



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

Processo nº 12898.000371/2010-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.882 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TELEMAR NORTE LESTE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/01/1999

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO.
NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Daniele Souto Rodrigues e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari que entendeu devido o lançamento pela não elisão da responsabilidade solidária e ausência de fiscalização na prestadora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Ivacir Júlio de Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Ivacir Julio de Souza, Daniele Souto Rodrigues, Elfás Cavalcante Lustosa Aragão Ausentes Justificadamente Os Conselheiros Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro E Marcelo Magalhaes Peixoto

CÓPIA

Relatório

Apenso ao processo 12898.000370/2010-59 , em resumo, a autuação baseia-se no fato da Recorrente não ter apresentado à fiscalização os comprovantes de pagamento do débito exigido, como forma de elidir-se da responsabilidade solidária. Destaque-se ainda que o débito fiscal ora combatido foi apurado por meio de arbitramento, tendo sido ainda acrescido de multa de mora e de juros.

Inconformada com a atuação, a Recorrente apresentou impugnação requerendo a anulação do auto de infração sob os seguintes argumentos:

(i) Inexistência de fiscalização da empresa contratada para aferir se o débito aqui exigido foi pago ou é objeto de ação judicial;

(ii) Impossibilidade de arbitramento da contribuição, que só pode ser aplicado nos casos em que o Fisco não dispõe de meios para conhecer a realidade (e no presente caso bastava a fiscalização da empresa contratada para apurar a verdadeira base de cálculo);

(iii) Sucessivamente, a necessidade de redução da multa nos termos da Lei 11.941/2009, que é mais benéfica ao contribuinte, razão pela qual deve retroagir nos termos do art. 106 do CTN.

Li o Relatório a quo , compulsei com os autos e , com grifos de minha autoria, abaixo o reproduzo na íntegra :

Trata-se de crédito tributário lançado pela fiscalização - AI DEBCAD 37.271.673-3 pertinente às contribuições devidas pelos segurados e arrecadadas pela empresa, em substituição às lançadas através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) DEBCAD nº 35.442.239-1, anulada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 0807/2005, prolatado pela 2ª CAJ - Câmara de Julgamento, em 25/05/2005, sob a alegação de vício formal, acarretado pela omissão, no anexo relativo aos Fundamentos Legais do Débito, do dispositivo legal que autoriza o arbitramento das contribuições previdenciárias através de aferição indireta.

2. O valor do presente lançamento é de R\$ 30.329,80 consolidado em 12/04/2010.

*3. De acordo com o relatório fiscal, de fls. 13/19, a apuração deu-se com base no **instituto da responsabilidade solidária, decorrente da execução de serviços de construção civil pela empresa BRAGITEL CONSTRUTORA LTDA, CNPJ 29.204.898/0001- 00, uma vez que a contratante não comprovou o recolhimento das contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados, a cargo da empregadora, incluídas em notas fiscais e/ou faturas correspondentes aos***

serviços executados, na forma determinada pela legislação previdenciária.

4. Explica o Autuante que, utilizando da prerrogativa contida nos parágrafos 3º e 6º do artigo 33 da lei nº 8.212/91, arbitrou a base de cálculo das contribuições lançadas, a partir do valor das Notas Fiscais emitidas pela prestadora, adotando-se o percentual determinado pela Instrução Normativa nº 971/2009 (40%).

5. Esclarece também o Auditor Fiscal que, por se tratar de lançamento substitutivo de contribuições lançadas em procedimento fiscal anterior, foram considerados todos os documentos apresentados tanto no decorrer da ação fiscal, como no curso do procedimento administrativo de julgamento, tendo sido já consideradas as retificações anteriormente feitas durante o julgamento administrativo do processo anulado.

