



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

Processo n° 13502.001356/2008-17
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.214 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CARAIBA METAIS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1994 a 31/07/1994

DECADÊNCIA

Quando o lançamento anterior é anulado por vício formal, o termo a quo para contagem da decadência passa a ser a data que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o crédito anteriormente constituído.

SOLIDARIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, reconhecendo a anulação do lançamento original por vício material, o que resulta em decadência total do lançamento presente. Vencidos o relator Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza. Fez sustentação oral a advogada da recorrente Dra. Marluzi Andrea Costa Barros – OAB 896-B/Bahia.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 146 a 165 com Anexo às fls. 166 a 213, interposto pela Recorrente – CARAÍBA METAIS SA. contra Acórdão nº 15-23.384 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador – BA, às fls. 138 a 141, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº. 37.054.699-7**, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 15.612,95.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 07/1994.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 63 a 75, com Anexo às fls. 76 a 102, a **presente NFLD nº. 37.054.699-7, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007**, foi lavrada **em substituição à NFLD nº 35.521.631-0 de 30/12/2005**, considerada nula através da Decisão-Notificação nº 04.401.4/0178/2006 emitida pela Auditora-Fiscal da Previdência Social Leonora Ramos Bastos **em 13 de julho de 2006**, em virtude de equívoco no relatório "Fundamentos Legais do Débito".

A **NFLD 35.521.631-0**, por sua vez, tinha sido **lavrada em substituição à NFLD 32.615.895-2, com ciência do sujeito passivo em 21.01.1999**, anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão nº **002013, de 11/08/2003**.

Anote-se que **uma séries de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.895-2, sendo que no corpo da decisão do Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN:**

Documento:0032.616.012-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002291/2003-05

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002756/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.616.047-7

Tipo do Processo:DEBITO

Unidade de Origem: DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso: 44000.002290/2003-52

Recorrente(s): CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

*Assunto/Espécie Benefício: CAMPO EM BRANCO -
PROVISORIAMENTE*

Data de Entrada no(a) JR/CRPS: 09/10/2003

Relator(a): LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/000258/2003, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.616.011-6

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002288/2003-83

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:CAMPO EM BRANCO - PROVISORIAMENTE

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos

da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por **CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/00293/2003, da 2ª CaJ/CRPS.**

Em substituição àquele voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.**

Documento:0032.615.880-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002286/2003-94

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:CAMPO EM BRANCO - PROVISORIAMENTE

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando

ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério re faça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002757/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.615.860-0

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002285/2003-40

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:AFERIÇÃO INDIRETA, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério re faça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/002792/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Conforme o **Relatório da decisão de primeira instância**, às fls. 138 a 141, o lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço TecnoSteel Engenharia e Serviços Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 42.012.377/0001-00, **em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço de construção civil:**

Afirma também o Relatório que o lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço TecnoSteel Engenharia e Serviços Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 42.012.377/0001-00, em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço de construção civil.

Dispõe que o contrato celebrado entre a Caraíba Metais S.A. e a empresa TecnoSteel foi o C-170/94, cujo objeto envolvia a demolição de laje e bases de concreto de equipamentos do prédio do filtro, evaporador e reator e do prédio de moagem de rocha na exunidade de ácido fosfórico, ou seja, objetos típicos de construção civil.

A base de cálculo, conforme o mesmo Relatório, foi aferida através da nota fiscal referente ao serviço de construção civil

prestado, emitidas pela empresa prestadora, discriminada na tabela as fls. 76.

O sujeito passivo TecnoSteel Engenharia e Serviços Ltda. foi cientificado da notificação por via postal no dia 10/04/2007, conforme atesta a cópia do Aviso de Recebimento Digital, juntado as fls. 102, porém não apresentou impugnação.

A Carcaíba Metais S.A., por sua vez, tomou ciência da notificação por meio pessoal no dia 30/01/2007, conforme assinatura aposta à fl. 01, e apresentou defesa no dia 14/02/2007, conforme cópia de tela do Sistema de Protocolo, fls. 105, a qual foi juntada ao presente processo as fls. 106 a 125.

A Recorrente teve ciência do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09284979-00, às fls. 34 a 40.

