



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

Processo n° 12045.000063/2007-11
Recurso n° 241.471 Embargos
Acórdão n° **2402-002.168 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado MAIA E BORBA LTDA E OUTRO

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/1996 a 30/11/1998

EMBARGOS.DE DECLARAÇÃO - Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição em Acórdão exarado por este Conselho, correto o manejo dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado

LANÇAMENTO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO – SOLIDARIEDADE – CONSTRUÇÃO CIVIL – OPÇÃO PELO PAES - ELISÃO

A opção da prestadora pelos parcelamentos instituídos pelas Leis nº 9.964/2000 (REFIS) e 10.684/2003 (PAES), compreendendo as competências correspondentes aos fatos geradores lançados, elide a responsabilidade solidária da tomadora

Embargos Acolhidos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos opostos para re-ratificar o acórdão embargado. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Walter Murilo Melo Andrade e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRFBJ), Brasília / DF, fls. 0290 a 0304, que julgou procedente em parte o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 039 a 042, o lançamento é substitutivo a anteriormente anulado e refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga a segurados, correspondentes a contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, o lançamento é substituído, devido à anulação de lançamento original. Os valores da base de cálculo foram obtidos em notas fiscais de prestações de serviços, devido à responsabilização solidária determinada pela legislação.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos que o configuram.

Em 21/08/2004 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001. Contra o lançamento, as recorrentes apresentaram impugnações, fls. 045 a 058 e 084 a 086, acompanhadas de anexos.

Salienta-se que a prestadora de serviços informa em sua defesa que teria feito opção pelo SIMPLES, bem como aderiu ao parcelamento especial denominado PAES instituído pela Lei nº 10.684/2003

Diante dos argumentos da defesa, a Delegacia solicitou esclarecimentos à fiscalização, fls. 0112 e 0113.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fl. 0115.

A Delegacia – a fim de respeitar os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório - encaminhou os pronunciamentos fiscais às recorrentes e reabriu seu prazo para defesas, fl. 0150 e 0151.

A recorrente apresentou novas argumentações, fls. 0155 a 0159, acompanhada de anexos.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente em parte o lançamento, fls. 0166 a 0181.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0189 a 0195, acompanhado de anexos.

Os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão. A Sexta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes, analisou os autos e decidiu anular a decisão de primeira instância, fls. 0213 a 0218.

O Fisco emitiu Informação Fiscal, fls. 0232 a 0234.

As recorrentes apresentaram defesas, fls. 0264 a 0265 e 0275 a 0287.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente em parte o lançamento, para excluir do lançamento o período em que se comprovou que a prestadora de serviços seria optante pelo SIMPLES e efetuou o recolhimento da contribuição dos segurados.

A recorrente apresentou recurso, fls. 0310 a 0327.

Os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 0329.

A Segunda Turma, da Quarta Câmara, da Segunda Seção do CARF analisou os autos e decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de, em síntese, ser informado sobre o motivo da anulação do lançamento original, para futura análise a respeito dos efeitos da decadência.

O Fisco anexou a decisão que anulou o lançamento original, fls. 0335 em diante, e, em síntese, em decisão muito bem exarada, decidiu pela nulidade do lançamento, pois o direito de defesa do sujeito passivo foi cerceado, já que *“o lançamento foi lavrado somente contra o devedor solidário (empresa contratante), com valores apurados por aferição indireta, com base em notas fiscais emitidas pelos contribuintes (empresas contratadas), sem identificar, qualificar e notificar os devedores principais (contratados), bem como sem discriminar qual o valor do débito de cada um deles”*.

A recorrente foi cientificada da decisão do CARF, fls. 0358, e apresentou alegações complementares, alegando, em síntese, que o vício que motivou a decisão sobre nulidade do lançamento original é material, fls. 0359.

Os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 0362.

Pelo Acórdão nº 2402-01.395 (fls. 363/371) foi dado provimento ao recurso, por maioria de votos, para considerar decadente o lançamento, sob o argumento de que o vício que levou à nulidade do lançamento anterior seria de natureza material.

Contra o acórdão citado, foram apresentados Embargos de Declaração pela Procuradoria da Fazenda Nacional (fls. 376/379).

Segundo a PFN, sendo o presente lançamento substitutivo, a própria 2º TO da 4ª Câmara solicitou, por meio da Resolução nº 2402.00.064 (fls. 330/332), que fosse anexada aos autos a decisão que anulou o lançamento original, no caso, a Decisão Notificação nº 08.401.4/0237/2002 (fls. 335/356).