6. Informa também o Auditor Fiscal que foi aplicada a alíquota mínima sobre os salários-de-contribuição apurados.

D a s I m p u g n a ç õ e s

7. Dentro do prazo regulamentar, a notificada contestou o lançamento através do instrumento de fls. 24/35, no qual apresenta os argumentos a seguir reproduzidos, em síntese:

7.1. Uma análise cuidadosa da legislação aponta que a existência de solidariedade pressupõe a aferição da efetiva existência do débito cobrado, primeiramente, fiscalizando o devedor principal (contratado). No presente caso, a lógica está invertida. Somente após a constatação de que a contratada deixou de recolher as contribuições é que se poderia exigir da impugnante o tributo devido.

7.2. O interesse comum a que se refere o art. 124 do CTN é aquele existente entre o sujeito e o fato gerador, o vínculo jurídico. Não se trata, contudo, de qualquer vínculo, mas apenas do vínculo ab origine que os une.

7.3. Cita exemplos, colaciona excertos doutrinários e arestos em abono de suas teses.

7.4. A responsabilidade solidária imputada por aferição indireta somente é cabível como medida excepcional quando a fiscalização constatar que a contabilidade da empresa prestadora não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço.

7.5. Entende que, como o Auto de Infração foi lavrado após a edição da MP nº 449/08, o caso é de aplicação da multa prevista na Lei nº 9.430/96, no valor de 0,33 ao dia até o limite de 20% do valor do débito.

7.6. Por fim, pede a procedência da impugnação, protestando por prova pericial e juntada posterior de documentos que eventualmente se façam necessários.

8. Regularmente notificada do lançamento, conforme se verifica às fls. 22 a contratada apresentou impugnação ao lançamento (fls. 81/86), na qual aduz os seguintes argumentos:

8.1. Preliminarmente, argui a prescrição, com fulcro no art. 174 do CTN.

8.2. Questiona a inclusão, no Relatório de Vínculos, de presidentes e diretores da contratante, que nenhuma relação tem com a contratada. Nesse contexto, entende que a interpretação da responsabilidade solidária, da forma em que apresentada pelo Auditor Fiscal, é equivocada.

8.3. acosta aos autos cópias das notas fiscais, folhas de pagamento e guias de recolhimento, relativas à competência 01/1999.

9. É o relatório. "

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

No Acórdão nº 12-36.758 às fls 151 de 18 de abril de 2011 a - 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I - DRJ/RJO I, manteve o débito e referindo-se ao valor principal R\$ 10.623,77 decidiu conforme abaixo:

*"Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe (AI nº 37.271.67-30), ACORDAM os membros da Turma, por unanimidade de votos, **negar provimento à impugnação**, nos termos do relatório e voto que este decisum passam a integrar, para considerar devido o crédito tributário no valor principal de R\$ 26.559,43, acrescido de juros e multa moratória a serem calculados na data da liquidação."*

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Conforme documento de fls. 166, em 21/11/2011 a autuada interpôs RECURSO VOLUNTÁRIO e reiterou as alegações que fizera em sede de impugnação.

Aduz que às fls 218, despacho registra que:

"O contribuintes principal e solidária tomaram ciência do Acórdão nº 12-36.757 da 13ª Turma da DRJ-RJ1 de 18/04/2011 (fls.163/172), conforme Intimações de fls. 175/176.

O contribuinte principal apresentou manifestação tempestiva (fls.179/216). A solidária não protocolou manifestação. (..) "

É o Relatório

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

Na forma do despacho de fls. 218, o recurso é tempestivo. Aduz que se reveste dos pressupostos de admissibilidade. Portanto, **dele tomo conhecimento**.

Na condução do voto, a quo, referindo-se às impugnações interpostas a primeira instância se manifestou conforme o abaixo:

"10. Tendo as empresas solidariamente obrigadas apresentado impugnações que se sobrepõem e/ou se complementam, e considerando que a procedência de qualquer dos argumentos expendidos por uma das impugnantes aproveitará a outra, serão os tópicos suscitados analisados conjuntamente, nomeando-se o autor de cada questionamento apenas quando necessário."

De plano, considerando a autonomia das partes e as razões que lhes são próprias, motivo de recursos independentes, ressalto que discordo da forma utilizada pela instância a quo. Solidária seria a obrigação tributária em comento cujos resultados do julgado alcança a ambas e não os recursos os quais entendo devam ser analisados de per si.