O **período objeto da NFLD**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **07/1994 a 07/1994**.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia **30.01.2007**, às fls. 01.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 106 a 125 com Anexos às fls. 126 a 131, onde alega, conforme o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 138 a 141:

(i) Alega a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, e em seguida afirma que os supostos débitos referentes as competências apontadas na notificação sob julgamento já teriam sido alcançados pela decadência, antes mesmo da decisão que anulou o lançamento anterior, na forma da legislação aplicável à decadência das contribuições previdenciárias, tratando-se, portanto, de créditos homologados e extintos.

(ii) Transcreve textos doutrinários e decisões jurisprudenciais e conclui que, em se tratando de matéria tributária o prazo decadencial a ser aplicado encontra-se disciplinado no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional (CTN), quando houver pagamento antecipado no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação e no art. 173 do mesmo Código, aplica-se aos casos em que não houve pagamento antecipado do tributo. Assim, conclui-se pela decadência do direito da Fazenda constituir o crédito em comento, vez que o lançamento ocorreu apenas em 2007.

(iii) Ressalta ainda que o prazo decadencial não teria sido suspenso após a decisão que, em 24/09/03, anulou a notificação por erros formais, visto que o prazo decadencial não admite suspensão ou interrupção.

(iv) Argumenta que não ocorreu violação a qualquer dispositivo legal que justifique o lançamento da NFLD sob julgamento uma vez que a fiscalização não demonstrou nas partes integrantes da NFLD ter exigido da empresa contratada pela impugnante o crédito tributário objeto da presente autuação.

(v) *Tal procedimento seria necessário uma vez que a redação original do art. 30, VI da Lei nº 8.212, de 1991, não ressaltava que a solidariedade do dono da obra com o construtor não comporta o benefício de ordem, exigência somente prevista a partir da vigência da Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que deu nova redação ao citado inciso.*

(vi) *Afirma que tal entendimento encontrava-se corroborado pelo antigo Tribunal Federal de Recursos que exarou a Súmula nº 126. Nesse sentido, a responsabilidade solidária a que se refere o inciso VI supramencionado deve obediência ao disposto no art. 134 do CTN que imprime caráter subsidiário a essa responsabilidade. Colaciona decisões.*

(vii) *Alega ainda que, mesmo prevalecendo o dispositivo legal que estabelece o prazo decadencial de 10 anos, a Fiscalização não pode exigir da Autuada documentos comprobatórios de recolhimento previdenciários anteriores ao prazo de 10 anos contados a partir da data de início do MPF nº 09284979 que originou a NFLD sob julgamento.*

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 15-23.384 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador - BA, fls. 138 a 141, **inclusive para excluir do pólo passivo a prestadora de serviços Tecnosteel Engenharia e Serviços Ltda.**, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1994 a 31/07/1994

Ementa:

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. INOCORRÊNCIA, IN CASU.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 8 do STF: "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 50 do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

O prazo decadencial para o lançamento de contribuições sociais é de 5 anos.

O crédito tributário não subsiste contra responsável solidário não cientificado dentro do prazo de decadencial.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM.

A ausência de fiscalização prévia do prestador do serviço não tem o condão de extinguir o crédito tributário devidamente lançado e cientificado ao tomador do serviço, isso porque a responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/07/1994 a 31/07/1994

Ementa:

APLICAÇÃO DA MULTA. ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DA APLICAÇÃO.

Considerada a alteração na legislação e a aplicação da multa mais benéfica prevista no art. 106 do CTN, durante a fase do contencioso administrativo, de primeira instância, não há como se calcular a multa mais benéfica, haja vista que o pagamento ainda não foi postulado pelo contribuinte. Esta é uma interpretação literal do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior à MP nº 449, de 2008, que estabelece que as multas de mora valem para o momento do pagamento. Portanto, somente neste momento o percentual da multa de mora estará definido.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

*Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por maioria de votos, **excluir** do processo a prestadora de serviços, TecnoSteel Engenharia e Serviços Ltda., em razão da falta de regular notificação do lançamento, que não mais pode ser saneada pelo transcurso do prazo decadencial, pelo que deve ser excluída a expressão "E OUTRO(S)" da qualificação do pólo passivo; e para considerar PROCEDENTE o lançamento de que trata a NFLD em tela contra a tomadora de serviços, Caraiba Metais S/A, nos termos do voto e de sua fundamentação.*

Vencidos os julgadores Antonio Augusto Matias de Souza e Flaviano Nicodemos de Andrade Lima.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, na forma dos arts. 25, II, e 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Encaminhe-se ao órgão de origem para cientificar o contribuinte e adotar as providências cabíveis.

