



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

Processo n° 16000.000216/2007-90
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.675 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de setembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - CONSTRUÇÃO CIVIL
Recorrente TUBOCITY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TUBOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO PELO FISCO. COMPROVAÇÃO DA VINCULAÇÃO À EMPRESA DE PESSOAS NÃO CONSTANTES DO CONTRATO SOCIAL.

Além das provas testemunhais, o fisco acostou outros elementos, que apreciados conjuntamente levam ao convencimento de que os sócios-administradores da empresa fiscalizada eram pessoas que não figuravam no seu quadro societário.

FALTA DE PROVA REGULAR E FORMALIZADA DAS REMUNERAÇÕES PAGAS PARA EXECUÇÃO DE OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Abre-se ao Fisco a possibilidade de arbitrar as contribuições previdenciárias devidas, quando o sujeito passivo deixa de apresentar prova regular e formalizada das remunerações pagas para execução de obra de construção civil.

JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRADOS PELA RFB.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Não pode a autoridade fiscal ou mesmo os órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação de penalidades previstas em lei vigente, sob a justificativa de que têm caráter confiscatório.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. NFLD. EXIGÊNCIA DE ASSINATURA DA CHEFIA DO ÓRGÃO. INEXISTÊNCIA.

Na data do lançamento, não era aplicável às contribuições previdenciárias as normas do Decreto n. 70.235/1972, portanto, não havia obrigatoriedade de assinatura da chefia imediata do auditor fiscal no corpo da notificação fiscal.

ENVIO DO LANÇAMENTO PARA A PESSOA JURÍDICA. CIENTIFICAÇÃO DOS REPRESENTANTES LEGAIS.

Ao enviar os documentos representativos do lançamento para a pessoa jurídica, presume-se estarem cientificados os seus representantes legais.

DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA.

Na espécie inexistiu desconsideração da personalidade jurídica da empresa, posto que o lançamento foi efetuado em seu nome e a Relação de Vínculos anexada ao processo tem caráter apenas informativo, não havendo, durante o processo administrativo, imputação de responsabilidade tributária a quaisquer das pessoas ali arroladas.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM PELA REGRA DO INCISO I DO ART. 173 DO CTN.

Inexistindo antecipação de recolhimento das contribuições previdenciárias, a contagem do prazo decadencial tem como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que os tributos poderiam ter sido lançados.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) afastar as preliminares de nulidade do lançamento; II) indeferir o pedido para exclusão dos recorrentes da Relação de Vínculos; III) reconhecer a decadência até a competência 11/2001; e IV) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo – Relator

Processo nº 16000.000216/2007-90
Acórdão n.º **2401-003.675**

S2-C4T1
Fl. 246

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso interposto contra o Acórdão n.º 04-13.405 de lavra da 3.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Campo Grande (MS), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir o Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD n.º 37.061.714-2.

No crédito em questão são exigidas as contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, e para outras entidades ou fundos.

Nos termos do relatório fiscal os fatos geradores contemplados no lançamento decorreram do pagamento de remunerações aos segurados que laboraram nas obras de construção civil matriculadas junto ao Cadastro Específico do Instituto Nacional do Seguro Social — CEI sob n. 21.046.00327/71, referente à construção de galpão industrial e à demolição da mesma edificação, conforme Aviso de Regularização de Obra — ARO à fl. 28.

As contribuições foram obtidas por arbitramento, em razão da recusa da empresa de apresentar os seus documentos fiscais e contábeis, fato que motivou a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória.

O fisco relata que diligenciou no endereço da notificada constante no cadastro da Receita Previdenciária, constatando que:

- a) no referido local existe outra empresa em funcionamento;
- b) o terreno correspondente foi arrematado em leilão pela empresa Construções Metálicas ICEC; e
- c) o galpão que servia de instalação para fábrica de tubos da empresa fiscalizada houvera sido desmontado e vendido à empresa Ligaforte Equipamentos Ltda – ME.

Outras diligências foram realizadas no afã de localizar a empresa autuada, tendo o fisco concluído que esta houvera encerrado as atividades e que fora gerida no período do lançamento, de fato, por Agnaldo Ferraz Júnior e Terezinha Paula de Borges Ferraz.

Reproduzo trecho do relatório da decisão de primeira instância, que trata das afirmações do fisco para demonstrar que as pessoas acima eram os verdadeiros sócios-gerentes da empresa.