DAS PRELIMINARES

Às fls 05, no Relatório Discriminativo do Débito- DD, registra que o período autuado compreendeu somente a **competência 01/99**. Também o Relatório de Fundamentos Legais do Débito - FLD de fls. 08, refere-se tão-somente à sobredita competência. Faço destaque para lembrar que o valor do presente lançamento **foi consolidado em 12/04/2010**.

Na condução do voto, o i. Julgador exortando a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007, ressalte-se, **instrução superveniente aos fatos geradores**, sublinhou que ali se determina que o auditor deveria ter verificado as **informações relativas a empresa contratada, visando à verificação da regularidade da obrigação tributária a ser exigida**, de forma a evitar o lançamento de crédito já extinto. Na oportunidade a instância a quo citando a decisão que anulou a NFLD substituta afirmou que **não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora** :

"24. De acordo com a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007 - Anexo II, item 8.4.3, o auditor deverá analisar 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."

25. Conforme as informações constantes da decisão anterior, não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora, o que, por si só, considerando a inexistência de benefício de ordem na solidariedade, autoriza o procedimento na

empresa tomadora, tendo em vista restar afastada a possibilidade de lançamento em duplicidade.

26. Assim, restou comprovado que não houve extinção do crédito pelo pagamento ou sua inexistência decorrente de outro lançamento com o mesmo objeto. "

Na verdade, não tendo sido colacionado nos autos o relatório fiscal e o Acórdão que anulou a NFLD substituída, no que se refere ao tema, **não há registro algum sobre a contratada ter sido fiscalizada ou não com exame da contabilidade no período anulado**. Tivesse havido ou não a fiscalização, mesmos nos dias presentes, nos sistemas conteria registros possíveis de serem copiados e colacionados nos autos para efeito de provas.

DA AFERIÇÃO INDIRETA

A autoridade autuante revela no item 7 e 7.1 de seu Relatório Fiscal que procedeu lançamento **por aferição indireta** com respaldo nos §§ 3º e 6º do art. 33 da Lei 8.212/91, cabe ressaltar que embora tenha registrado que o lançamento por aferição indireta teve fulcro, também, no § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, **colacionou apenas o comando previsto no 3º**. Aduz que na forma do preceituado no § 6º a aferição indireta é procedimento previsto para hipótese de no exame da **escrituração contábil** e de qualquer outro documento da empresa, a **fiscalização constatar que a contabilidade** não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento. **Na leitura do Relatório Fiscal não se encontra registro desconsiderando a contabilidade ou a autenticidade de qualquer outro documento que a autoridade autuante tenha tido acesso e assim proceder com aferição indireta, verbis:"**

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário "

DA NECESSIDADE DE AUDITORIA FISCAL NA CONTRATADA

Enfrentando a questão em epígrafe, na condução do voto, no item 25, a i. Julgadora exortando a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007, ressalte-se, **instrução superveniente aos fatos geradores**, ela mesma sublinhou que ali se determina que o auditor deveria ter verificado as **informações relativas a empresa contratada, visando à verificação da regularidade da obrigação tributária a ser exigida**, de forma a evitar o lançamento de crédito já extinto. Na oportunidade a instância a quo citando a decisão que anulou a NFLD substituta afirmou que **não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora :**

"25. De acordo com a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007 - Anexo II, item 8.4.3, o auditor deverá analisar 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.

26. Conforme as informações constantes da decisão anterior, não há registro de fiscalizações com exame da contabilidade na prestadora, o que, por si só, considerando a inexistência de benefício de ordem na solidariedade, autoriza o procedimento na empresa tomadora, tendo em vista restar afastada a possibilidade de lançamento em duplicidade.

27. Assim, restou comprovado que não houve extinção do crédito pelo pagamento ou sua inexigibilidade decorrente de outro lançamento com o mesmo objeto. "

A decisão a qual o i. Julgador se refere no item 26 encimado, consta colacionada às fls. 30 e trata-se do Acórdão 0001326 que, em 23/05/2005, anulou a NFLD substituída dando origem ao lançamento em comento.

