



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

Processo n° 14041.000168/2009-90
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° 2403-002.284 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente VIA ENGENHARIA S/ A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/09/1998

PREVIDENCIÁRIO.DECADÊNCIA.RECONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANULADOS POR VÍCIO FORMAL.TERMO INICIAL DE CONTAGEM.

Ocorre a decadência do direito de reconstituir o lançamento anulado por vício formal na hipótese de na se observar o comando do art. 173 do código Tributário Nacional - CTN, que estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado considerando a data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA.DOCUMENTAÇÃO DISPONÍVEL. AFERIÇÃO INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE

O comando do § 2º do art. 31 da Lei 8.812/91, define que entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação do segurado da contratada à disposição do contratante. Neste sentido, para caracterizar que houve a cessão de mão de obra, há que restar provado que o empregado da contratada esteve , integralmente, à disposição da empresa contratante. De posse de toda documentação que suporte a ocorrência dos serviços prestados na modalidade, descabem meras conjecturas para motivar aferir as incidência de forma indireta.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em preliminar, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer a decadência total por qualquer critério do CTN.

CARLOS ALBERTO MEES SRINGARI - Presidente.

IVACIR JÚLIO DE SOUZA - Relator.

EDITADO EM: 07/11/2013

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

A instância a quo produziu o Relatório abaixo transcrito que li, compulsei com os autos e, com grifos de minha autoria, adoto:

*“ Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal - ATOP, lavrado em nome do contribuinte em epígrafe, sob DEBCAD nº 37.210.023-6, em 03/02/2009, no qual foram incluídas as contribuições previdenciárias 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\$ 55.732,01. O período fiscalizado é de 03/1996 a 03/2001, sendo que o lançamento abrange a(s) competência(s) **10/1996 a 12/1996 e 06/1998 a 09/1998**.*

*O Relatório Fiscal de fls. 22/30 informa que o presente **lançamento é realizado em substituição às Notificações de Lançamento de Débito - NFLD, ri 0 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 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 subempreiteiros) 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 subempreitada, estar fundamentadas também no artigo 124, I, do Código Tributário Nacional - CTN. Isto porque o artigo 30, VI, da Lei 8.212/91, a época do período lançado, não tratava de subempreitada, tratando apenas de cessão de mão-de-obra. Assim, para aquela parcela do débito, 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/subempreiteiros, contas correntes de prestadores de serviço/subempreiteiros, Declarações de existência de contabilidade formalizada dos prestadores de serviço/subempreiteiros, 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 subempreiteiras, contendo informações referentes a 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 conta-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 recolhimento 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 nas planilhas anexadas pela autoridade fiscal.

No que concerne à 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 subempreiteiros 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 subempreiteiros passa a ser o artigo 30, inciso VI, da Lei 8.212/91.

Em relação à 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. 31/32, Termo de Sujeição Passiva Solidária, cientificado em 11/02/2009 ao sujeito passivo solidário CARLOS ROBERTO FRANCO TIBÚRCIO — representando de Franco Prestação de Serviços Ltda, CPF 187.546.866 -87, conforme documento de fls. 33, juntamente com o Auto de Infração sob comento.

*Em 18 de março de 2009, a empresa **Via Engenharia S/A** apresentou defesa tempestiva, na qual resume em algumas páginas o procedimento e o lançamento fiscal, e 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 anteriores por vício formal se tomaram definitivas em 31 de outubro de 2003, uma vez que da decisão não cabiam mais recursos;

- que as decisões de nulidade se tomaram 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 tomaram 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 NFLD anteriores foram anuladas por vício formal, e que, portanto, deveriam ser substituídas em 5 anos contados da data em que se tomaram 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 H 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.

Em 09/03/2009, a empresa **Franco Prestação de Serviço Ltda** apresentou **impugnação**, anexada às fls. 67/70 dos autos, na qual alega:

- a modificação do artigo 31 da Lei 8.212/91, promovida pela Lei 9.711/98, alterou a sistemática de recolhimento da contribuição previdenciária, de forma que o tomador de serviços passa a ser substituto tributário, ou seja, o tomador dos serviços é obrigado a reter e recolher a contribuição previdenciária;

- que a impugnante ultimou todo o recolhimento que lhe competia, não sendo razoável que seja novamente compelida a recolher contribuição retida pela tomadora.