Inconformada com a decisão de primeira instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 146 a 165, com Anexo às fls. 166 a 213, onde alega em apertada síntese que:

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Faz-se necessário demonstrar aos Ilmos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que

anulou a primeira NFLD (32.615.895-2) que foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente em razão dos vícios materiais identificados, que dizem respeito à própria existência da dívida, jamais se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.

(...) O equívoco havido na parte dispositiva do acórdão n. 2013/2003, que ensejou no lançamento ora combatido, salta aos olhos.

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.699-7, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu em 01/1995, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2000. Entretanto, o II. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 07 anos!

(iii) Precedentes no CARF

Colaciona Acórdão 2301-00.502 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, relator Cons. Júlio César Vieira, que julgou o lançamento nulo porque considerou que a decisão do CRPS erroneamente apontou a possibilidade de refiscalização com base no art. 173, II, CTN quando o caso se direcionava para vício material, com isso também aplicou a Súmula 8 do STF para fundamentar a anulação por decadência:

"Processo nº 13502.00113412007-13

Recurso Voluntário nº 154.367

Acórdão nº 2301-00.502 — 3ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária

Sessão de 07 de julho de 2009

Matéria Decadência

Recorrente CARAÍBA METAIS S.A.

Recorrida SRP/SALVADOR/BA

Assunto Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de Apuração 01/02/1993 a 31/05/1998

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. DECADÊNCIA. VÍCIO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE

A falta de caracterização dos fatos geradores constitui vício material, do que resulta, em caso de prejuízo à defesa, em nulidade do Lançamento; portanto, inaplicável a regra do artigo 173, II do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido."

(...)

VOTO

(...) Pela leitura dos fundamentos, conclusão, decisório e ementa, o lançamento foi anulado por falta de caracterização da cessão de mão de obra. Também, não fez coisa julgada administrativa a qualificação do vício que a anulou como formal. Não há essa expressão em nenhuma parte do acórdão. Apenas se diz no corpo do voto vencedor que pode o órgão fiscalizador refazer o lançamento. Esta parte entendo que é apenas uma orientação. O CRPS não possui precedência hierárquica em assuntos administrativos, padecendo de competência para uma avaliação discricionária sobre a conveniência e oportunidade de se realizar novo lançamento ou não. Exame tipicamente decorrente do poder de polícia administrativa. É aceitável, embora não seja esse meu entendimento, que ao consignar a possibilidade de reconstituição do lançamento estar-se-ia implicitamente considerando que lançamento tenha sido anulado por vício formal. Mas, vejo aí duas razões principais para não se chegar à mesma conclusão: primeiro porque essa declaração de que novo lançamento pode ser realizado pode ter resultado justamente no entendimento de que o CRPS tivesse competência para isso; segundo porque essa declaração não tem constitui premissa ou fundamento para se chegar à conclusão e que o lançamento é nulo

(...) Por todo o exposto, não vejo com estender para o vício do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador a regra especial no artigo 173, II, mas tão somente as regras gerais nos artigos 150, §4º e 173, I do Código Tributário Nacional.

No presente caso, qualquer que seja a regra decadencial todo o período do lançamento está por ela alcançado. Portanto, voto pelo provimento do recurso.

(iv) da inocorrência do fato gerador apontado no NFLD

Entretanto, é cediço que a responsabilidade solidária nos casos de construção civil somente restou prevista a partir das

alterações promovidas pela Lei 9.528/97, ainda, igualmente cediço que no período ora cobrado — 07/94 — comportava o benefício de ordem, de modo que o crédito previdenciário deveria ter sido exigido, primeiramente, do dono da obra, o que não ocorreu no presente caso.

Cumpre consignar II Julgador que à época dos lançamentos a regra do benefício de ordem aplicava-se ao caso concreto, nos termos da dicção do artigo 31 da lei 8.212/91, antes da mudança ocorrida pela lei 9.528/97, que veio depois a afastar expressamente a aplicação do benefício de ordem.

É o que dispõe, inclusive a Súmula 126 do extinto TFR, aplicável à época do fato gerador, pela qual na cobrança de crédito previdenciário proveniente de contrato de construção de obra; o proprietário somente será acionado quando não for possível lograr do construtor através de execução contra ele intentada.

