



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

Processo n° 11330.000608/2007-01
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-006.016 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SENDAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 1996

CRÉDITO TRIBUTÁRIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. PAGAMENTO ANTECIPADO. DEFERIMENTO.

Declarada pelo STF, sendo inclusive objeto de súmula vinculante, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que estabeleciam o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, dar provimento ao recurso voluntário para declarar a decadência do crédito tributário lançado. Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Matheus Soares Leite, substituído pela conselheira Fernanda Melo Leal (Suplente Convocada).

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier (Presidente), Cleberson Alex Friess, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Sheila Aires Cartaxo Gomes e Fernanda Melo Leal. Ausente a Conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

Tratam os presentes autos de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (DEBCAD 35.566.187-0 – fls. 4/16), lavrado contra as empresas SENDAS S/A e W.R EMPREENDIMENTOS LTDA., no valor total de R\$ 3.494,67 (três mil quatrocentos e noventa e quatro reais e sessenta e sete centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 36/40) o crédito constituído é referente às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e destinadas à Seguridade Social, correspondente à contribuição dos segurados empregados e a contribuição da empresa, inclusive para o custeio das prestações decorrentes de acidente de trabalho ou do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos do Ambiente de Trabalho – GILRAT, em razão da responsabilidade solidária entre a empresa tomadora (Sendas S/A) e a empresa prestadora (W.R Empreendimentos Ltda.), decorrente da contratação de prestação de serviços de construção civil no período de 01/06/1996 a 31/06/1996.

Às fls. 41 consta tabela indicando os percentuais usados para o cálculo para o salário de contribuição, correspondendo tais valores a 40% sobre o valor bruto da nota fiscal, uma vez que não estavam discriminados nas respectivas notas os valores correspondentes ao material fornecido pela prestadora para a execução da obra.

Devidamente cientificada, a Interessada SENDAS S/A apresentou Defesa Prévia (fls. 46/58), com as seguintes considerações:

(i) Da decadência. Se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário. É ilegal o lançamento efetuado pelo INSS, materializado na NFLD em tela, diante da extinção dos alegados créditos, já homologados, operando-se a decadência do direito da Fazenda.

Apesar do *caput* do artigo 45 da Lei 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Isto porque não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Conclui-se, portanto, que foram ilegalmente constituídos na NFLD em tela todos os valores lançados pelo INSS relativos às competências de novembro de 1995 a agosto de 1997, inclusive, posto que já homologada tacitamente, na forma do artigo 150, § 4º, do

CTN, ocorrendo assim a preclusão do prazo da Fazenda Pública para constituir eventual crédito mediante lançamento.

(ii) Da ilegalidade *in totum* do lançamento. As competências a que se refere o lançamento em apreço nesta lide são anteriores ao advento da Lei nº 9.711, de 20.11.98. Logo, a presente discussão não trata da obrigação do tomador de serviços de reter o percentual de 11% (onze por cento) sobre os valores de notas fiscais de seus prestadores de serviço, instituída posteriormente aos fatos geradores em tela nesta demanda.

Argumenta que somente pode existir o instituto da solidariedade se houver dívida, a fim de que o credor possa imputá-la a qualquer um dos devedores solidários, e para existir dívida é necessário que haja inadimplência do devedor originário.

Cita os artigos 124 e 142 do Código Tributário Nacional para defender a sua ausência de responsabilidade.

Conclui que o instituto da solidariedade somente pode ser efetivado nos casos em que a Fiscalização, preliminarmente, determine junto ao contribuinte praticante do fato gerador a devida e efetiva contribuição não recolhida, para, só então, cobrar-se do co-responsável pela obrigação.

(iii) As formas de calcular o montante do tributo devido. No caso presente, realizou o Fisco uma indubitável aferição indireta, ao apurar o pseudo débito através de percentuais sobre os valores das notas fiscais de prestação de serviços, ignorando, não se sabe porquê, a contabilidade do devedor originário, o que não é aceitável.

