



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 32 / 08
Silma Alves de Oliveira
Mat.: Siepe 877862

CC02/C06
Fls. 362

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n° 35600.007072/2006-05
Recurso n° 143.512 Voluntário
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA CONSTRUÇÃO CIVIL
Acórdão n° 206-00.885
Sessão de 03 de junho de 2008
Recorrente TRACTEBEL ENERGIA S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1996 a 08/12/1997

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA- CONSTRUÇÃO CIVIL - FUNDAMENTO LEGAL - OMISSÃO.

Para garantir o efetivo exercício do contraditório e ampla defesa, a fundamentação legal que amparou o procedimento fiscal deve ser informada ao sujeito passivo.

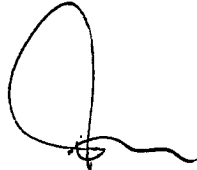
A ausência do fundamento legal que ampara o lançamento por responsabilidade solidária para com o contratante de serviços de construção civil tanto no relatório Fundamentos Legais do Débito como no Relatório Fiscal consubstancia vício sanável até a decisão de primeira instância.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 30 / 02 / 08 Silma Alves de Oliveira Mat.: Siape 877862

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular, por vício formal, a NFLD.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 30 / 12 / 08	
Sílma Angélica Oliveira Mat.: Siape 877862	

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

O Relatório Fiscal (fls. 21/22) informa que a Tracetbel Energia S/A - TRACTEBEL, anteriormente denominada Centrais Geradoras do Sul do Brasil S/A - GERASUL, originou-se da cisão parcial da Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL.

Após o processo de cisão, a sociedade que manteve a qualidade de empresa estatal passou a denominar-se Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL. A nova empresa resultante da cisão, GERASUL, foi posteriormente adquirida pela TRACTEBEL, em, processo de privatização.

As contribuições inseridas na presente notificação correspondem à parte do lançamento efetuado anteriormente à cisão contra a Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL, por meio da NFLD 35.516.076-5.

Quando do julgamento da notificação acima citada, os argumentos apresentados pela ELETROSUL em sua defesa, na qual cita decisões já proferidas anteriormente, bem como o Parecer nº 20.200.1/175/00 de 14/06/2000, da Seção de Consultoria da Procuradoria da Previdência Social, foram submetidos à Procuradoria Federal Especializada - INSS em Florianópolis, a qual reiterou a opinião técnica do parecer no sentido de que os débitos correspondentes ao período anterior à cisão seriam de responsabilidade da empresa Centrais Geradoras do Sul do Brasil S/A - GERASUL, atualmente a TRACTEBEL.

Desse modo, as contribuições correspondentes ao período anterior à cisão foram excluídas da notificação lavrada contra a ELETROSUL e foram lançadas contra a TRACTEBEL.

A Procuradoria concluiu, tendo por base os temas do documento denominado Justificação de Cisão, o qual prevê que a responsabilidade fiscal pelos débitos pré-existentes seria da GERASUL, que esta aceitou as condições impostas para aquisição de parcela do patrimônio da ELETROSUL.

In casu, o débito corresponde às contribuições previdenciárias atribuídas à notificada pelo instituto da solidariedade, uma vez que a empresa cindida, ELETROSUL, contratou a empresa Construções e Incorporadora Desterro Ltda para prestação de serviços de construção civil e não apresentou documentação necessária à elisão de tal responsabilidade.

A notificada apresentou impugnação (fls. 141/166) onde alega que a Justificação de Cisão é um documento particular elaborado pelas sociedades anônimas para esclarecimento dos sócios em assembléia geral acerca dos motivos ou fins da operação societária, bem como suas conseqüências, conforme dispõe o art. 225, da Lei nº 6.404/1976.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 30 / 12 / 08 Silma Alves da Oliveira Mat.: Sape 877862	CC02/C06 Fls. 365
--	----------------------

Afirma que a indicação de quais elementos ativos e passivos formarão cada parcela do patrimônio sequer consta legalmente no rol de elementos presentes na Justificação de Cisão. Tal indicação seria obrigatória no documento denominado Protocolo de Cisão, que por força do art. 224, inciso II da mesma lei, deveria conter a indicação.

