



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

Processo nº 11330.000873/2007-81
Recurso nº 100.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.229 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SENDAS S/A E O & N ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1997 a 30/04/1998

PRELIMINARMENTE. DECADÊNCIA TOTAL. QUINQUENAL. SÚMULA VINCULANTE N 8. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO. ART.150, § 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O STF, em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Tratando-se de contribuição social previdenciária, tributo sujeito ao lançamento por homologação, aplica-se a decadência do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

REGIMENTO INTERNO DO CARF. ART.62-A. VINCULAÇÃO À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP N 973.733/SC. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART.173, I, CTN.

Considerando a exigência prevista no Regimento Interno do CARF no art.62-A, esse Conselho deve reproduzir as decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas em conformidade com o art.543-C do Código de Processo Civil.

No caso de decadência de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o RESP n 973.733/SC decidiu que o art.150,§ 4º do Código Tributário Nacional só será aplicado quando for constada a ocorrência de recolhimento, caso contrário, será aplicado o art.173, I, do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso em face de decadência total por quaisquer dos critérios estabelecidos no CTN.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls. 174 a 188 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I/RJ (fls. 144 a 157) que julgou PROCEDENTE EM PARTE a NFLD nº 35.566.233-7 no valor originário de R\$ 60.903,55 (sessenta mil, novecentos e três reais e cinquenta e cinco centavos), o qual foi reduzido para R\$ 12.234,05 (doze mil, duzentos e trinta e quatro reais e cinco centavos), acrescido de juros e multa moratória, após as competências até 11/1997 terem sido acobertadas pelo manto da decadência com base no art.173, I, do Código Tributário Nacional.

Segundo o relatório fiscal às fls. 37 a 41, o crédito exigido na NFLD acima refere-se às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos empregados da empresa prestadora de serviços O&N ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA (**segurados, empresa e SAT/RAT**).

Ademais, informou a auditoria que a remuneração dos serviços prestados foi aferida com base nas notas fiscais de serviços emitidas pela prestadora em favor da tomadora SENDAS, ora recorrente e que esses foram contratados como cessão de mão-de-obra e empreitada, não tendo esta comprovado o recolhimento da exação. Trouxe ainda o conceito de cessão de mão-de-obra e solidariedade, explicando por qual motivo houve a atribuição da responsabilidade do pagamento às empresas SENDAS e O&N ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA.

Desta autuação, houve a ciência da lavratura da NFLD e somente a responsável SENDAS S/A apresentou impugnação às fls. 48 a 61 alegando em síntese:

- *A tempestividade da defesa;*
- *A decadência com base no art.150, parágrafo 4, do Código Tributário Nacional das competências 05/1997 a 07/1997 e 11/1997 a 04/1998;*
- *A ilegalidade do lançamento, por este tentar constituir crédito baseado em legislação posterior (Lei 9.711/98) à ocorrência dos possíveis fatos geradores (05/1997 a 07/1997 e 11/1997 a 04/1998);*
- *Ser necessário o concreto lançamento para que seja invocada a responsabilidade do solidário, de modo que a fiscalização deve primeiramente exigir do contribuinte (real praticante do fato gerador) para só depois cobrar do corresponsável;*
- *Que a fiscalização cometeu ilegalidades ao utilizar-se de critério indevido para apurar o valor do crédito tributário, pois foi desprezado por completo o dispositivo legal da solidariedade e da aferição, uma vez que realiza cobrança contra pessoa que se encontra quite com as obrigações tributárias;*
- *Ser ilegal a incidência de juros e multa;*

Por fim, requereu a anulação integral do lançamento.

Às fls.74 a 75, há despacho da 14 turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I/RJ determinando a manifestação da autoridade fiscal para esclarecer se os serviços prestados foram realmente os de construção civil, se os serviços prestados enquadram-se no art.31 da Lei n 8.212/91 (solidariedade na cessão de mão-de-obra) e como ficou caracterizada a cessão de mão-de-obra.

Em resposta à diligência, o Serviço de Fiscalização esclareceu que os serviços contratados estavam relacionados à obra de construção civil e que o lançamento encontra fundamento legal na execução de obra de construção civil, tendo sido elaborado, em razão dessa nova informação, relatório fiscal complementar.