Alega a PFN que, não obstante a decisão encimada ter expressamente informado que o vício que levou à anulação do lançamento teria natureza formal, o acórdão

embargado foi omissivo, na medida em que deixou de abordar a existência de decisão definitiva quanto à natureza do vício motivador da nulidade do lançamento original.

Nesse sentido, ignorando que se tratava de matéria sobre a qual já havia se operado os efeitos da preclusão e conseqüente coisa julgada administrativa, o acórdão embargado proferiu nova decisão sobre a natureza do vício motivador da nulidade, desconsiderando a decisão definitiva anteriormente proferida.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora,

Em razão de os Embargos de Declaração propostos pela PFN serem tempestivos, deles tomo conhecimento.

Dispõe o *caput* artigo 65 do Regimento Interno do CARF o seguinte:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma.

Assevere-se que o lançamento original foi anulado em razão de tratar-se de lançamento com base no instituto da responsabilidade solidária do qual apenas o responsável solidário (tomador do serviço) foi intimado.

Além disso, infere-se que na mesma notificação foram lançados, com base na responsabilidade solidária, os valores correspondentes a vários prestadores de serviços, o que impediria o saneamento do vício nos autos originais.

Analisando-se a decisão que anulou o lançamento original, verifica-se que a mesma expressamente manifestou a respeito da natureza do vício apontado, conforme percebe-se no trecho abaixo transcrito:

*62. Tendo em vista que o débito presente padece de vícios insanáveis, não se reveste da imprescindível legalidade, não se conforma aos critérios da lei que o fundamenta, resta necessária a declaração de sua nulidade. Uma vez que tal juízo se dá por **vícios meramente formais**, faz-se imperioso que a administração providencie, com base no art. 140 do CTN, a recuperação do crédito via novos lançamentos (necessariamente mais de um, tendo em vista que contribuintes que executaram obras diferentes não são solidários entre si. (g.n.)*

Salienta-se que a decisão de nulidade foi devidamente encaminhada ao contribuinte para conhecimento, o qual poderia ter se manifestado quanto à natureza do vício determinado no julgamento.

Não tendo havido qualquer contestação por parte do contribuinte, a referida decisão transitou em julgado administrativamente e, de fato, ao emitir novo julgamento sobre a matéria, o acórdão recorrido desconsiderou a coisa julgada ao omitir que a decisão de nulidade do lançamento anterior já havia julgado a matéria de forma definitiva.

Diante do exposto, manifesto-me pela acolhida dos Embargos de Declaração propostos pela PFN.

Em razão do lançamento original ter sido anulado por vício formal, não há que se falar em decadência, uma vez que se aplica a hipótese prevista no art. 173, II, do CTN, o qual dispõe que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.”

Como a decisão que anulou o lançamento anterior ocorreu em 11/10/2002 e o lançamento substitutivo se deu em 24/08/2004, dentro, portanto, do prazo de cinco anos estabelecidos na lei, não ocorreu a decadência.

Quanto ao mérito, observa-se que o prestador de serviços foi devidamente intimado do lançamento e manifestou-se informando que além de ser optante pelo SIMPLES também teria feito adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 10.684/2003- PAES.

O lançamento foi efetuado pelo fato da solidária, a Maia e Borba Ltda, embora formalmente solicitada, não haver apresentado os documentos que elidiriam a responsabilidade solidária com a prestadora de serviços, no caso, de empreitada de construção civil.

Os serviços prestados na área de construção civil, quer seja por cessão de mão-de-obra, quer seja por empreitada, ensejam a solidariedade do contratante para com as contribuições previdenciárias incidentes sobre a mão de obra aplicada, portanto, corretamente se aplica o instituto da solidariedade que no presente caso está definida no inciso VI do art. 30, da Lei nº 8.212/91;

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (...)

VI - o proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem

Em vários lançamentos da espécie, já objeto de análise por parte dessa Conselheira, tem sido observado que a auditoria fiscal, não obstante o contribuinte fiscalizado não haver apresentado folhas de pagamento e guias específicas, não tem efetuado o lançamento por solidariedade unicamente com base nesse argumento;

A fim de se certificar de que efetivamente existe contribuição previdenciária não recolhida por parte da prestadora, a fiscalização tem procurado elementos que formem essa convicção, como por exemplo, a verificação do CFE – Cadastro de Fiscalização da Empresa, para análise das ações fiscais desenvolvidas na prestadora, e se a mesma já teria sido objeto de fiscalização com cobertura contábil no período referente ao débito lançado. A verificação de adesão por parte das prestadoras aos parcelamentos especiais instituídos pelas Leis nº 9.964/2000 (REFIS) e 10.684/2003 (PAES), ou mesmo existência de CND – Certidão Negativa de Débito para finalidade de baixa da empresa.