“A fim de localizar a empresa, realizou diligências no endereço dos ex-sócios Eva Maria da Silva, Margareth Olher, Leo Emerson Castilho Floriano, no 2 ° Cartório de Notas e Protestos de Araçatuba, na Organização Contábil Continental S/C Ltda, escritório responsável pela contabilidade da notificada, nas Varas do Trabalho de São José do Rio Preto e no sistema Cadastro Nacional de Informações da Previdência Social — CNIS, tendo concluído, primeiro, que a empresa notificada havia encerrado suas atividades, e, segundo, que os sócios Agnaldo Ferraz Júnior e Terezinha de Paula Borges Ferraz são sócios-

gerentes de fato em todo o período do lançamento, considerando os elementos a seguir descritos, em síntese:

a) *conforme depoimento pessoal do ex -sócio e ex-empregado da notificada, Leo Emerson Castilho Floriano, ele, Wagner Couto Afonso, Ayres José de Paula, e Osvaldo Beserra Pessoa, que figuram nos contratos sociais como sócios da notificada no período de 02/07/1997 a 05/05/2003, não têm nenhuma relação societária de fato com a empresa, sendo que:*

a.1) *os verdadeiros proprietários da empresa sempre foram Agnaldo Ferraz Júnior e Terezinha de Paula Borges Ferraz, sendo que ele (Leo Emerson Castilho Floriano) e Osvaldo Beserra Pessoa eram empregados registrados na empresa notificada, o que foi confirmado pela fiscalização por meio de consulta ao sistema Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNISA. Acrescenta que concordaram, para não serem demitidos, em figurar como sócios "de fachada" da empresa notificada e da empresa Tubrás Tubos e Estruturas do Brasil Ltda, a qual também pertence a Agnaldo Ferraz Júnior e tem os mesmos sócios da Tubocity, tendo sido realizado "contrato de gaveta" entre eles e os verdadeiros proprietários, consignando que a empresa passaria para a propriedade desses últimos em caso de falecimento dos sócios "de fachada". Esses fatos foram consignados no boletim de ocorrência nº 29/2005, perante a Delegacia de Polícia do Município de Bady Bassit, em 31.01.2005, para "preservação de direitos", de onde se extrai, ainda, que no final de 2004 o Sr. Agnaldo Ferraz Júnior encerrou as atividades da empresa, vendeu os maquinários e equipamentos e dispensou todos os funcionários (ver inteiro teor)*

a.2) *Wagner Couto Afonso e Ayres José de Paula eram empregados registrados na empresa Tubrás Tubos e Estruturas do Brasil Ltda, o que foi confirmado pela fiscalização por meio de consulta ao sistema Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNISA.*

a.3) *José Luis Mitidieri Neto é o procurador da empresa notificada, o que foi corroborado pelas procurações obtidas pela fiscalização junto ao Cartório de Notas e Protestos de Araçatuba, com amplos, gerais e ilimitados poderes para gerir e administrar a empresa notificada.*

b) *conforme depoimento pessoal de Eva Maria da Silva e Margareth Olher, que figuram nos contratos sociais como sócias da notificada no período a partir de 05/05/2003, elas não têm nenhuma relação societária de fato com a empresa notificada, pois não conhecem a empresa, seus sócios anteriores e seu procurador, nem qualquer pessoa que nela tenha trabalhado, declarando ainda que assinaram papéis sem saber o que assinavam e que não lembram quem levou os papéis para serem assinados. Por fim, a primeira diz que é empregada doméstica e a segunda atualmente está desempregada.*

c) conforme depoimento pessoal de Maria Cristina Toledo, funcionária da empresa Organização Contábil Continental S/C Ltda, encarregada da escrituração da notificada, quem se apresentava como proprietário da Tubociy era Agnaldo Ferraz Júnior, sendo que "Léo" (Leo Emerson Castilho Floriano) e "Osvaldo" (Osvaldo Beserra Pessoa) eram empregados da notificada nas funções de encarregado financeiro e vendas, respectivamente.

