



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

Processo nº 14041.000160/2009-23
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.673 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente VIA ENGENHARIA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1996 a 31/12/1999

PREVIDENCIÁRIO.INTIMAÇÃO. PRAZO PARA INTIMAÇÃO. DECADÊNCIA LANÇAMENTO. FATO GERADOR. ERRO REGRA-MATRIZ. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

Na forma do inciso II do art. 3º da Lei nº 9.784, de janeiro de 1999, o administrado tem direito a ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas. No art. 28 do mesmo diploma legal, o Legislador assegurou ainda, que devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

A entrega eficaz da intimação ao contribuinte também se submete ao Instituto da Decadência.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado.

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

Quando a descrição do fato gerador não se amolda à regra-matriz, sendo insuficiente para a certeza absoluta de sua ocorrência, carente de elemento necessário para gerar obrigação tributária e a constituição do crédito, o lançamento se encontra maculado por vício material.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer a decadência da totalidade do crédito tributário com base na regra do artigo 173, II, do CTN.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Ivacir Julio de Souza, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro Marcelo Magalhães Peixoto, Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elva e Daniele Souto Rodrigues.

Relatório

Li o Relatório produzido pela instância a quo, compulsei com os autos, inseri o registro de que o solidário não foi intimado e não apresentou impugnação, com grifos de minha autoria, abaixo o reproduzo:

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP, lavrado em nome do contribuinte em epígrafe, sob DEBCAD nº 37.210.015-5, em 03/02/2009, no qual foram incluídas as contribuições incidentes sobre a remuneração paga a segurados (cota patronal e cota destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho), além dos juros e multa correspondentes, totalizando o crédito tributário no valor de R\$ 27.866,36. O período fiscalizado é de 03/1996 a 03/2001, sendo que o lançamento abrange a(s) competência(s) 03/1996 a 02/1999.

O Relatório Fiscal de fls. 28/36 informa que o presente lançamento é realizado em substituição as Notificações de Lançamento de Débito - NFLD, nº 35.019.609-5 e 35.019.608-7, lavradas em nome do contribuinte Via Engenharia S/A. Referidas notificações foram anuladas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS por erro de fundamentação legal.

A anulação das NFLD'S mencionadas foi cientificada à Via Engenharia S/A a partir de 18/02/2004, de forma, que, considerando o disposto no artigo 173, II, do CTN, a Fazenda Pública pode constituir o crédito em epígrafe em até 5 anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Nas notificações julgadas nulas considerou-se a existência da responsabilidade solidária entre os prestadores (e sub-empregadores) e o tomador de serviços por cessão de mão-de-obra (Via Engenharia S/A), diante da ausência de recolhimentos pelos prestadores e em razão de o tomador não ter apresentado os documentos de elisão da responsabilidade solidária (folha de pagamento, GFIP, GRPS/GPS, etc).

As NFLD foram julgadas nulas por erro de fundamentação legal, já que estavam amparadas somente no artigo 30, VI da Lei 8.212/91, e deveriam, no caso de solidariedade de sub-empregada, estar fundamentadas também no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional -CTN. Isto porque o artigo 30, VI, da Lei 8.212/91, à época do período lançado, não tratava de sub-empregada, tratando apenas de cessão de mão-de-obra. Assim, para aquela parcela do debito, a fundamentação legal seria a aplicação da solidariedade em razão da existência de

interesse em comum na situação que constitui o fato gerador, prevista no artigo 124, I, do CTN.

O Relatório Fiscal informa ainda que os fatos geradores foram verificados mediante análise dos seguintes elementos: Livros Diário e Razão, Notas Fiscais de serviço/faturas, Contratos de prestação de serviços, Folhas de Pagamentos e Guias de recolhimento de prestadores de serviço/sub-empregados, contas correntes de prestadores de serviço/sub-empregados, Declarações de existência de contabilidade formalizada dos prestadores de serviço/sub-empregados, apresentados pela empresa Via Engenharia S/A na ocasião da lavratura das NFLD substituídas.

Nas NFLD substituídas também consta planilha, na qual foram relacionados os pagamentos de faturas/notas fiscais de prestadores de serviço de mão-de-obra e sub-empregadas, contendo informações referentes à data do pagamento, conta em que foi efetuado o lançamento, centro de custo, valor da nota fiscal/fatura, observações sobre o serviço prestado, número da nota fiscal/fatura, prestador de serviço/CNPJ, percentual aplicado sobre o valor da nota fiscal, salário de contribuição apurado, abatimento de eventuais salários de contribuição contidos em guias apresentadas e salário de contribuição do débito apurado.