Argumenta que é dever, e não mera faculdade, da Autarquia fiscalizar junto à empresa contribuinte (devedora originária) a sua folha de pagamento, cuja obrigação de manter em consonância com as normas legais é unicamente da empresa que paga ou credita tais remunerações (prestadora de serviços).

Alega que o Fisco contrariou o artigo 33, § 6º da Lei nº 8.212/91, uma vez que este dispositivo estabelece as situações que dão margem à aferição indireta por parte da Fiscalização.

(iv) Da ausência de qualquer infração por parte da impugnante. Assevera que constituir o crédito tributário contra a responsável solidária mediante a aplicação de percentual sobre as notas fiscais detidas pela impugnante, sem prévia comprovação da idoneidade dos registros contábeis do prestador de serviços, é ilegal, contrariando claramente o § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

(v) Ilegal incidência de juros e multa. Sobre o tema, a impugnante defende que os valores são excessivos, configurando confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, que não pode ser ofendida por legislação ordinária.

Por sua vez, apesar de devidamente notificada, a empresa W.R EMPREENDIMENTOS LTDA. deixou de se manifestar.

A Seção do Contencioso Administrativo da Previdência Social, por intermédio do Despacho nº 17.422.4/0025/2006 (fls. 78/81), saneou o processo para corrigir

inconsistências contidas entre o Relatório Fiscal e os Fundamentos Legais do Débito – FLD, reabrindo prazo para apresentação de defesa.

Cientificada, dentro do prazo legal, a empresa Sendas S/A apresentou Defesa Adicional (fls. 91/103), em suma, com o mesmo conteúdo da defesa anteriormente apresentada.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) lavrou Decisão Administrativa contextualizada no Acórdão nº **12-16.703 da 14ª Turma da DRJ/RJOI**, às fls. 151/166, julgando procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em sua integralidade. Confira-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.

Período de apuração: 01/06/1996 a 31/06/1996

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO. ARBITRAMENTO. DECADÊNCIA. JUROS E MULTA.

O proprietário, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Lei 8.212/91, art. 30, VI).

Somente será elidida a responsabilidade solidária existente entre o tomador e prestador de serviços se comprovado o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados.

É lícita a apuração por aferição indireta do salário de contribuição na ocorrência de recusa, sonegação ou apresentação deficiente de documentos (Art. 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91).

É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e constituição do crédito previdenciário, conforme artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Conforme estabelece o artigo 34 da Lei nº 8.212/91, com a redação alterada pela Lei nº 9.528/97, sobre as contribuições sociais recolhidas em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

Argumentos desprovidos de provas documentais não ensejam retificação do lançamento fiscal.

Lançamento Procedente”

Do resultado do julgamento, o contribuinte Recorrente foi intimado em 25/02/2008 (fl. 171).

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** em 20/03/2008 (às fls. 174/187), argumentando, em síntese, o que segue:

(i) Afirma a tempestividade do seu recurso.

(ii) Da decadência. Apesar do *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Isto porque não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário. É ilegal o lançamento efetuado pelo INSS, materializado na NFLD em tela, diante da extinção dos alegados créditos, já homologados, operando-se a decadência do direito da Fazenda.

Conclui-se, portanto, que foram ilegalmente constituídos na NFLD em tela todos os valores lançados pelo INSS relativos às competências anteriores a abril de 1998, inclusive, posto que já homologada tacitamente, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, ocorrendo assim a preclusão do prazo da Fazenda Pública para constituir eventual crédito mediante lançamento.

(iii) Da previsão da responsabilidade solidária. Contestando a aplicação do artigo 30, VI, da Lei 8.212/91, afirma que um credor não pode tentar receber do devedor solidário algo inexistente, ou mesmo algo claramente não configurado. Nesse sentido, para o recebimento do devedor solidário, por óbvio, há que existir uma dívida configurada, documentada e fundamentada, advinda de inadimplência do devedor originário.