Concluiu informando que no início de 2005 o Sr. Agnaldo retirou os livros contábeis do escritório e que o último serviço do escritório prestado à notificada foi o preenchimento e entrega da DIPJ e DCTJ ano base 2004, entregues em 2005.

d) de acordo com as petições iniciais extraídas de ações trabalhistas sobre fatos ocorridos no período do presente lançamento, Agnaldo Ferraz Júnior, Terezinha de Paula Borges Ferraz e José Luiz Metidieri Neto figuram como responsáveis de fato pela empresa nas ações ajuizadas pelos reclamantes, ex-empregados da notificada: Antônio Luiz Fidelis, Demetrio Maiotto e José Luiz de Souza Júnior (n.º 330/2005-3 a Vara; 355/2005-3.ª Vara, 436/2005-3.ª Vara, respectivamente, todos da comarca de São José do Rio Preto-SP).

e) conforme consulta ao banco de dados da Previdência Social CNISA (Cadastro Nacional de Informações Sociais), não há informação de vínculo societário entre a notificada e os sócios Ayres José de Paula, Wagner Couto Afonso, Osvaldo Beserra Pessoa, Leo Emerson Castilho Floriano, Eva Maria da Silva e Margareth Olher. Em relação a essas pessoas, constam os seguintes vínculos:

e.1) vínculo empregatício de Ayres José de Paula e Wagner Couto Afonso, com a empresa Tubrás e de Osvaldo Beserra Pessoa e Leo Emerson Castilho Floriano, com a empresa Tubociy.

e.2) Eva Maria da Silva, está inscrita perante a Previdência Social como empregada doméstica desde 01.09.1986 e Margareth Olher, como vendedora ambulante, desde 03.04.1995.

Diante do exposto, a fiscalização constata que, embora o Sr. Agnaldo Ferraz Júnior e a Sra. Terezinha de Paula Borges Ferraz tenham figurado nos atos constitutivos da notificada como sócios gerentes apenas no período, respectivamente, de 15.02.90 a 02.07.97 e 17.10.96 a 02.07.97, são de fato os proprietários da empresa e participaram da sua gestão durante todo o período do lançamento, motivo pelo qual foram arrolados como co-responsáveis pelo crédito ora constituído (cf. relatório CORESP)

Por fim, a Auditoria Fiscal informa que formalizou Representação Fiscal para Fins Penais contemplando os fatos aqui relatados.

Agnaldo Ferraz Júnior e Terezinha Paula de Borges Ferraz apresentaram impugnação de fls. 160/174, reiterada às fls. 199/219, onde em síntese se insurgiram contra a

responsabilidade a eles imputada, além de suscitarem a nulidade do lançamento e, no mérito, a sua improcedência ou, alternativamente, a redução dos juros para 1% ao mês.

A DRJ não acatou as razões do recurso e indeferiu o pedido de exclusão das referidas pessoas do rol de corresponsáveis, além de declarar procedente o lançamento. Eis a ementa do acórdão de primeira instância:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/12/2006 a 31/12/2006 SÓCIOS
GERENTES DE FATO. CO-RESPONSABILIDADE.*

LEGITIMIDADE.

Os reais proprietários e administradores da empresa, arrolados como co-responsáveis pela fiscalização, têm legitimidade para impugnar o lançamento na qualidade de terceiros interessados e na qualidade de sujeito passivo, neste último caso, por exprimirem a vontade da pessoa jurídica.

NFLD. ASSINATURA CHEFIA.

A assinatura do chefe imediato do auditor fiscal notificante não é requisito de validade dos lançamentos de contribuições previdenciárias, posto que não contemplada no art. 37 da lei 8.212/91. A previsão, neste sentido, contida no art. 11, IV do Decreto 70.235/72, não prevalece ao art. 37 da lei 8.212/91 por se tratar, este último, de norma especial.

DESCONSIDERAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. PROVA TESTEMUNHAL. PETIÇÕES INICIAIS. CONLUÍO. PROCEDIMENTO ESPECIAL DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

O conjunto de indícios colhidos pela fiscalização (depoimento pessoal de ex-sócios da empresa, depoimento pessoal de funcionário responsável pela contabilidade da empresa, informações prestadas pela empresa contidas no Cadastro de Informações Sociais da Previdência Social e informações contidas em petições iniciais em processos trabalhistas de diversos ex-funcionários da empresa) são suficientes para presumir a prática de simulação de ato jurídico mediante alteração do quadro societário da pessoa jurídica com o objetivo de desincumbir de responsabilidade os reais proprietários da empresa.

O processo administrativo-tributário admite todas as provas e meios de provas lícitos, inclusive os indícios e presunções.