A empresa Via Engenharia S/A foi intimada a apresentar as Guias de Recolhimento e folhas de pagamento ou GFIP referentes aos pagamentos constantes da planilha, com fins de elidir a responsabilidade solidária. Também foi oportunizada a referida empresa a apresentação de outros elementos, caso discordasse dos percentuais aplicados para efeitos de aferição do salário de contribuição.

Em análise dos contas-correntes dos prestadores de serviços, verificou-se que a maior parte não apresentava recolhimentos compatíveis com os serviços prestados e outros sequer apresentavam recolhimento.

Não foram incluídos para efeito de aferição indireta os prestadores de serviços que apresentaram recolhimento compatível com os valores das notas fiscais/faturas, desde que a natureza dos mesmos permitia a apresentação de uma guia de recolhimentos genérica com recolhimento englobado no CGC/CNPJ, e os prestadores de serviços que, mesmo tendo apresentado guia de recolhimento com valor inferior ao previsto, apresentaram declaração de contabilidade firmada pelo responsável pela empresa e pelo contador. Por fim, foram abatidos do débito os recolhimentos efetuados por aqueles prestadores que apresentaram recolhimentos inferiores e não houve apresentação de declaração de contabilidade.

Na substituição dos débitos anulados, foram excluídos os períodos em que as prestadoras de serviço eram optantes pelo SIMPLES e os levantamentos atinentes a prestadores de serviço que, no período, tiveram seus débitos incluídos no REFIS.

Portanto, diante da não elisão da responsabilidade solidária, o presente débito foi apurado por aferição indireta, sendo que o

salário de contribuição foi calculado aplicando percentuais sobre os valores das notas fiscais/faturas, conforme detalhado as fls. 24/25 dos autos.

No que concerne a responsabilidade solidária, o Relatório Fiscal acrescenta que, conforme artigo 896 do Código Civil, a mesma não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes. No caso, o arbitramento pelo faturamento para apurar a base de cálculo das contribuições previdenciárias, na hipótese de fiscalização de prestadores de serviços mediante cessão de mão-de-obra, está previsto no artigo 33 da Lei 8.212/91. O procedimento previsto no diploma legal foi detalhado, na época do lançamento, na OS/INSS/DAF nº 176/1997 e, antes, pela OS/INSS/DAF nº 83/1993.

Para o período anterior a vigência da Lei 9.528/97, a solidariedade de débitos de sub-empregados está fundamentada no artigo 124, inciso I, do Código Tributário Nacional. A partir da Lei 9.528/97, o fundamento legal da solidariedade de débitos de sub-empregados passa a ser o artigo 30, inciso VI, da Lei 8.212/91.

Em relação a. solidariedade de débitos de empresas contratantes de serviços por cessão de mão-de-obra, seu fundamento legal, para os fatos geradores ocorridos até 01/1999, é o artigo 31 da Lei 8.212/91.

Consta, às fls. 37/38, Termo de Sujeição Passiva Solidária, cientificado em 12/02/2009 ao sujeito passivo solidário Nicodemos Bezerra de Lima ME, 01.030.830/0001-24, conforme documento de fls. 39, juntamente com o Auto de Infração sob comento.

DA IMPUGNAÇÃO

Não consta nos autos confirmação de recebimento de intimação do devedor solidário NICODEMOS BEZERRA DE LIMA-ME - CPF - 01.030.830/0001-24 e tampouco impugnação.

A empresa Via Engenharia S/A apresentou defesa na qual alega, em síntese:

- que, no presente caso, aplica-se a Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal - STF, segundo a qual são inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que conferiam o prazo decadencial e prescricional de 10 anos.

*- que as decisões que anularam as NFLD's anteriores por vício formal se tornaram definitivas em **31 de outubro de 2003**, uma vez que da decisão não cabiam mais recursos;*

*- que as decisões de nulidade se tornaram definitivas nas datas em que foram **prolatadas, visto serem irrecorríveis**, conforme informa a carta de ciência enviada ao impugnante em fevereiro de 2004;*

- que como não cabiam mais recursos dos acórdãos, eles se tornaram definitivos na data em que foram proferidos, 31/10/2003, de forma que o prazo para substituição das NFLD esgotou-se em 30 de outubro de 2008;

- que os fatos geradores ocorreram no período de 1996 a 1999 e **que as NFLD anuladas foram lançadas apenas contra o devedor solidário e não contra o contribuinte.** Dessa forma, não pode haver lançamento contra o contribuinte relativo a período superior ao período de 5 anos.