(v) Quanto à multa, reitera pela aplicação da norma mais benéfica em atendimento ao art. 106, CTN.

fls. 217. Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 217.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**Da regularidade da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a Terceiros.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado NFLD nº 37.054.699-7 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.054.699-7)

Lei nº 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.

IN MPS/SRP n.º 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das

contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

f. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

h. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

i. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

j. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

k. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“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.”

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

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.

Analisando-se o NFLD nº 37.054.699-7, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Faz-se necessário demonstrar aos Ilmos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que anulou a primeira NFLD (32.615.895-2) que foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente em razão dos vícios materiais identificados, que dizem respeito à própria existência da dívida, jamais se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.

(...) O equívoco havido na parte dispositiva do acórdão n. 2013/2003, que ensejou no lançamento ora combatido, salta aos olhos.

(iii) Precedentes no CARF

Analisemos conjuntamente os tópicos (i) e (iii).

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 63 a 75, com Anexo às fls. 76 a 102, a **presente NFLD nº 37.054.699-7, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lavrada em substituição à NFLD nº 35.521.631-0 de 30/12/2005, considerada nula através da Decisão-Notificação nº 04.401.4/0178/2006 emitida pela Auditora-Fiscal da Previdência Social Leonora Ramos Bastos em 13 de julho de 2006, em virtude de equívoco no relatório "Fundamentos Legais do Débito".**

A **NFLD 35.521.631-0**, por sua vez, tinha sido **lavrada em substituição à NFLD 32.615.895-2, com ciência do sujeito passivo em 21.01.1999**, anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão nº **002013, de 11/08/2003**.

Anote-se que **uma série de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.895-2, sendo que no corpo da decisão do**

Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN.

Inclusive, a mesma sistemática de anulação segue em relação ao Acórdão CRPS nº 2013, de 14.10.2003, referente à NFLD 32.615.895-2, anulado por vício formal:

(...)

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição - tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão (...)

Resta claro que na decisão do Acórdão CRPS nº 2013, de 11.08.2003, referente à NFLD 32.615.895-2, a referência expressa à possibilidade do INSS, a seu critério, refazer o lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN:

“Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério refaça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial - Inciso II, do Art. 173, do CTN.”

Neste sentido, **o art. 173, II, CTN expressamente** se refere ao período decadencial para a constituição do crédito tributário após **a anulação do lançamento por vício formal:**

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

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Portanto, **resta evidente que a decisão do CRPS expressamente apontou a anulação do Acórdão CRPS nº 2013, de 11.08.2003, por vício formal** de forma a possibilitar que a Fazenda Pública, a seu critério, promovesse novo lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN.

Outrossim, considero que o presente Recurso Voluntário não se reveste da instrumentalidade adequada para cassar ou rever decisões proferidas em sede do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.699-7, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu em 01/1995, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2000. Entretanto, o II. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 07 anos!

Analisemos.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 63 a 75, com Anexo às fls. 76 a 102, a **presente NFLD nº. 37.054.699-7, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007**, foi lavrada **em substituição à NFLD nº 35.521.631-0 de 30/12/2005**, considerada nula através da **Decisão-Notificação nº 04.401.4/0178/2006** emitida pela Auditora-Fiscal da Previdência Social Leonora Ramos Bastos **em 13.07.2006**, em virtude de equívoco no relatório "Fundamentos Legais do Débito".

A **NFLD 35.521.631-0**, por sua vez, tinha sido **lavrada em substituição à NFLD 32.615.895-2, com ciência do sujeito passivo em 21.01.1999**, anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão nº **002013, de 11/08/2003**.

O **período objeto da NFLD nº 37.054.699-7**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **03/1996 a 06/1998**.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 30.01.2007, às fls. 01.