Salvo melhor exame, no sobredito acórdão **não se fez registro algum de que a contratada tenha sido fiscalizada com ou sem exame da contabilidade no período anulado. Informações concretas sobre ter** havido ou não a fiscalização, mesmos nos dias presentes podem ser obtidas mediante simples consulta nos sistemas para em seguida se colacionar para efeito de provas.

A respeito do encimado, o art. 37 da lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, preceitua que ocorrendo a existência de fatos e dados registrados em documentos na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício sua obtenção , *verbis* :

"Art. 37. 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, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. "

Anterior a Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05 de fevereiro de 2007, a que se refere o i. Julgador , **com o mesmo propósito**, a portaria SRP/DEFIS nº 018, de 10 de outubro de 2006, **embora também superveniente**, por conservadorismo, para evitar a nulidade dos lançamentos do gênero em comento, a Administração já houvera determinado que nas ações fiscais as autoridades autuantes verificassem **se foram analisadas as informações disponíveis relativas ao devedor solidário, de que não houve ação fiscal com exame de contabilidade** contra este e que os créditos referentes a prestação de serviço então tributada não foram objeto de lançamento anterior e ainda que tal cumprimento **devesse constar do Relatório Fiscal**, vide anexo IV, item 11.4.3 da referida Portaria A essência do que fora determinado na Portaria revela diligente preocupação da Administração e não traz nada de original posto que tal procedimento deveria ter sido sempre praticado. Aduz que **não consta do Relatório Fiscal que tais aspectos tivessem sido observados na ação fiscal em comento.**

A jurisprudência deste Conselho e do STJ pacificou que a autoridade fiscal constatando que se um ou mais dos devedores solidários foi objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, **o auditor deve se abster-se de constituir** o crédito previdenciário. Cumpre reparar que tal determinação implica a precedência de fiscalização perante a empresa prestadora.

Na forma do relatório do Acórdão do CRPS colacionado às fls.30, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, substituída, foi lavrada em 04/03/2002.

Isto observado significa que por ocasião da autuação **a contratada já teria sofrido ação fiscal anterior** à ocorrida na contratante que ora responde como solidária.

DAS INSTRUÇÕES E DA JURISPRUDÊNCIA

Na condução do voto, no item 31 às fls. 158, o i. Julgador registra que sua motivação teria suporte na Ordem de Serviço INSS/DAF Nº 165, de 11/07/1997 que entendeu vigente à época dos fatos geradores, *verbis*:

"31. A matéria é regulada no item 16 da ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF Nº 165, de 11/07/1997, vigente à época dos fatos geradores, nos seguintes termos:"

Cumpre destacar o equívoco posto que por ocasião dos fatos geradores a OS supra havia sido alterada pela ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF Nº 185, DE 31 DE MARÇO DE 1998, cujo art. 21 tratava da elisão da responsabilidade solidária decorrente de serviços prestados por empresas de construção civil, *verbis*:

" ASSUNTO: Altera a ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF nº 165, de 11 d julho de 1997, que estabelece critérios e rotinas para a fiscalização de obra de construção civil de responsabilidade de pessoa jurídica e construção em nome coletivo.

(...)

21 - A responsabilidade solidária decorrente de serviços prestados por empresas de construção civil que exerçam atividades relacionadas no Anexo I poderá ser elidida à vista de apresentação de cópia de GRPS com recolhimento englobado no CGC da empresa, ou mediante a consulta ao conta-corrente de suas contribuições no INSS, nos meses em que houver a prestação de serviço, não se aplicando o disposto no item 16 e subitens 27.1 e 27.2."