Por se tratar de restrição à garantia fundamental da ampla defesa, a limitação da prova deve restringir-se às hipóteses previstas em lei. A vedação da prova exclusivamente testemunhal restringe-se comprovação do tempo de serviço, nos termos do art. 55 § 3º da lei 8.212/91.

A ausência de decisão judicial não altera o valor indiciário dos fatos declarados em petições iniciais em processos trabalhistas porque não há identidade de causa entre os processos trabalhistas e a NFLD, nem a Justiça do Trabalho é competente para decidir a matéria em questão.

Os fatos declarados em depoimentos foram corroborados por outros elementos, não sendo suficiente para afastar sua idoneidade a alegação não comprovada de que resultam de conluio.

O efeito da desconsideração do contrato social quanto responsabilização dos reais proprietários da empresa poderá ocorrer apenas na via judicial, em sede de execução fiscal, oportunidade em que lhes serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, motivo pelo qual não há que se falar na adoção de procedimento especial na esfera administrativa.

Na fase administrativa não há desconsideração da personalidade jurídica da empresa, permanecendo no pólo passivo o contribuinte que tem relação direta com o fato gerador. A substituição do sujeito passivo pelos sócios gerentes depende de decisão judicial em eventual execução em face desses últimos.

CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA PESSOA DE EX-SÓCIOS E SÓCIOS DE FATO.

São válidas as intimações da empresa realizadas na pessoa de seus sócios de fato ou de direito, como corolário do princípio da boa-fé objetiva.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INACESSO AOS DOCUMENTOS DO SUJEITO PASSIVO.

A ampla defesa foi garantida no processo administrativo por meio da intimação válida do sujeito passivo por edital, e pela ciência, suprida pela impugnação, na pessoa dos sócios de fato, permitindo acesso a todas as informações do processo, direito de vista, de ser ouvido, de fazer provas, direito à resposta, dentre outros. Eventuais limitações probatórias em razão do estado ou condições do próprio interessado, não podem ser opostas ao Fisco quando este não tenha dado causa a elas.

CO-RESPONSABILIDADE. PERÍODO.

O período da co-responsabilidade dos sócios coincide com o período em que participaram da real gestão do negócio, independente do contido no contrato social.

OMISSÃO DE DOCUMENTOS. PRESUNÇÃO.

A empresa, devidamente intimada, deixou de apresentar à fiscalização os documentos por ela solicitados e não fez prova do contrário.

FATO GERADOR. PRESUNÇÃO. INDETERMINAÇÃO.

A ocorrência dos fatos geradores não foi presumida porque materializada nas próprias declarações da empresa.

O lançamento discrimina com clareza os fundamentos fáticos e jurídicos do crédito nele contido, nos termos do art. 142 do CTN e art. 37 da lei 8.212/91.

MULTA E JUROS.

Os juros e a multa foram calculados de acordo com os dispositivos legais, não cabendo, A Administração, manifestar-se sobre inconstitucionalidade e ilegalidade das normas em vigor.

Lançamento Procedente

Contra esta decisão foi interposto recurso voluntário, de fls. 190/223, no qual as pessoas físicas, arroladas como administradoras de fato, alegaram, em apertada síntese, que:

a) a NFLD é nula posto que no seu corpo não consta a assinatura da chefia imediata da autoridade lançadora, requisito essencial nos termos do art. 11 do Decreto n. 70.235/1972;

b) outra causa de nulidade é o cerceamento ao direito de defesa dos verdadeiros sócios da empresa, uma vez a notificação foi encaminhada erroneamente a pessoas que não fazem parte do quadro social da autuada;

c) não se concebe que uma lavratura fiscal seja edificada apenas em suposições sem a devida comprovação dos fatos narrados no relatório da auditoria. Tal conduta da autoridade lançadora invalida todo o procedimento;

d) não se admite que o lançamento tenha como fundamento apenas provas testemunhais e reclamatórias trabalhistas, estas sem decisão final;

e) os fatos geradores ocorridos a mais de cinco anos da ciência do lançamento foram fulminados pela decadência;

f) o registro público deve prevalecer, de modo que o referido crédito previdenciário não pode ser exigido dos ex-sócios da autuada, os quais, conforme alteração societária acostada, retiraram-se da sociedade em 02/07/1997;

g) a falta de apresentação de documentos não faz nascer a obrigação tributária, além de que o fisco não se preocupou em perquirir se efetivamente ocorreram os fatos geradores das contribuições, nem de determinar a matéria tributável;