Esses procedimentos têm por objetivo evitar a duplicidade do lançamento de contribuições ou o lançamento de contribuições regularmente recolhidas.

O Princípio da Verdade Material exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como ocorrem na realidade e se configura como verdadeiro sustentáculo do processo administrativo fiscal, que tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário;

O que está em jogo é a legalidade da tributação, logo, torna-se necessário que reste cabalmente comprovado nos autos a existência de obrigação tributária principal não recolhida aos cofres previdenciários.

É certo que a elisão da responsabilidade solidária pela tomadora se dá pela apresentação da documentação definida na legislação para essa finalidade, quais sejam, as folhas de pagamento e guias de recolhimento específicas.

Na ausência da apresentação dos documentos específicos acima citados e havendo convencimento de que realmente existem contribuições previdenciárias devidas, deve o órgão efetuar o lançamento, tomando o cuidado de intimar tanto a tomadora quanto a prestador, oferecendo-lhes os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

A meu ver, a notificação da prestadora se dá justamente para oportunizar-lhe a comprovação de que as contribuições lançadas já foram efetivamente recolhidas e, para isso, entendo que a mesma pode fazer uso de todos os meios de prova disponíveis para tanto.

Após o lançamento e conseqüente notificação das solidárias, a elisão da responsabilidade solidária não se dá somente pela apresentação dos documentos determinados na legislação, mas também pelas provas trazidas pelas notificadas, desde que demonstrada a inexistências de contribuições previdenciárias não recolhidas.

No presente caso, a prestadora informa e anexa documentos comprovando que efetuou adesão ao parcelamento instituído pela Lei nº 10.684/2003 – PAES.

A meu ver, nos casos em que a prestadora houver feito opção para os parcelamentos especiais instituídos pela Lei nº 9.964/2000 – REFIS ou pela Lei nº 10.684/2003, abrangendo as competências correspondentes aos fatos geradores lançados, seria considerada elidida a responsabilidade solidária.

Tal entendimento tem como base o fato de que nos termos daqueles diplomas legais, a adesão aos parcelamentos por eles instituídos teria como objetivo proporcionar aos contribuintes em débito, a possibilidade de regularizar sua situação perante o fisco. Daí se depreende que a adesão a qualquer dos parcelamentos infere que o contribuinte teria incluído nestes todos os débitos existentes.

O disposto no § 3º do art. 2º da Lei nº 9.964/2000 e o art. 5º da Lei nº 10.684/2003, abaixo transcritos, corroboram esse entendimento:

Lei nº 9.964/2000

Art. 2º O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação e parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º. (...)

§ 3º A consolidação abrangerá todos os débitos existentes em nome da pessoa jurídica, na condição de contribuinte ou responsável, constituídos ou não, inclusive os acréscimos legais relativos a multa, de mora ou de ofício, a juros moratórios e demais encargos, determinados nos termos da legislação vigente à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores

Lei nº 10.684/2003

Art. 5º Os débitos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, oriundos de contribuições patronais, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, serão objeto de acordo para pagamento parcelado em até cento e oitenta prestações mensais, observadas as condições fixadas neste artigo, desde que requerido até o último dia útil do segundo mês subsequente ao da publicação desta Lei. (g.n.)

Pela essência dos parcelamentos em tela não poderia o contribuinte incluir parte dos débitos existentes, até porque, a opção por esses parcelamentos especiais é razão de impedimento para a realização de qualquer outro parcelamento.

Portanto, como no presente caso, o lançamento remanescente compreende o período de 08/1996 a 12/1996, ou seja, anterior à vigência da Lei nº 10.684/2003, eventuais débitos existentes já se encontrariam constituídos e incluídos no parcelamento em questão.

Nesse sentido e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROPOSTOS E ACOLHÊ-LOS PARA RERRATIFICAR O ACÓRDÃO Nº 2402-01.395 E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, pelas razões apresentadas.**

É como voto

Ana Maria Bandeira