Às fls.116 a 128 consta acórdão n 12-20.959 da 14 turma da DRJ do Rio de Janeiro I/RJ, informando que as responsáveis solidárias não apresentaram defesa complementar ao relatório fiscal aditado.

Todavia, conforme informação do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário –SECAT, em face desse complemento ao relato fiscal, a empresa SENDAS apresentou defesa às fls.130 a 142.

Instada a manifestar-se acerca da matéria, a 14 turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro I/RJ proferiu decisão (acórdão 12-22.018) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1997 a 30/04/1998

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO. ARBITRAMENTO.DECADÊNCIA. JUROS E MULTA. ANULAÇÃO DE ACÓRDÃO.

O proprietário, 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 sub empreiteira, 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, Lei 8.212/91, art. 30, VI.

Somente será elidida a responsabilidade solidária existente entre o tomador e prestador de serviços se comprovado o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados.

É lícita a apuração por aferição indireta do salário de contribuição na ocorrência de recusa, sonegação ou apresentação deficiente de documentos.(Art. 33, § 30 , da Lei n.º 8.212/91)

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, a teor do disposto no artigo 173, I, do CTN.

Conforme estabelecido nos artigos 34 e 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação alterada pela Lei nº 9.528/97, sobre as contribuições sociais recolhidas em atraso incidem juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

Lançamento Procedente em Parte

Às fls. 158 e 159, há despacho informando a anulação do acórdão 12-20.959, sendo expostos os motivos deste ato, bem como o prosseguimento do feito após a prolatação de nova decisão através do acórdão 12-22.018.

Irresignada com a decisão supra, a empresa SENDAS S/A apresentou recurso voluntário às fls. 174 a 188, reiterando basicamente todos os pontos da impugnação.

Por fim, requereu a reforma da decisão recorrida e a anulação integral da NFLD em querela.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

DA PRELIMINAR:

I – DA DECADÊNCIA TOTAL:

A fiscalização entendeu que no caso em tela o dever do pagamento do tributo, por decorrer de cessão de mão-de-obra em construção civil/empreitada, é solidário, ou seja, tanto a prestadora de serviços como a prestadora poderão ser cobradas da exação, caso tenha se verificado sua ausência de recolhimento.

Assim, inseriu no polo passivo da demanda a empresa SENDAS S/A e a O&N ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA como solidárias pelo cumprimento da obrigação tributária.

Compulsando atentamente os autos, percebo a ocorrência de hipótese de extinção do crédito tributário (a decadência). Senão vejamos:

Sobre a decadência da cobrança de créditos tributários, cabe destacar que as controvérsias que existiam no âmbito dos contenciosos administrativos e no judiciário com relação ao prazo decadencial da Secretaria da Receita Federal para apurar os valores devidos a título de **contribuições previdenciárias** tiveram seu fim com o advento da Súmula Vinculante nº 8, a qual reconheceu como inconstitucionais os arts.45 e 46 da Lei n 8.212/91.

Ambos os dispositivos previam que os prazos para a Seguridade Social apurar e cobrar os seus créditos extinguíam-se com 10 (dez) anos. A grande celeuma era a não aplicação do prazo previsto no Código Tributário Nacional de que os créditos tributários só poderiam ser apurados ou cobrados até 5 (cinco) anos a contar do marco inicial estabelecido pelo CTN.

Assim, após várias decisões invocando a inconstitucionalidade dos arts.45 e 46 da Lei nº 8.212/91, o Egrégio Supremo Tribunal Federal sumulou a matéria com a edição da Súmula Vinculante de nº 8, *in verbis*:

Súmula Vinculante nº 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Sabe-se ainda que essas súmulas têm efeito vinculante sobre a Administração Pública, conforme previsão do art.103-A da Constituição Federal, motivo pelo qual este Colegiado deve aplicar o entendimento acima.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional, o qual disciplina a decadência no art. 173, I e no art. 150, § 4.