Em relação à **NFLD substituída 32.615.895-2, não há decadência**:

- período objeto: 07/1994

- ciência da NFLD: 21.01.1999

Em relação à **lavratura da presente NFLD 37.054.699-7**, lançada em substituição à NFLD **35.521.631-0**, anulada em 13.07.2006 e que tinha sido **lavrada em substituição à NFLD 32.615.895-2** conforme o acórdão CRPS nº **002013, de 11/08/2003**, **obviamente não há decadência** do direito de constituição dos créditos ora lançados nos termos do artigo 173, II, CTN:

- data da anulação do Acórdão CRPS nº 2013: 11.08.2003;

- data da anulação da NFLD 35.521.631-0: 13.07.2006

- data da ciência da presente NFLD 37.054.699-7: 30.01.2007

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

NO MÉRITO

(iv) da inoccorrência do fato gerador apontado no NFLD

Entretanto, é cediço que a responsabilidade solidária nos casos de construção civil somente restou prevista a partir das alterações promovidas pela Lei 9.528/97, ainda, igualmente

cediço que no período ora cobrado — 07/94 — comportava o benefício de ordem, de modo que o crédito previdenciário deveria ter sido exigido, primeiramente, do dono da obra, o que não ocorreu no presente caso.

Cumpre consignar II Julgador que à época dos lançamentos a regra do benefício de ordem aplicava-se ao caso concreto, nos termos da dicção do artigo 31 da lei 8.212/91, antes da mudança ocorrida pela lei 9.528/97, que veio depois a afastar expressamente a aplicação do benefício de ordem.

É o que dispõe, inclusive a Súmula 126 do extinto TFR, aplicável à época do fato gerador, pela qual na cobrança de crédito previdenciário proveniente de contrato de construção de obra; o proprietário somente será acionado quando não for possível lograr do construtor através de execução contra ele tentada.

Analisemos.

A Recorrente, em sede de Impugnação, aduz que a solidariedade de que tratava o art. 30, VI, na redação original da Lei 8.212/1991, deveria ser interpretada juntamente com o art. 134, CTN:

***Lei 8.212/1991 - Art. 30.** A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)*

(...) VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou o condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor 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 (redação original);

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 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; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97)

Código Tributário Nacional –CTN - Art. 134. *Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:*

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Em relação à argumentação da Recorrente em sede de Recurso Voluntário, conforme já ressaltado pela decisão de primeira instância, a responsabilidade solidária prevista no art. 30, VI, Lei 8.212/1991 se coaduna com o previsto no art. 124, II, CTN, pois tem-se aqui a solidariedade de pessoas expressamente as pessoas expressamente designadas por lei.

Desta forma, embora a redação original do art. 30, VI, Lei 8.212/1991 não contenha a expressão “não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem“, a correta interpretação deste art. 30, VI, Lei 8.212/1991 (na redação original) combinado com o art. 124, II, CTN evidencia que a fiscalização prévia do prestador do serviço não se faz necessária.

CTN - Art. 124. *São solidariamente obrigadas:*

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Entretanto, conforme já ressaltado pela decisão de primeira instância, a responsabilidade solidária na construção civil prevista no art. 31, VI, Lei 8.212/1991 se coaduna com o previsto no art. 124, II, CTN, pois tem-se aqui a solidariedade de pessoas expressamente as pessoas expressamente designadas por lei, evidenciando que a fiscalização prévia do prestador do serviço não se faz necessária.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

(v) Quanto à multa, reitera pela aplicação da norma mais benéfica em atendimento ao art. 106, CTN.

Analisemos.

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule o valor da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Redator Designado

Como afirmado anteriormente no corpo do voto, o crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 07/1994:

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de 07/1994.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 30.01.2007, às fls. 01.

Ademais, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 63 a 75, com Anexo às fls. 76 a 102, a **presente NFLD nº. 37.054.699-7, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007**, foi lavrada **em substituição à NFLD nº 35.521.631-0 de 30/12/2005**, considerada **nula através da Decisão-Notificação nº 04.401.4/0178/2006** emitida pela Auditora-Fiscal da Previdência Social Leonora Ramos Bastos **em 13 de julho de 2006**, em virtude de equívoco no relatório "Fundamentos Legais do Débito".

A **NFLD 35.521.631-0**, por sua vez, tinha sido **lavrada em substituição à NFLD 32.615.895-2, com ciência do sujeito passivo em 21.01.1999**, anulada por decisão do CRPS conforme **o acórdão nº 002013, de 11/08/2003**.

No caso concreto, conforme citação abaixo, se observa que o Ilustre Relator tomou como conclusiva para o seu voto, a parte final da decisão que anulou a NFLD **32.615.895-2**, conforme o **Acórdão nº 002013, de 11/08/2003**, do CRPS:

“ Como pode se depreender do texto acima, a anulação teve por base o inciso II, do artigo 173 do CTN, abaixo transcrito

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

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

A contagem do prazo decadencial então é a partir da data em que se tornou definitiva a decisão que anulou, por vício formal, o lançamento, isto é, 01/11/2003.