Nesse sentido, a transferência efetuada seria insubsistente por não ter sido realizada por meio de documento apropriado legalmente.

Entende que ainda que a Justificativa de Cisão pudesse dispor quanto aos elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão, jamais seria concebível que tal instrumento tivesse a prerrogativa de alterar a definição do sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que de acordo com o que dispõe o art. 123 do Código Tributário Nacional, salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo.

Argumenta que o Parecer nº 20.200.1/175/00 é rigorosamente inverso à decisão judicial proferida pelo TRF da 4ª Região que decidiu no caso concreto que a responsabilidade tributária não pode ser transferida por convenção particular.

Questiona a data da cisão considerada, pois entende que a data correta seria 30/11/1997, quando foi editado o balanço de cisão e os patrimônios das duas empresas já se encontravam efetivamente segregados, atendendo ao preceito no art. 229, da Lei nº 6.404/1976.

No mérito, entende que o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 tem caráter notoriamente sancionatório. Entende que não há interesse comum entre a sociedade cindida e a que absorve parcela de seu patrimônio, no caso de cisão parcial. Considera que houve dupla incidência de sanção sobre uma conduta.

Alega que é intolerável considerar que a multa de mora possa ser aplicada contra a mesma. Considera que não pode responder por multa decorrente de infração que não levou a efeito. Colaciona decisões do Conselho de Contribuintes no sentido que nos casos de sucessão, o sucessor não pode ser responsabilizado pela Multa de Ofício.

Alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito lançado.

Apresenta a presunção de que os prestadores de serviços tenham comprovado à época, perante a ELETROSUL, a regularidade fiscal dos mesmos e que não restou demonstrado por parte do INSS a existência de contribuições não recolhidas por parte do prestador.

Considera a adoção do critério de cem por cento do valor da nota de prestação de serviço como base de contribuição um absurdo.

Pela Decisão-Notificação nº 20.401.4/0420/2006 (fls. 302/314), o lançamento foi considerado procedente, onde o julgador de primeira argüi o seguinte, dentre outras questões.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. 30 / 12 / 08
Silma Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 877862

CC02/C06 Fls. 366

Quanto à afirmação da notificada de que foi imputada à mesma a presente notificação com fundamento em Justificativa de Cisão, foi salientado que existiu todo um procedimento legal e operacional que culminou com a efetiva cisão parcial da ELETROSUL.

Tal procedimento legal inclui as disposições do Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei n° 8.031/1990, posteriormente revogada pela Lei n° 9.491/1997. A Medida Provisória n° 1531-11, de 17/10/1997, que foi posteriormente convertida na Lei n° 9.648/1998, onde ficou consignado que o Poder Executivo promoveria, com vistas à privatização, a reestruturação da Eletrobrás e suas subsidiárias por meio de operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital ou constituição de subsidiárias integrais.

No caso da ELETROSUL, o Conselho Nacional de Desestatização, pela Resolução CND 12/1997, aprovou operações de reestruturação, a título de ajuste prévio, para viabilizar a desestatização da mesma, mediante cisão parcial.

A ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A determinou a cisão parcial da ELETROSUL, conforme a Resolução n° 856 de 27/10/1997, momento em que se criou nova sociedade por ações com o objeto social de geração de energia e a empresa cindida, permaneceu com o objeto social de transmissão de energia. A primeira, GERASUL, foi posteriormente privatizada e adquirida pela TRACTEBEL.