- **que, se o crédito não pode ser constituído contra o contribuinte, não há solidariedade a ser exigida no presente caso;**

- que não é possível a aferição indireta contra a impugnante, uma vez que sua contabilidade é regular e não há, no caso, pela legislação em vigor ao tempo dos fatos geradores, solidariedade em obrigação acessória;

- **que não pode haver cobrança de multa contra devedor solidário;**

- que as NFLDs foram anuladas por vício formal, e que, portanto, deveriam ser substituídas em 5 anos contados da data em que se tornaram definitivas as decisões de nulidade;

- que as decisões de nulidade se tornaram definitivas na data em que foram prolatadas, e não na data da ciência ao contribuinte, pois que, das mesmas, não cabiam mais recursos, conforme exposto na carta de intimação enviada ao contribuinte;

- que, como as decisões foram proferidas em 31 de outubro de 2003, a contagem do prazo previsto no inciso II do artigo 173 do CTN deve ser iniciada nesta data;

- que, como o presente auto de infração foi lançado em 3 de fevereiro de 2009, neste momento o crédito já havia decaído;

- **que os créditos encontram-se decaídos, também, em razão da ausência de lançamento, até a data de 3 de fevereiro de 2009, em relação ao contribuinte do tributo;**

- **que os créditos anteriormente discutidos foram lançados somente em nome da ora impugnante, mera responsável tributária, e que somente em 2009 houve o lançamento contra o contribuinte;**

- que, assim, o crédito tributário só foi constituído contra o contribuinte em 2009, estando decaído pelo decurso de mais de 10 anos desde a data dos fatos geradores (1996 a 1999);

- **que, estando decaído o crédito em relação ao contribuinte, inexistente obrigação tributária, estando o crédito decaído também em relação ao sujeito passivo solidário, ora impugnante.**

- que não possui o credor solidário a obrigação de manter em sua contabilidade as folhas de pagamento ou registro de documentos relativos a funcionários das empresas que contrata;

- **que o artigo 148 do CTN limita o cálculo do tributo por**

arbitramento em caso de apresentação de esclarecimentos ou documentos que não mereçam fé, o que não é o caso dos autos;

- que o arbitramento só pode ser utilizado mediante a desclassificação de documentos ou da contabilidade da empresa, o que não foi feito no presente caso;

- que o devedor solidário não é responsável pelo pagamento de contribuições devidas a terceiros, conforme artigo 22 da Instrução Normativa nº 18, de 11 de maio de 2000;

- que é incabível a cobrança de multa, que possui caráter punitivo, e não moratório, a qual deve ser imposta ao contribuinte, conforme decisões judiciais citadas;

Ao final, requer seja o lançamento julgado nulo, reconhecendo-se a decadência do crédito, por ter sido lançado depois de decorridos 5 anos da decisão que anulou o lançamento anterior, por ter decaído o crédito em relação ao contribuinte, inexistindo obrigação tributária; e também seja declarado nulo o lançamento em razão da impossibilidade de utilização da aferição indireta assim como seja declarada nula a cobrança da multa."

Não tendo sido intimado, o contribuinte solidário não apresentou impugnação.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Colacionado às fls. 75, na forma do Acórdão de nº 03-35.291, a 7ª Turma da Delegada da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília (DF) - DRJ/BSB, em 28 de janeiro de 2010, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Não há Recurso do devedor solidário NICODEMOS BEZERRA DE LIMA-ME - CPF - 01.030.830/0001-24.