O contribuinte tomou ciência do lançamento deste processo em 30/12/2005. Constata-se que não se operou a decadência.

Inicialmente, em 18/12/98, o crédito foi constituído por meio da NFLD 32.616.012-4, que foi anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão nº 000218, de 31/10/2003. ”

Sustentado, como afirmou, pela parte final do Acórdão, entendeu que estava diante de uma nulidade por vício formal, e assim, compulsoriamente, teve que seguir a dicção do referido artigo 173, II do CTN para efetuar as contas quinquenais sobre a decadência e, por consequência, negar provimento.

Recente Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, aduz que :

“ (...)

o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem

o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes) ”

Analisando-se todo o desenvolvimento e estrutura lógica do arrazoado do CRPS sobre a infração em tela, se infere que, contrariamente a conclusão sobre ter havido vício formal, o que restou demonstrado é que ocorreu vício material posto que fora por falta de motivação e conseqüente cerceamento de defesa que a referida NFLD fora anulada. Senão vejamos :

Relevante observar que CRPS declarou nula a NFLD em comento nos seguintes termos:

“ O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição — tese da terceirização, e dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações, do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério re faça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe à autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere ao prazo decadencial — Inciso II, do Art. 173, do CTN.(grifei)(novos grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulado o Acórdão nº 02/002757/2002, da 2ªCaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto acima apresentado.

Isto posto, é nesse ponto que ousou divergir do Ilustre Conselheiro Relator, que diante daquela colocação final, a meu juízo, desarrazoada e descontextualizada, face a ausência de nexos com todo o corpo do texto, concluiu que a NFLD fora anulada por vício formal.

A generalidade, subjetividade e a falta de motivação observadas pelo CRPS, vícios tipicamente materiais, prejudicaram, diretamente, os atos posteriores provocando cerceamento de defesa razão pela qual fora declarada a nulidade daquele lançamento:

*“Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa...”
(grifei)*

A inserção do artigo 173, II do CTN na parte final do arrazoado, contrariou frontalmente todo desenvolvimento do texto o que faz crer que tal colocação tenha sido inserida por equívoco.

A Lei 5.172, Código Tributário Nacional – CTN, artigo 142 contém previsão da obrigatoriedade de se demonstrar claramente a ocorrência do a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e determinar a matéria tributável :

(...)

“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.”

Exortando novamente o Acórdão, de nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008, da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes se demonstra configurado o vício material quando há equívocos na construção do lançamento contrariando o exigido no artigo 142 do CTN:

“O vício material ocorre quando o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015

IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)”

Quando a descrição do fato, como assevera o CRPS no caso presente, 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. É o que a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes denomina de **vício material**:

“ (...) ”

RECURSO EX OFFICIO – NULIDADE DO LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, são elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula; a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...) ”

(7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso nº 129.310, Sessão de 09/07/2002)

*Por sua vez, o **vício material** do lançamento ocorre quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação fiscal e/ou auto de infração. Diz respeito ao conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.*

Desse modo, restando demonstrada a ocorrência de vício material do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador, tal como o supra descrito pelo CRPS, não vejo como aplicar a regra especial no artigo 173, II.

Portanto, em não se cogitando de aplicação do artigo 173, II do CTN, resultaria discutir sobre qual artigo do Código Tributário Nacional - CTN deva ser aplicado, o 173, I ou 150, §4º.

Entretanto, considerando que o período levantado ocorreu em 07/1994 cuja notificação fora efetivada ora **em 30/01/2007 pela presente NFLD nº. 37.054.699-7**, ora **em 30/12/2005 pela substituída NFLD nº 35.521.631-0**, vejo como dispensável discutir já que qualquer que seja a regra decadencial tal interregno restara completamente alcançado.

Processo nº 13502.001356/2008-17
Acórdão n.º 2403-01.214

S2-C4T3
Fl. 233

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por reconhecer a preliminar de decadência das contribuições apuradas e DAR PROVIMENTO ao recurso para declarar decadentes as contribuições apuradas no período 07/1994 por qualquer que seja a regra decadencial.

Ivacir Júlio de Souza - Redator Designado.