Apenas com um crédito regularmente constituído em seu devedor originário, terá o credor a possibilidade de imputá-la a quaisquer um dos devedores solidários.

Deste modo, defende que sendo o prestador o real contribuinte, neste deve ser constituído eventual crédito tributário, e, caso existente, poderá este ser exigido dos responsáveis solidários nos termos da legislação vigente.

Inexistindo o crédito tributário não há o objeto ao qual é atribuída a responsabilidade do terceiro, e, conseqüentemente, falta o seu pressuposto para o chamamento à relação jurídica.

(iv) Formas de calcular o montante do tributo devido. No caso presente, realizou o Fisco uma indubitável aferição indireta, ao apurar o pseudo débito através de

percentuais sobre os valores das notas fiscais de prestação de serviços, ignorando, não se sabe porquê, a contabilidade do devedor originário, o que não é aceitável.

Argumenta que é dever, e não mera faculdade, da Autarquia fiscalizar junto à empresa contribuinte (devedora originária) a sua folha de pagamento, cuja obrigação de manter em consonância com as normas legais é unicamente da empresa que paga ou credita tais remunerações (prestadora de serviços).

Alega que o Fisco contrariou o artigo 33, § 6º da Lei nº 8.212/91, uma vez que este dispositivo estabelece as situações que dão margem à aferição indireta por parte da Fiscalização.

(v) Da ausência de qualquer infração por parte da Recorrente. Assevera que constituir o crédito tributário contra a responsável solidária mediante a aplicação de percentual sobre as notas fiscais detidas pela impugnante, sem prévia comprovação da idoneidade dos registros contábeis do prestador de serviços, é ilegal, contrariando claramente o § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

(vi) Ilegal incidência de juros e multa. Sobre o tema, a impugnante defende que os valores são excessivos, configurando confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, que não pode ser ofendida por legislação ordinária.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

A Recorrente foi cientificada da r. decisão em debate no dia 25/02/2008 (fl. 171), e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 20/03/2008 (fls. 174/187), razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DA PRELIMINAR

Tratam os presentes autos de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (DEBCAD 35.566.187-0 – fls. 4/16), lavrado contra as empresas SENDAS S/A e W.R EMPREENDIMENTOS LTDA. O crédito constituído é referente às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e destinadas à Seguridade Social, correspondente à contribuição dos segurados empregados e a contribuição da empresa, inclusive para o custeio das prestações decorrentes de acidente de trabalho ou do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos do Ambiente de Trabalho – GILRAT, em razão da responsabilidade solidária entre a empresa tomadora (Sendas S/A) e a empresa prestadora (W.R Empreendimentos Ltda.), decorrente da contratação de prestação de serviços de construção civil no período de 01/06/1996 a 31/06/1996.

a. Da decadência.

A Recorrente argúi a decadência das contribuições lançadas nestes autos. Argumenta que apesar do *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais.

Defende que não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Nesse passo, argumenta que se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário.

Sobre o tema, no que se refere à prescrição decenal, cumpre chamar a atenção para o fato de que na sessão plenária de 12/06/2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 8 (D.O.U. de 20/06/2008), e consagrou o entendimento há muito estabelecido pelo STJ de que prescrição e decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar, na forma do artigo 146, III, "b", da Constituição Federal, declarando, em consequência, a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que versavam sobre o tema. Eis o seu teor:

SÚMULA VINCULANTE Nº 08: 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.

Portanto, o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

No presente caso, ao verificar os requisitos de incidência para contagem do prazo decadencial, como não foram comprovados recolhimentos para o período de 07/96 na prestadora, o critério para a contagem do prazo decadencial é o previsto pelo artigo 173, inciso I, do CTN.

No caso dos autos, o contribuinte foi notificado do Auto de Infração no dia 19/05/2003 (fl. 04), sendo que a competência dos créditos ora em discussão se refere a 06/1996 (fls. 11/13), de modo que este lançamento está integralmente fulminado pela decadência.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário, para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO** nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.