Anexa GRPS das competências 01/1996, 03/1996, 02/1996, 04/1996, 11/1995 e 12/1995.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.101, a 7ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Brasília - (DF) - DRJ/BSB, em 11 DE novembro de 2010, exarou o Acórdão nº 03-40.170 onde na conclusão não deram provimento às alegações do impugnante.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.84, onde reiterou as razões de impugnação . Não existe recursos de devedores solidários.Não constam recursos de contribuintes solidários.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 125, o Recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Na forma dos documentos colacionados às fls. 46 a 49 , os acórdãos que reconheceram a nulidade do crédito lançado foram exarados em última instância e prolatados em **31/10/ 2003**.

A notificação do contribuinte **não ocorreu no mesmo ano de 2003** mas sim no ano seguinte em **18/02/ 2004**. Cumpre observar que tal hiato concorreu “ *in pejus*” para o contribuinte beneficiando a Administração tendo em vista que o comando do art. art. 173 em que se pautou a instância a quo, define que direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados - **do primeiro dia do exercício seguinte** àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim ao levar a notificação para o ano de 2004, a Administração, voluntária ou involuntariamente, beneficiou-se com a postergação da contagem do tempo para o exercício seguinte com início em 01/012005 expandida pois em mais um ano para o fisco rever o lançamento anulado.

É certo que o contribuinte - nas circunstâncias , elemento hipossuficiente na relação sujeito ativo/passivo - não tendo dado causa ao prazo para notificar não pode ser vitimado pelas condições adversas lhes impostas.

Também é relevante notar que as decisões sobre os acórdãos anulados foram tomadas em última instância descabendo interposições de novos recursos. Tal cenário faz lícito o entendimento de que, a notificação - embora ato formal exigível que aperfeiçoa o “*decisium*”- assumiu contornos “*pro forma*” em virtude de ser definitiva condição prolatada nos acórdãos que não admitia interpor novos recursos.

Isto posto, a questão de fundo é estabelecer qual data deva ser observada para dar início para a contagem do prazo decadencial para constituição de novos lançamentos substitutos.

Nas circunstâncias cumpre trazer à lume que a intenção do legislador nunca foi a de penalizar os contribuinte com as mais pesadas imputações. Tal vislumbre fica claro na medida em que no preceituado no inciso II , do art. art. 112 do Código tributário Nacional – CTN, determinou-se que tratando de **dúvidas** quanto à natureza ou **às circunstâncias materiais do fato**, ou **à natureza ou extensão dos seus efeitos**, interpreta-se o Códex da maneira mais favorável ao acusado:

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, verbis :

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

É de se ressaltar que andou bem a primeira instância ao exortar o princípio da publicidade dos atos administrativos. Entretanto, ao respaldar sua decisão de negar a ocorrência da decadência em razão do comando do inciso II do art. 173 do Código tributário Nacional – CTN, pautada na data **em que foi postado o aviso da decisão sobre a nulidade dos lançamentos**, além de deixar de observar os sobreditos fatos traduziu precária motivação.

No Relatório Fiscal de fls 23, a Autoridade autuante registrou no item 2 que a data da notificação dos lançamentos anulados se ocorrera A PARTIR de 18/02/2004 com base em que a CARTA encaminhada pelo INSS fora postada na referida data, *verbis*:

“2. Cumpre observar que a ciência a Via Engenharia S.A da anulação das NFLDs mencionadas ocorreu a partir de 18/02/2004:- (data da carta encaminhada pelo INSS/Serviço de Or. Gerenciamento de Recuperação de Créditos).”