h) os lançamentos anteriores consubstanciados na NFLD n. 35.781.836-9 e na NFLD n. 35.781.765-0 foram anulados e não cabe agora à Fazenda querer impor novas exigências sobre os mesmos fatos, alcançando inclusive ex-sócios da empresa;

i) a desconsideração da personalidade só se aplica diante da prática de atos de atividade irregular, o que não é o caso, haja vista que os ex-sócios se desligaram da empresa em 02 de julho de 1997, assim, 10 anos se passaram e agora a autoridade administrativa, por

meras declarações unilaterais sem comprovação e sem que houvesse a intimação dos ex-sócios que o fisco entendeu serem os proprietários da empresa;

j) pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, os terceiros somente podem ser chamados a responder por dívida daquela se lhes foi facultada a oportunidade de se defenderem desde o processo de conhecimento;

k) é inaplicável a taxa de juros Selic para fins tributários;

l) a multa aplicada é inconstitucional, por ter caráter de confisco.

Ao final requereram a declaração da nulidade do lançamento, o reconhecimento da decadência e, no mérito, pelo provimento do recurso, com consequente cancelamento da NFLD e a exclusão da responsabilidade dos ex-sócios.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Assinale-se que a legitimidade dos supostos sócios de fato Agnaldo Ferraz Júnior e Terezinha Paula de Borges Ferraz para apresentar o recurso decorre do seu interesse de agir no processo administrativo, haja vista que foram incluídos na relação de pessoas vinculadas a pessoa jurídica, podendo na fase de execução serem chamados a responder pelo crédito previdenciário.

Demais disso, o órgão julgador de primeira instância foi enfático em determinar que estas pessoas fossem cientificadas de seu acórdão.

Preliminares de nulidade

a) falta na NFLD de assinatura da chefia imediata

Na data do lançamento, 08/03/2007, não era aplicável ao processo administrativo fiscal de exigência de contribuições previdenciárias as disposições do Decreto n. 70.235/1972. Este passou a reger o processos de débito previdenciário somente a partir de abril de 2008, nos termos do art. 25 da Lei n. 11.457, 16/03/2007, assim redigido:

Art. 25. Passam a ser regidos pelo Decreto n 70.235, de 6 de março de 1972:

1- a partir da data fixada no § 1.º art. 16 desta Lei, os procedimentos fiscais e os processos administrativo-fiscais de determinação e exigência de créditos tributários referentes às contribuições de que tratam os arts. 2.º e 3.º desta Lei;

Por sua vez o § 1. do art. 16 previa:

Art. 16. (...)

§ 1º A partir do 1º (primeiro) dia do 13º (décimo terceiro) mês subsequente ao da publicação desta Lei, o disposto no caput deste artigo se estende à dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE decorrente das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei.

(...)

Assim, não deve ser acolhido o argumento da empresa de que o lançamento seria nulo por não atender ao disposto no inciso IV do art. 11 do Decreto n. 70.235/1972, haja

que prestava serviço à Tubocity, além de consultas ao sistema informatizado do INSS, a cartório da comarca de localização da empresa e a processos trabalhistas movidos contra a notificada e seus administradores de fato.

Recapitulemos os fatos narrado no relatório fiscal.

Leo Emerson Castilho Floriano, ex-empregado e também ex-sócio da empresa fiscalizada revelou que ele, juntamente com Wagner Couto Afonso, Ayres José de Paula, e Osvaldo Beserra Pessoa, figuraram no período de 1997 a 2003 como sócios da empresa, sem que de fato tivessem qualquer autonomia administrativa, posto que na realidade a empresa era gerida por Agnaldo e Terezinha Ferraz. O vínculo empregatício de Wagner Couto e Osvaldo Beserra foram confirmados no sistema informatizado do INSS.

Esse mesmo depoente afirmou que concordou em figurar como sócio da notificada e da empresa Turbrás Tubos e Estrutura (também de propriedade de Agnaldo Ferraz) para evitar a perda do emprego.

Outros depoimentos bastante elucidativos foram aqueles prestados por Eva Maria da Silva e Margareth Olher, as quais figuram como sócias da Tubocity a partir de 05/05/2003. As falas dessas duas pessoas coincidem na afirmativa de que nunca administraram a empresa e que não conheciam os ex-sócios, o procurador, além de que, a primeira trabalha como empregada doméstica, e a outra encontrava-se desempregada, porém seu vínculo com a Previdência Social era na categoria de contribuinte individual, na função de vendedora ambulante.