Às fls. 89, a Autuada interpôs Recurso Voluntário onde em síntese argüiu a decadência alegando que :

*"no presente caso, o prestador dos serviços (contribuinte) teve sua dívida perdoada, uma vez que mesmo vigorando a tese de que as decisões tributárias só se tornam definitivas com a publicação/notificação, este não foi notificado. Como ressalta o acórdão administrativo, a União escolheu cobrar o crédito apenas da recorrente, perdoando os prestadores de serviços, concedendo a estes últimos a remissão do crédito tributário. O CTN, em seu artigo 125, inciso II, é claro em afirmar que a remissão dos créditos tributários **exonera todos os coobrigados**.*

É claro o acórdão no sentido de que a não notificação dos demais contribuintes foi escolha da União. Assim, a decadência,

que nesse caso equivale de fato(materialmente) a remissão, do crédito tributário para os demais co-obrigados aproveita ao recorrente, conforme disposição expressa de lei.”

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza - Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme documento de fls. 101, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PRELIMINARES

DA DECADÊNCIA

Na forma do documento de fls.02, o Auto de Infração tem como sujeito passivo empresa a Via Engenharia e como solidário empresa individual, na pessoa física CPF 01.030.830/0001-24 , NICODEMOS BEZERRA DE LIMA-ME.

Às fls 04, intimada por Aviso de Recebimento-AR datado de 18/02/2009, se observa que a autuada fora notificada mas, embora alguns procedimentos preparativos, não consta a efetiva intimação do solidário. Assim é que, não obstante às fls 42, no **Termo de Ciência aos Sujeitos Passivos Solidários** se registre que estes teriam sido notificados mediante Aviso de Recebimento – AR, não constam dos autos o referido documento de confirmação de entrega da notificação.

Às fls.30 no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF , emitido em 03.09.2009, com base no registro no campo informações complementares se faz **lícito depreender que o solidário , de fato , não fora intimado:**

“Informações Complementares:

Esta fiscalização trata dos créditos previdenciários ainda não decaídos incluídos nas Notificações Fiscais de Lançamento de Débito -NFLDs 35.019.609-5 e 35.019.608-7 (Notificações realizadas ao contribuinte Via Engenharia S/A) julgadas nulas, por erro de fundamentação legal, pelo Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS.”

Na forma da Lei nº 9.784 , de janeiro de 1999, estabeleceram-se normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Assim o art. 1º, § 2º, X da Lei em apreço, entre outros , garante ao contribuinte direitos à comunicação :

“§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de

recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; ”

Cumpre trazer à lume que no Relatório Fiscal exortaram-se a condição de solidários aos contribuintes em comento em razão de a Autoridade autuante ter se convencido de que “ restou caracterizada a **sujeição passiva** solidária nos termos do **art. 124** da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), *verbis*:

“Art. 124. São solidariamente obrigadas:

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

Se restara entendido que ambos contribuintes tinha interesse comum, no mesmo diapasão encimado, os arts. 3, II e 28 da Lei 9.784/99 que tratam da ciência ao contribuinte deveriam ser compulsoriamente observados , *verbis*:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.”

O lançamento é um procedimento administrativo que se inicia com a ação fiscal até a notificação do lançamento ao sujeito passivo.

Não se tem dúvidas que no caso de solidariedade a notificação da autuação aperfeiçoa com a intimação de todos os coobrigados. Neste sentido, considerando que o encerramento da ação se deu conforme o Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, emitido em 03.09.2009 colacionado às fls. 30, **determinar retorno dos autos em diligência para intimar o devedor solidário** apenas formalizaria a evidente decadência do lançamento dado que distante há mais de cinco anos da data do lançamento, resta precluso até mesmo o direito potestativo da Administração de exigir o crédito tributário. Desse modo, por economia processual não irei requerer diligência para notificação do contribuinte solidário por entender que, nas circunstâncias, formalizar a intimação é inócuo em razão de o lançamento já ter **sucumbiu ao INSTITUTO DA DECADÊNCIA**.

Ressalte-se, por relevante, que não constam dos autos peças de Impugnação e Recurso Voluntário do devedor solidário CPF 01.030.830/0001-24, NICODEMOS BEZERRA DE LIMA-ME.

Assim, em razão de o lançamento não ter sido aperfeiçoado pela notificação, nos prazo definido na forma do inciso II do art. 173 do CTN, este fora alcançado pelo Instituto da DECADÊNCIA,*verbis* :

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

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

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

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento"

CONCLUSÃO II

Conheço do Recurso para EM PRELIMINAR DAR PROVIMENTO AO RECURSO em razão do lançamento ter sido alcançado pelo Instituto da DECADÊNCIA por não observar os prazos previstos no inciso II do art. 173 do Código Tributário Nacional - CTN

É como voto

Ivacir Júlio de Souza.