Conclui o julgador de primeira instância que não se trata de um processo de cisão de uma empresa privada, que mesmo após haver transferido parte de seu patrimônio continua a responder pelos débitos existentes. O caso da notificada se trata de responsabilidade assumida em decorrência das disposições da Lei n° 9.491/1997, que tratou do Programa Nacional de Desestatização, no qual os objetivos eram transferir para a iniciativa privada tanto as atividades desenvolvidas pela atividade estatal, como o ônus desse processo de desestatização.

No que tange à data da ocorrência efetiva da cisão, embora a notificada tenha alegado ter ocorrido no 30/11/1997, é argumentado na DN que a cisão teria ocorrido em 23/12/1997, data da 101ª Assembléia Geral Extraordinária, onde foi realizada a cisão parcial da ELETROSUL e a criação da GERASUL

Irresignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 316/346) onde alega que não houve, por parte da autoridade julgadora, o enfrentamento de todas as questões suscitadas. No mais, repete as alegações de defesa.

O recurso teve seguimento por força de liminar concedida em Mandado de Segurança e a SRP manteve a decisão recorrida.

É o relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20, 22, 08
Silma Alves de Oliveira
Mat.: Sipe 877862

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente argumenta que não poderia ser responsabilizada pelas contribuições, cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à cisão efetuada e alega que somente lei complementar poderia definir tributos e respectivos contribuintes.

O processo que resultou na cisão da ELETROSUL teve por base todo um amparo legal, conforme argüiu o julgador de primeira instância. Assim, em atendimento às disposições da legislação, inclusive as emanadas do Conselho Nacional de Desestatização, sobretudo a Resolução nº 12/1997, que aprovou as operações de reestruturação, a título de ajuste prévio, para viabilizar a desestatização da ELETROSUL.

As condições ajustadas foram submetidas à Assembléia Geral Extraordinária, as quais foram aprovadas, bem como a cisão efetiva e a criação da GERASUL.

Nas condições para a realização da cisão, estava previsto que dentre os direitos e obrigações decorrentes e advindos das demandas judiciais e administrativas, as fiscais ficariam com a nova sociedade, inclusive aquelas intentadas posteriormente à cisão mas que se referissem a atos ou fatos anteriores.

Tal condição foi aprovada pela AGE e aceita pela GERASUL, possibilitando a continuidade do processo de desestatização.

Vale salientar que a recorrente não nega a aceitação dos critérios utilizados à época, por meio dos quais efetivou-se a cisão com o objetivo de privatização futura, mas vem atacar a legalidade dos mesmos.

Entretanto, de forma contraditória, quando o Ministério Público Federal questionou a legalidade dos procedimentos que resultaram na desestatização da ELETROSUL, a recorrente, juntamente com a União Federal recorreu da decisão do juiz singular que considerou nula a cisão da ELETROSUL. O recurso foi julgado nos autos da AACP 2002.04.01.049334-4/SC e a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, por unanimidade, reformou a decisão de primeiro grau e considerou legal a reestruturação do setor elétrico realizada pelo governo.

Quanto à decisão judicial suscitada pela recorrente com o objetivo de demonstrar que o Poder Judiciário já teria se manifestado a respeito da impossibilidade da TRACTEBEL ser responsabilizada por débitos anteriores ao processo de cisão, entendo que a situação específica em que ocorreu a decisão não encontra semelhança com o presente lançamento.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 30 / 12 / 07
Silma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 877862

A ELETROSUL impetrou mandado de segurança preventivo contra receio de ser fiscalizada e autuada pela então Secretaria da Receita Federal no tocante aos recolhimentos da COFINS e do PIS. Dentre suas argumentações alegou que a GERASUL integraria a lide em razão de litisconsórcio ativo necessário.

Na decisão de Apelação em Mandado de Segurança n° 2000.72.00.00.004483-6/SC, o juiz entendeu que pelo fato da impetrante haver transferido parte de seu patrimônio para a futura sociedade (GERASUL) e haver se mantido responsável pela retransmissão de energia vinda de Itaipu, não haveria lógica em que a GERASUL, que ficou responsável somente pela geração da energia, integrasse a lide com litisconsorte ativo no caso de contribuições que incidiriam justamente sobre o valor do repasse de energia.