Maria Cristina Toledo, funcionária da empresa responsável pela escrita contábil da autuada, mencionou que Agnaldo Ferraz é quem se apresentava como proprietário da empresa Tubocity e que Leo Emerson e Osvaldo Beserra eram empregados desta nas funções de encarregado financeiro e de vendas, respectivamente.

Pesquisando ações trabalhistas movidas contra a fiscalizada, o fisco pode constatar que Agnaldo e Terezinha Ferraz, além de José Luiz Metidieri Neto (procurador da empresa com poderes gerais) foram arrolados como corresponsáveis em reclamações trabalhistas ajuizadas pelos ex-empregados da Tubocity Antônio Luiz Fidelis, Demétrio Maiotto e José Luiz de Souza Júnior.

Sobre essa questão vale frisar que às fl. 43/48, consta sentença proferida nos autos do processo nº 330/2005, da 3.^a Vara do Trabalho de São José do Rio Preto, em razão da reclamação ajuizada por Antônio Luiz Fidelis, reconhecendo, como efeito da revelia, que os aqui recorrentes eram sócios da empresa e que deveriam responder pelas verbas trabalhistas em fase de execução, subsidiariamente à pessoa jurídica.

Para mim, todo esse conjunto probatório carreado pela autoridade lançadora é suficiente para demonstrar que Agnaldo e Terezinha Ferraz devem figurar na Relação de Vínculos, posto que de fato eram os administradores da empresa notificada no período do lançamento.

Não detectei prejuízo ao direito de defesa dessas pessoas, uma vez que eles tiveram oportunidade de apresentar defesa e recurso administrativos para demonstrar que as conclusões do fisco estavam equivocadas.

Outro ponto que deve ser muito bem esclarecido é que não houve a desconsideração da pessoa jurídica no presente caso, uma vez que a lavratura se deu em nome da Tubocity Indústria e Comércio de Tubos, assim, a princípio, a responsabilidade pela satisfação do crédito é unicamente da pessoa jurídica, não se verificando no procedimento e processo administrativo qualquer imputação de solidariedade às pessoas físicas arroladas na Relação de Vínculos.

c) das provas utilizadas pela fiscalização

Engana-se a recorrente quando afirma que a prova testemunhal não teria validade para comprovar os fatos narrados pela auditoria. Fosse um depoimento isolado, este seria apenas uma prova indiciária, mas a fala de diversas testemunhas relatando o fato a ser provado, isso aliado a outras fontes como processos trabalhistas e registros do banco de dados da Previdência Social são elementos consistentes a demonstrar a vinculação de Agnaldo e Terezinha Ferraz à empresa autuada, de modo a justificar a sua inclusão na Relação de Vínculos. Em absoluto pode se falar em conclusões baseadas em meras presunções, conforme afirmou o sujeito passivo.

O próprio CARF tem admitido a utilização de prova testemunhal para demonstrar a ocorrência de fatos tributários, como se pode ver do Acórdão n. 1102-00.397, de 24/02/2011, cuja relatoria coube a Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

NULIDADES PAF: NULIDADE DA DECISÃO/CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA — 0 julgador não está obrigado a contestar, item por item, os argumentos expendidos pela parte quando analisa a matéria de mérito. (STJ — Resp 652.422 — 2004/0099087-0) RET n 43 — maio/junho/2005, p.136:5691)

PROVA TESTEMUNHAL - As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras, principalmente quando nos depoimentos os próprios Recorrentes prestaram informações a termo, perante autoridade fiscal, confirmando fatos que apontam para ocorrência de crime contra a ordem tributária.

SUJEITO PASSIVO - RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA - SOLIDARIEDADE - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias, resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Respondem pelo crédito tributário os verdadeiros sócios da pessoa jurídica, pessoas físicas, acobertadas por terceiras pessoas que apenas emprestavam o nome para que eles realizassem operações em nome da pessoa jurídica, da qual detinham amplos poderes para agir.

Por outro lado, os recorrentes não conseguiram apresentar nenhuma prova com força suficiente a afastar às conclusões do fisco, adotadas, repita-se com esteio em um conjunto probatório consistente.

De se concluir que inexistiu cerceamento ao direito de defesa das pessoas físicas tomadas como verdadeiros administradores da empresa, haja vista que restou

comprovado que o comando da empresa era de fato exercido por estas pessoas. Assim não é verdade que elas estariam impedidas de se defender por falta de acesso aos documentos da empresa.

Decadência

É cediço que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 pela Súmula Vinculante n.º 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, o prazo decadencial para as contribuições previdenciárias passou a ser aquele fixado no CTN.

Quanto à norma a ser aplicada para fixação do marco inicial para a contagem do quinquídio decadencial, o CTN apresenta três normas que merecem transcrição:

Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

.....
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.

(...)

A jurisprudência majoritária do CARF, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos em que há antecipação de pagamento do tributo, ou até nas situações em que não havendo a menção à ocorrência de recolhimentos, com base nos elementos constantes nos autos, seja possível se chegar a uma conclusão segura acerca da existência de pagamento antecipado.

O art. 173, I, tem sido tomado para as situações em que comprovadamente o contribuinte não tenha antecipado o pagamento das contribuições, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação e também para os casos de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por fim, o art. 173, II, merece adoção quando se está diante de novo lançamento lavrado em substituição ao que tenha sido anulado por vício formal.

No caso sob apreciação, deve ser aplicado o inciso I do art. 173 do CTN para contagem do prazo decadencial, posto que não foram efetuados recolhimentos para obra em questão. A ciência do lançamento foi feita por edital, com publicação na imprensa local em 10/04/2007, portanto, considera-se a empresa intimada em 25/04/2007.

Assim, estão decadentes as competências até 11/2001. Considerando-se que de acordo com ARO, fl. 28, a obra iniciou em 01/01/1996, com término em 22/12/2006, deve-se considerar no cálculo das contribuições devidas a decadência mencionada.

O lançamento

A ocorrência dos fatos geradores é inconteste, uma vez que a própria empresa efetuou a matrícula da obra de construção civil no INSS. Ora não se pode falar em presunção da prestação de serviço remunerado, fato gerador das contribuições, posto que está comprovado nos autos que a obra existiu e que era de propriedade da empresa autuada.

Por outro lado, a mensuração da base de cálculo foi demonstrada pelo fisco, que efetuou o cálculo da remuneração dos segurados envolvidos na execução da obra mediante aferição indireta, a qual se justificou diante da recusa da empresa de apresentar os documentos necessários à apuração das contribuições devidas.

Esse proceder encontra guarida no art. 148 do CTN e art. 33 §§ 3. e 4º da Lei 8.212/91. O critério utilizado para mensuração da matéria tributável foi o Custo Unitário Básico da Obra de Construção Civil — CUB, disponibilizado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil — SINDUSCON.

De se concluir que o lançamento foi efetuado em perfeita consonância com as normas de regência, em especial o art. 142 do CTN, notadamente quando se constata que a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e seus anexos demonstram com clareza os fundamentos de fato e de direito do lançamento, ou seja, os fatos geradores, o crédito apurado, o período, as alíquotas utilizadas e os fundamentos legais autorizadores.

Juros Selic

Quanto à inaplicabilidade da taxa de juros SELIC para fins tributários, é matéria que já se encontra sumulada nesse Tribunal Administrativo, nos termos da Súmula CARF n. 04:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Nesse sentido, sendo a Súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹, não pode esse colegiado afastar a utilização da taxa de juros aplicada às contribuições lançadas no presente lançamento.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, decidiu com base na sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) que é legítima a aplicação da taxa SELIC aos débitos tributários, o que faz com que essa discussão torne-se, até certo ponto, desnecessária. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1111175 / SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe. 01/07/2009)

Multa – alegação de caráter confiscatório

Arguiu a recorrente a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação de pagar o tributo é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no *quantum* previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da falta de pagamento do tributo - fato incontestável - aplicou a multa no patamar fixado na legislação, conforme muito bem demonstrado no Discriminativo Sintético do Débito, em que são expressos os valores originários a multa e os juros aplicados no lançamento.

Ao contrário do que afirma a recorrente a multa foi aplicada no patamar de trinta por cento, conforme previa o revogado art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, vigente na data da ocorrência dos fatos geradores.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. Nessa linha de entendimento, dispõe

o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

Súmula CARF N.º 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF². Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, uma vez que o Fisco tão-somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha.

Conclusão

Voto por afastar as preliminares de nulidade do lançamento, por indeferir o pedido para exclusão dos recorrentes da Relação de Vínculos, por reconhecer a decadência até a competência 11/2001 e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo.

² Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.
(...)