ANEXO I

Atividades não sujeitas a exigibilidade de GRPS específica para isenção de responsabilidade solidária (GRPS GENÉRICA)

- a) instalação de estrutura metálica;
- b) instalação de estrutura de concreto armado (pré-moldada);
- c) jateamento de areia;
- d) impermeabilização;
- e) obras complementares, em edificações, de:
 - ajardinamento.
 - recreação;
 - terraplenagem;
 - urbanização;

f) fundações especiais (exceto lajes de fundação “radiers”);

g) instalações de:

- antena;
- aquecedor;
- ar-condicionado;
- bomba de recalque;
- calefação;
- elevador;
- equipamento de garagem;
- equipamentos de segurança e contra-incêndio;
- esquadrias de alumínio;
- fogão;
- incineração;
- playground;
- sistema de aquecimento a energia solar;
- telefone interno;
- ventilação e exaustão.

h) colocação de gradis;

i) perfuração de poço artesiano;

j) sondagem de solo;

l) controle de qualidade de materiais;

m) montagem de torres;

n) locação de equipamentos;

o) serviços de topografia.

Não tendo registro de que na ação fiscal a autoridade autuante se aprofundara na busca das características dos serviços prestados à luz de cláusulas contratuais devidamente colacionadas, não há como saber se estes se encontram ou inseridos no rol descrito no sbredito Anexo I .

Relevante observar que dentre os documentos trazidos à colação pela prestadora dos serviços quando de sua impugnação, às fls 157 e 158, constam as GRPS referidas na sobredita OS 185 supra sendo uma geral da empresa para a competência 01/99 com valor recolhido de R\$ 29.734,46, em 10/03/99 e outra para a mesma competência , na mesma data, valor R\$ 10.713,92 com destaque de que seria vinculada ao contrato 9601/98. Isto posto, na forma do exigido no art. 21 da ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF Nº 185, DE 31 DE MARÇO DE 1998 a prestadora teria ilidido a solidariedade.

Não tendo havido registro nos autos das providências supracitadas , **a jurisprudência deste Conselho concorre para concluir pela nulidade do lançamento**, senão vejamos :

“ SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº 11330.000934/200749

Recurso nº 150.621 De Ofício

Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Acórdão 206-01.551

Sessão de 06 de novembro de 2008

Recorrente DRJ - RIO DE JANEIRO

Interessado PETROBRÁS - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1995 a 31/05/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL E LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA- PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE.

A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se de constituir o crédito previdenciário. (grifos do Relator)

Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, **por unanimidade** de votos, em negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Renato de Oliveira Silva, OAB/RJ nº 133.477.

ELIAS SAMPAIO FREIRE-Presidente

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA-Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Bemadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. ”

“ Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601550 do Processo 11330000897200731

06/11/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 30/11/1998 PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. **A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se**

de constituir o crédito previdenciário. *Recurso de Ofício Negado.*”

“Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601548 do Processo 11330000889200794

06/11/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1998 Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RECURSO DE OFÍCIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PROCEDIMENTO FISCAL NA CONTRATADA - EXAME DA CONTABILIDADE - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. A autoridade fiscal constatando que um ou mais dos devedores solidários havia sido objeto de auditoria fiscal com exame da contabilidade, o auditor deveria abster-se de constituir o crédito previdenciário. Recurso de Ofício Negado.”

“Segundo Conselho de Contribuintes. 6ª Câmara. Turma Ordinária

Acórdão nº 20601702 do Processo 11330000890200719

04/12/2008

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/05/1995 a 30/03/1996 PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Não cabe o lançamento por solidariedade na contratante de serviços com cessão de mão-de-obra quando constatada a ocorrência de ação fiscal na empresa prestadora, com exame de contabilidade por todo o período abrangido pelo lançamento. Recurso de Ofício Negado.”

DO STJ

Na forma já pacificada no STJ, recente decisão no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.395 – RJ (2012/0210529-9) vem de esposar a tese reiterada neste Conselho :

" AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.348.395 – RJ (2012/0210529-9)

RELATOR	: MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE	: FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO	: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO	: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A
ADVOGADOS	: CARLOS HENRIQUE DA FONSECA MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS NYLSON DOS SANTOS JUNIOR

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/02/2015 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 20/02/201

5 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 04/03/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 08/06/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE PRESTADOR E TOMADOR DE SERVIÇOS. ART. 31 DA LEI N. 8.212/91 (REDAÇÃO ORIGINAL). CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VERIFICAÇÃO PRÉVIA DO PRESTADOR DE SERVIÇO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ reconhece, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91, com a redação vigente até 1º.2.1999, a inviabilidade de lançamento por aferição indireta, com base tão somente nas contas do tomador do serviço, pois, para a devida constituição do crédito tributário, faz-se necessário observar se a empresa cedente recolheu ou não as contribuições devidas, o que, de certo modo, implica a precedência de fiscalização perante a empresa prestadora, ou, ao menos, a concomitância. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. O entendimento sufragado não afasta a responsabilidade solidária do tomador de serviço, até porque a solidariedade está objetivamente delineada na legislação infraconstitucional. Reprime-se apenas a forma de constituição do crédito tributário perpetrada pela Administração Tributária, que arbitra indevidamente o lançamento sem que se tenha fiscalizado a contabilidade da empresa prestadora dos serviços de mão de obra.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relato

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL SUPERVENIENTE

Às fls.09, no Relatório de Fundamentos Legais do Débito- FLD, restou consolidado no item 061 a motivação legal para aferição indireta na construção civil onde se utilizaram da **Lei 10.256, de 09.07.2001, também posterior aos fatos geradores :**

" 061 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS APURADAS POR AFERIÇÃO INDIRETA-CONSTRUÇÃO CIVIL

061.03 - Competências : 01/1998 a 07/1998

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 33 (com redação posterior da Lei n. 10.256, de 09.07.2001), parágrafos 3., 4. e 6.;

Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, artigos 50, 52, 53 e 54; "

Por fim, é de realce que no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal - TEPF - TEAF a autoridade autuante tenha registrado que dentre os vários documentos listados apenas examinara o Livro de Registro de Empregados mesmo assim sem fazer menção de qual bem como o número de registro do documento.

DO ART 112 DO CTN

No que concerne ao encimado, embora as circunstâncias tenham alicerçado minha convicção, ainda que por algum motivo reste instaladas dúvidas sobre se a prestadora de serviços fora ou não fiscalizada no período da constituição dos créditos anulados, há que se observar o preceituado art. 112 do CTN com destaque para o inciso II ao abordar justo à **natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, verbis:**

" Art. 112. A lei tributária que **define infrações**, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da **maneira mais favorável ao acusado**, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à **natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;** "

DAS BASES DE CÁLCULO

Embora no item 7.2 do Relatório Fiscal a autoridade autuante revele que pautou os cálculos com base no **previsto no art. 336 da Instrução Normativa - IN RFB nº 971, de 13/11/09**, a instância a quo enfrentou integralmente a matéria na forma do abaixo transcrito sem se posicionar a respeito, *verbis*:

"27. A base de cálculo do presente lançamento foi calculada a partir das notas fiscais/faturas/recibos identificados no Anexo 01 (fls. 27), por ter a empresa contratante deixado de apresentar os elementos elisivos da solidariedade previstos na legislação previdenciária, tais como as folhas de pagamento específicas elaboradas pela construtora e respectivos recolhimentos vinculados à obra."

DO PERÍODO FISCALIZADO. DA BASE DE CÁLCULO E DA INSTRUÇÃO SUPERVENIENTE

O período autuado se restringiu à competência 01/1999, entretanto, no item 7.2 do Relatório fiscal, às fls 16, aduz que para calcular as remunerações pelo método de aferição indireta **se aplicaram norma superveniente aos fatos geradores**, *verbis*:

*7.2 As remunerações da mão-de-obra contidas nas notas fiscais/faturas/recibos foram calculadas com a aplicação, sobre o valor total das notas fiscais/faturas/recibos, dos percentuais previstos no art. 336 da Instrução Normativa - IN RFB nº 971, de 13/11/09, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, abaixo transcrita, conforme demonstrado no **anexo 01** a este relatório.*