Relevante notar que no Relatório Fiscal de primeira instância, o I. Relator , pautando-se neste informe, esposou a condição e aduziu que : “ A anulação das NFLD mencionadas foi cientificada à Via Engenharia S/A **a partir de 18/02/2004..** ”. Entretanto a ementa contradiz a forma como conduziu o voto, *verbis*:

“A decisão administrativa só pode ser considerada definitiva após a devida cientificação ao interessado, em obediência ao princípio da publicidade dos atos administrativos.”

Compulsório ressaltar que a notificação efetuada nos termos supra não se aperfeiçoou tendo em vista na forma do comando do § 2º , do art. 23 do Decreto 70.235/72, considera-se feita a intimação na data da ciência do contribuinte e não da simples postagem, *verbis*:

“ § 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;”

De tudo que foi exposto, considerando que na forma do inciso II do art. 173 do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados - **do primeiro dia do exercício seguinte** àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sabendo-se que a data das decisões definitivas ocorreu em 31/10/2003, o termo fatal para lançar de novo os créditos anulados, repousa na competência 10/2008.

Isto posto, tendo o Aviso de Recebimento de fls. 03 registrado que a notificação dos novos lançamentos ocorreu em 18/02/2009 traduziu-se intempestiva a constituição dos créditos ora em comento em razão de fulminados pelo Instituto da Decadência.

De tudo que foi exposto, o crédito constituído no lançamento em comento, encontra-se fulminado pelo Instituto da Decadência por qualquer dos critérios estabelecidos no Código Tributário Nacional – CTN.

Na hipótese de este Colegiado não esposar o entendimento do relator, passo ao enfrentamento do mérito.

DO MÉRITO

DA CESSÃO DE MÃO DE OBRA E DA AFERIÇÃO INDIRETA

O texto original, na forma da redação dada pela Lei nº 9.129, de 1995 contemplava no § 2º do art. 31 da Lei 8.812/91 os fatos geradores ocorridos nas competências 05/96 a 11/96 do lançamento em comento definindo que entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação do segurado da contratada **à disposição do contratante**. Neste sentido, para caracterizar que houve a cessão de mão de obra, há que restar provado que o empregado da contratada esteve, integralmente, à disposição da empresa contratante, *verbis*:

“ § 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (redação dada pela Lei nº 9.129, de 1995) “

No item 5 do Relatório Fiscal de fls. 22, a Autoridade autuante registra que procedera ao lançamento por **aferição indireta** na forma do abaixo transcrito:

*“5. As contribuições mencionadas do item anterior foram calculadas mediante **aferição indireta**, considerando-se como salário de contribuição os valores obtidos pela aplicação de percentuais sobre **os valores de notas fiscais de serviço/faturas emitidas por sub-empreiteiras e prestadores de serviço por cessão de mão-de-obra que prestaram serviços à Via Engenharia e não efetuaram os devidos recolhimentos e não apresentaram à Tomadora de Serviços os documentos de elisão da responsabilidade solidária (Folha de Pagamento, GFIP, GRPS/GPS etc).***

No item 9 do sobredito Relatório Fiscal registram-se que a identificação dos fatos geradores foi realizada a partir da verificação dos documentos abaixo :

*“9 **A identificação dos fatos geradores foi realizada a partir da análise da documentação apresentada pela empresa Via Engenharia S.A na ocasião da lavraturas das NFLDs ora substituídas, a saber :***

- *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/subempreiteiros;*
- *Contas correntes de prestadores de serviço/subempreiteiros;*
- *Declarações de existência de contabilidade formalizada dos prestadores de serviço/subempreiteiros;*

10. Para a identificação dos fatos geradores fora elaborada uma planilha, inserida nas notificações ora substituídas, onde foram relacionados os pagamentos atinentes a faturas/notas fiscais efetuados a prestadores de serviço de cessão de mão de obra e subempreiteiras, com os seguintes dados:

- *Data de pagamento;*
- *Conta em que foi efetuado o lançamento;*
- *C.C.- Centro de Custo em que o serviço foi prestado;*
- *Valor da Nota Fiscal de Serviço/Fatura em moeda da época;*
- *Observações sobre o serviço prestado;*
- *Número da Nota Fiscal de Serviço/Fatura;*
- *Prestador de Serviço/CNPJ;*
- *Percentual aplicado sobre o valor da Nota Fiscal de Serviço/Fatura;*
- *Salário de Contribuição apurado sobre o valor da Nota Fiscal de Serviço/Fatura;*
- *Abatimentos de eventuais salários de contribuição contidos em guias apresentadas;*
- *Salário de Contribuição do debito apurado.*

11. A planilha em questão foi apresentada à empresa Via Engenharia S.A mediante TIAD - Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, para que a mesma apresentasse as Guias de Recolhimento correspondentes, bem como as folhas de pagamento ou GFIPs, para elidir-se da responsabilidade solidária, conforme dispõe a legislação pertinente.” (grifos de minha autoria)

Muito embora a Autoridade autuante tenha registrado que vira os Livros Diário e Razão, as Notas Fiscais de serviço/faturas e os Contratos de prestação de serviços, bem como afirma que teria produzido uma planilha apresentada em TIAD, NENHUM desses elementos resta colacionado nos autos. Sequer os números dos registros dos Livros Diário e Razão foram informados. **Impossível estabelecer o contraditório na forma genérica da inversão do ônus da prova.**

Reiterando que trazia na forma do § 2º do art 31 com a redação dada pela Lei nº 9.129, de 1995 entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação dos segurados da contratada **à disposição do contratante**. Neste sentido , para caracterizar que houve a cessão de mão de obra, tendo a Autoridade autuante lido e analisado os contratos realizados com as prestadoras bem como notas fiscais dos serviços prestados, para fazer prova e tornar clara a

motivação o objeto dos contratos deveria ter sido destacado com enquadramento destes nas no rol das atividades sujeitas à cessão de mão de obra. Isto feito não haveria que se falar em AFERIÇÃO INDIRETA que uma vez dispondo dos elementos probantes restaria indubitável que os empregados das prestadoras estiveram, integralmente, à disposição da empresa contratante.

Ao afirmar que a empresa dispusera toda a documentação registradas no item 9 do Relatório Fiscal, e ainda pelo fato de não se observar nos autos reiterados pedidos de documentação não atendidos apresenta-se precária a motivação para constituir o lançamento por aferição indireta.

O lançamento do débito por arbitramento, por ser medida extrema, só deverá ser utilizado quando for sistemática a negativa da empresa em apresentar a documentação. O débito arbitrado, dado sua natureza, deverá ser envolvido de cuidados especiais, de modo a apresentar requisitos de convicção, segurança e objetividade. Portanto não basta ao AFRFB, para a lavratura do débito, oferecer meros indícios dos fatos, mas sim, comprovar cabalmente, mediante circunstâncias reais, a prática dos fatos submetidos à incidência da tributação.

Conforme o artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, independente da forma de aferição, cumpre determinar, de modo efetivo , a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e a matéria tributável . Isto não ocorrendo inquina de NULIDADE o lançamento.

*“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.”

DOS DEVEDORES SOLIDÁRIOS

Muito embora o item 6 do Relatório Fiscal informe ter havido contribuintes solidários, em NENHUM dos documentos emitidos pela Autoridade autuante se registram a expressão “ E OUTROS”. Da extensa lista às fls. 37 onde constam os nomes dos prestadores tidos como solidários somente a empresa Franco Prestação de Serviços Ltda interpôs impugnação e não reiterou inconformidade em sede recursal. Quanto aos demais supostos solidários na há nos autos efetivos registros de que foram cientificados da infração em comento.

Inviabilizado o lançamento em razão da não provada motivação, por economia processual , deixo de enfrentar demais alegações da Recorrente .

CONCLUSÃO.

Conheço do Recurso para, EM PRELIMINAR DAR-LHE PROVIMENTO em razão de todo o crédito constituído ter sido fulminado pelo Instituto da Decadência por qualquer dos critérios estabelecidos no Código Tributário Nacional – CTN.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator