs, tem-se a seguinte ementa, *verbis*:

“EMENTA: LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. FALTA DE TIPO DE DÉBITO. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE CORREÇÃO. VÍCIO FORMAL INSANÁVEL. NULIDADE. - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada com falta do tipo de débito, acarretando ausência da fundamentação legal no Relatório Fundamentos Legais do Débito, enseja a sua nulidade, pela impossibilidade técnica de se efetuar a correção no sistema de cadastramento de débito, caracterizando-se **vício formal insanável.**

LANÇAMENTO NULO.” (grifo nosso)

Para delimitar o início da contagem do prazo decadencial, tem-se que analisar se a anulação das NFLDs substituídas se deram por vício formal, como destacado na ementa, ou por vício material.

Pela leitura da ementa, fica explicitado que as DEBCADs foram anuladas em decorrência da existência de vício formal.

Por outro lado, analisando trechos dos Acórdãos n.ºs. 2338/2005 e 2339/2005, respectivamente, extrai-se o que segue, *verbis*:

“Impende observar que, apesar de ser inquestionável a possibilidade de o notificado figurar no pólo passivo da obrigação previdenciária, conforme dispõem os artigos 124 e 125 do Código Tributário Nacional, além do inciso VI do art. 30 e o art. 31 da lei n.º 8.212, de 1991, não é menos certo que a fiscalização deixou de assinalar os fundamentos de direito que autorizariam o presente lançamento.

(...)

Pelo fato de estar fiscalizando uma empresa tomadora de serviços, o presente lançamento se deu por meios indiretos: notas fiscais de serviços, haja vista a empresa não ter procedido na forma determinada pela legislação, conforme já assinalado. Entretanto, em nenhum momento sequer o contribuinte foi informado de que o lançamento seria por arbitramento, conforme consta no § 3º do art. 33 da Lei n.º 8.212, de 1991.

(...)

No presente caso, no anexo Fundamentos Legais do Débito não consta a fundamentação legal para aferição indireta por arbitramento, mencionando o dispositivo que ampara a pretensão da autarquia previdenciária, sendo certo que o sistema informatizado do setor de fiscalização não admite a correção nestes casos.

(...)

Importante ressaltar que, além de a fiscalização ter o dever de relatar as circunstâncias e o fundamento legal que ensejaram o arbitramento e a conseqüente lavratura da notificação em relação ao sujeito passivo solidário, é mister que se informe, também, outras evidências a respeito da possível obrigação previdenciária não cumprida e que se diz solidária.

(...)

Assim, considerando que a responsabilidade solidária não é um fim em si mesmo, isto é, não cria por si só o fato gerador, é importante ter a certeza que exista uma obrigação que se diga solidária, pois se ela não existir, tampouco se pode afirmar que há responsabilidade para outrem. Ou seja, em princípio, a não apresentação das guias e folhas de pagamento específicas, permitem inferir a existência de inadimplemento da obrigação previdenciária, por parte do prestador.

Todavia, o fato gerador não pode ser presumido, nem tampouco inferido. O CTN informa que o fato gerador é a

situação definida em lei como necessária e suficiente para sua ocorrência. Dessa forma, faz-se necessário acrescentar outras informações que permitirão ao julgador formar sua convicção quanto à certeza da obrigação inadimplida, ou não.

(...)

A partir do art. 55, consta uma série de determinações para que o AFPS analise as informações disponíveis relativas a todos os devedores solidários, visando à verificação da regularidade da obrigação tributária a ser exigida, de forma a evitar o lançamento de crédito já extinto ou que já esteja sendo discutido ou cobrado judicial ou administrativamente.

Ante o exposto,

CONSIDERANDO que a presente notificação foi lavrada em desconformidade com a legislação vigente;

CONSIDERANDO que, não foi informado ao contribuinte o fundamento legal para que fosse promovido o arbitramento das contribuições previdenciárias, possivelmente, existentes;

CONSIDERANDO que a ausência de fundamento legal não pode ser sanada por limitação do sistema de processamento de dados da fiscalização da autarquia previdenciária;

CONSIDERANDO que, mesmo que fosse possível o saneamento, tal procedimento somente poderia ser feito até a decisão de primeira instância (art. 203 do CTN).

CONSIDERANDO que o contribuinte teve prejudicado seu direito constitucional do devido processo legal e da ampla defesa face à omissão das normas de lei que autorizariam o fisco em promover o arbitramento.

CONSIDERANDO que a menção referente à responsabilidade solidária dá fundamento para o elemento sujeito passivo da obrigação previdenciária.

CONSIDERANDO que a menção referente ao arbitramento dá fundamento ao elemento fato gerador da obrigação previdenciária.

CONSIDERANDO que o Termo de Inscrição em Dívida Ativa é documento solene cujas formalidades são essenciais para a prática do ato a que se destina.” (grifo nosso)

Nesse diapasão, mister se faz analisar as DEBCADs ns. **35.067.668-2** e **35.067.669-0**, há luz da legislação vigente há época, qual seja: art. 142 do CTN, art. 37 da Lei 8.212/91 e art. 243 do Decreto n. 3.048/99, *verbis*:

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência

*do fato gerador da obrigação correspondente, **determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.***

Lei n. 8.212/91:

*Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, **a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.***

Decreto n. 3.048:

*Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, **a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.*** (grifo nosso)

O lançamento, como ato vinculado, deve atender aos preceitos legais, assim como leciona o Professor Luciano Amaro (Direito tributário brasileiro – 10^a ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2004. Pg. 337), *verbis*:

“O lançamento deve ser efetuado pelo sujeito ativo nos termos da lei, vale dizer, tem de ser feito sempre que a lei o determine, e sua consecução deve respeitar os critérios da lei, sem margem de discricção dentro da qual o sujeito ativo pudesse, por razões de conveniência ou oportunidade, decidir entre lançar ou não, ou lançar valor maior ou menor, segundo sua avaliação discricionária.” (grifo nosso)

Logo, restou evidenciado que os lançamentos originários ocorreram sem a devida fundamentação legal, não atendendo, por conseguinte, a legislação tributária, cerceando, inclusive, o direito de defesa da Recorrente.

Nessa toada, verifico que tais equívocos nos lançamentos originários não ensejam a nulidade decorrente de vício formal, e sim na nulidade das DEBCADs por vício material, tendo em vista que a Fiscalização à época não informou ao contribuinte a fundamentação legal para embasar o arbitramento.

A fim de robustar esse entendimento, trago à baila, trechos do Acórdão n. 9202-00.668, do Proc. n. 35465.000814/2005-84, julgado por unanimidade em 13 de abril de 2010 pela 2^a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, *verbis*:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1997 a 31/12/1998

VICIO MATERIAL. NULIDADE.

Quando a descrição do fato não é suficiente para a certeza de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material

necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(...)

Por todo o exposto, a descrição dos fatos, quando existente mas tida como insuficiente, contamina o lançamento com um vício de conteúdo, material e, portanto, não se deve aplicar a regra especial no artigo 173, II, mas tão somente as regras gerais nos artigos 150, §4º e 173, I do Código Tributário Nacional.

Portanto, voto por negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.” (grifo nosso)

O período de apuração compreendeu as competências 11/1996 a 02/2001. A notificação ocorreu em 23/08/2010 (fl. 02), tendo em vista que para este relator as DEBCADs originárias continham vícios materiais.

Logo, o prazo decadencial ocorreu em relação ao período total, por quaisquer dos critérios do CTN.

CONCLUSÃO

Do exposto, **julgo procedente** o recurso para aplicar a decadência total por quaisquer dos critérios do CTN.

Marcelo Magalhães Peixoto