IN RFB nº 971 de 13/11/09:

*" Art. 336. O valor da remuneração da mão-de-obra utilizada na execução dos serviços contratados, aferido indiretamente, corresponde no mínimo a **40% (quarenta por cento)** do valor dos **serviços** contidos na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços."*

Às fls.08, no Relatório de Fundamentos Legais do Débito- FLD restou consolidado no item 061 a motivação legal POR AFERIÇÃO INDIRETA-CONSTRUCAO CIVIL onde se utilizaram da **Lei 10.256, de 09.07.2001, também posterior aos fatos geradores** :

"061 - CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS APURADAS POR AFERIÇÃO INDIRETA-CONSTRUCAO CIVIL

061.03 - Competências : 01/1999

*Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 33 (**com redação posterior da Lei n. 10.256, de 09.07.2001**), parágrafos 3., 4. e 6.;*

Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto n. 2.173, de 05.03.97, artigos 50, 52, 53 e 54; "

DAS NOTAS FISCAIS

A autoridade autuante às fls 20, montou planilha com os números das notas fiscais pelos valores totais, valores estes que foram tomados como base de cálculo, **mas não colacionou cópias das mesmas para comprovação** Tal fato, por si, ensejaria nulidade por falta do elemento material probante. Entretanto, compulsando os autos, referindo-se às prestações dos serviços em comento, a prestadora quando interpôs impugnação de fls 92, juntou as referidas notas fiscais emitidas para a contratante TELECOMUNICAÇÕES DO RIO DE JANEIRO S/A. Embora isso, as supracitadas notas não trazem discriminados o tipo de serviço e não indica se se no todo contém valores de materiais utilizados.

DOS CONTRATOS E DA AUSÊNCIA DE PROVAS

No que se refere aos contratos, na mesma encimada planilha a autoridade autuante registra os números dos mesmos, entretanto, à exemplo do que fizera com as notas

fiscais, **não os trouxe à colação para comprovação dos objetos contratuais** para dar efetiva demonstração de que trataram-se de obras de construção civil bem como se houvera ou não empreitada total com fornecimento de material.

DA ADMINISTRAÇÃO E DA REVISÃO DOS ATOS

O dever de a Administração rever seus atos, zelando pela sua legalidade, está expresso no artigo 53, da Lei 9.784/1999 e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

A **verdade material** é um princípio específico do processo administrativo, contrapondo-se ao princípio do dispositivo, próprio do processo civil.

O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário.

Deve, portanto, o julgador, exaustivamente, pesquisar se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, **verificar aquilo que é realmente verdade**, independente do alegado. Dessa forma o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis. A própria administração **produz provas a favor do contribuinte**, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo.

DA NULIDADE

A inteligência do § 1º, II do artigo 59 do decreto 70.235/72 permite constatar que a nulidade do ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

“ O Decreto 70.235/72 :

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**.*

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

Se o lançamento apresentar vício em seu processo de formação não respeitando os dispositivos **de sua formalização, é caso de anulação, por vício de forma.**

Se o vício **estiver instalado na produção**, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante **explícita presunção** e **ausência de provas**, ônus do sujeito ativo, ensejará a **nulidade** dado que o conteúdo do ato estará eivado de **vício material** comprometedor do crédito e da sua motivação .

DO ART. 142 DO CTN

Aduz que no comando do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN , o legislador determinou cumprir com clareza a motivação do lançamento, *verbis*:

“ 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Apenso ao processo, por conexão, 12898.000370/2010-59, julgado nesta mesma sessão, tem-se que o decisum deste tem idêntica conclusão daquele

Em razão de tudo que foi exposto, não há como corroborar sustentável o lançamento posto que eivado de VÍCIOS INSANÁVEIS. Desse modo , por economia processual, sequer adentro o mérito.

CONCLUSÃO

Desse modo, conheço do Recurso para em PRELIMINAR determinar a nulidade por VÍCIO MATERIAL .

É como voto.

Ivaccir Júlio de Souza - Relator