Em ambos, o direito de a Fazenda constituir o crédito extingue-se em cinco anos, sendo que pela regra do art. 150, § 4º, a contagem é a partir da ocorrência do fato gerador e a do 173, I, é a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Código Tributário Nacional

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito

tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Pelo exposto, percebe-se que o marco inicial da decadência diverge no Código Tributário Nacional. A regra exposta no art.173, inciso I é aplicável às espécies tributárias que não estão sujeitas ao lançamento por homologação, pois as que se sujeitam a este tipo de lançamento têm o prazo decadencial regulado pelo art.150, §4º do CTN. Este entendimento é pacífico na doutrina pátria¹:

O início do prazo de decadência do direito de lançar, em se tratando de tributo ordinariamente sujeito a lançamento por homologação, começa na data do fato gerador do tributo a que se referir o lançamento.

Não obstante a consideração de que o art.150, §4º do Código Tributário Nacional aplica-se aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, vale destacar que esse Conselho só tem aplicado essa regra aos casos em que ocorre o recolhimento da exação, em virtude do entendimento do Superior Tribunal de Justiça na decisão do Recurso Especial n 973.733/SC (Informativo n 402/STJ), na qual teve como ponto pacífico a aplicação do dispositivo retro somente quando for constatado pagamento das contribuições.

Desse modo, deve esse Conselho sujeitar-se à regra definida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em razão do previsto no Regimento Interno do CARF, *in verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, levando em consideração o acima exposto, e, tendo o presente recurso voluntário como matéria objeto de discussão a decadência, faz-se necessária a vinculação deste voto ao preceito do Regimento Interno do CARF enquanto tal regra permanecer vigente, tendo em vista que o julgamento do RESP n 973.733/SC ocorreu nos moldes do art.543-C do Código de Processo Civil.

Tratando-se o presente processo de solidariedade, entendo que a ciência da autuação deve ser dada a todos aqueles que foram indicados como corresponsáveis para o pagamento do débito.

No caso em tela, a notificação ocorreu em 19/05/2003 somente com relação à empresa tomadora SENDAS, conforme data de assinatura do outorgado (procuração fls.44) José Vaz G. de Magalhães na capa da NFLD (fl.3). Com relação à ciência da prestadora de serviço (O&N ENGENHARIA COMÉRCIO LTDA), esta só ocorreu em 14/06/2006 através do Edital de Publicação n 20 (fls.71 e 72).

Portanto, tratando-se a presente autuação de quantia que, segundo a auditoria, poderia ser cobrada e adimplida por qualquer dos coobrigados (tomador ou prestador de serviço), em face da solidariedade constatada, entendo que o prazo de ciência da notificação a ser considerado para fins de decadência seja a data em que o último coobrigado teve ciência da lavratura da NFLD nº 35.566.233-7.

¹ MACHADO, Hugo de Brito. Decadência e Prescrição no Direito Tributário Brasileiro. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), Curso de direito tributário. 11 ed São Paulo: Saraiva, 2009, p.208.

Cabe destacar que no presente caso, não há relevância em ter ou não ocorrido o recolhimento antecipado, tendo em vista que da ciência em 14/06/2006 até as competências 05/1997 a 04/1998, que estão sendo objeto de discussão, data-se mais de 5 (cinco) anos, ou seja, prazo superior para a constituição do crédito tributário nos moldes do Código Tributário Nacional, seja pelo art.150, §4º ou pelo art.173, I.

Pela contagem do art.150, o fisco só poderia cobrar crédito relacionado até a competência 06/2001, já pela contagem do art.173, I, o fisco só poderia cobrar competência que houvesse sido lançada até 01/01/2004 (cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito das competências de 1998 poderia ter sido lançado), para que o lançamento fosse considerado válido, mas a ciência da autuação do segundo coobrigado só se deu em 14/06/2006, ou seja, ocorreu a decadência.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso voluntário para, em preliminar, DAR-LHE PROVIMENTO, e reconhecer a decadência das competências 05/1997 a 04/1998, independentemente do critério a ser utilizado pelo Código Tributário Nacional (art150, §4 ou art.173, I) com base ainda na Súmula Vinculante n 8 do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel de Souza.