Não obstante, a decisão judicial não demandar qualquer vinculação no âmbito administrativo, esta não tem o condão de demonstrar a improcedência do lançamento.

A meu ver, o entendimento apresentado tanto pelo julgador de primeira instância como pela Procuradoria por meio Parecer n° 20.200.1/175/00 está correto, devendo a recorrente responsabilizar-se pelos débitos relativos ao período anterior à cisão realizada.

De igual forma, não é possível acolher a alegação de que a data a ser considerada como realizada a cisão seria 30/11/1997, quando foi editado o balanço de cisão e os patrimônios das duas empresas já se encontravam efetivamente segregados.

Conforme argüiu o julgador de primeira instância, a Lei n° 6.404/1976 art. 122, inciso VIII, art. 225, e art. 229, § 2°, define que é competência da Assembléia Geral Extraordinária deliberar e aprovar o processo decisão. Assim, somente em 23/12/1997, quando ocorreu a 101ª AGE que deliberou sobre o assunto é que ocorreu a cisão.

Superada a preliminar quanto à legitimidade passiva da recorrente, passo a apreciar as demais questões suscitadas.

Ainda em sede de preliminar a recorrente alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito lançado.

As contribuições previdenciárias são uma espécie de tributo sujeito ao lançamento por homologação. De acordo com o 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, nos casos de lançamento por homologação, o sujeito passivo antecipa o pagamento, e a contagem do prazo decadencial tem início na data de ocorrência do fato gerador. Tal dispositivo estabelece que o prazo é de cinco anos, se a lei não fixar prazo à homologação.

No que tange às contribuições previdenciárias em comento, o artigo 45, inciso I, da Lei n.º 8.212/91 é que estabeleceu o prazo mencionado no CTN, onde o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Não obstante a polêmica existente a respeito da constitucionalidade de tal dispositivo legal, o mesmo não foi inquinado de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvidas a respeito da natureza tributária das contribuições sociais, entretanto, ainda que o Código Tributário Nacional tenha status de lei complementar, existe

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 30, 12, 08	CC02/C06 Fls. 369
Silma Alves de Oliveira Mat.: Siage 877662	

legislação específica para tratar a matéria, qual seja, a Lei nº 8.212/91 e tal diploma legal estabelece o prazo decadencial de dez anos.

A meu ver, não é possível aplicar o disposto no Código Tributário Nacional em detrimento do art. 45, inciso I da Lei nº 8.212/91, uma vez que tal dispositivo encontra-se em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio.

Como o controle da constitucionalidade no Brasil é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo Princípio da Legalidade, deixar de aplicar lei vigente.

Assim, rejeito a preliminar apresentada.

No entanto, compulsando-se as peças que compõem os autos, verifica-se que não obstante o lançamento referir-se à responsabilidade solidária com prestador de serviços de construção civil, cujo dispositivo legal que trata da solidariedade é o inciso VI do art. 30, da Lei nº 8.212/1991, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito traz a fundamentação como serviços prestados mediante cessão de mão de obra, art. 31 da mesma lei.

A meu ver, a informação do dispositivo incorreto viciou o lançamento, o qual poderia ter sido saneado até a decisão de primeira instância.

Tal entendimento encontra respaldo nas disposições do Decreto nº 70.235/1972 em seu artigo 18, § 3º, abaixo transcrito.

“Art.18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.

(...).

§ 3º Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias, realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será lavrado auto de infração ou emitida notificação de lançamento complementar, devolvendo-se, ao sujeito passivo, prazo para impugnação no concernente à matéria modificada.”

Diante de todo o exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso para **ANULAR** a presente notificação, por vício formal.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2008


ANA-MÁRIA BANDEIRA