



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11330.001099/2007-26
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2402-009.665 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de abril de 2021
Embargante CONSELHEIRO DENNY MEDEIROS DA SILVEIRA E AERÓLEO TÁXI AÉREO S/A
Interessado PETRÓLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1998

EMBARGOS INOMINADOS. CABIMENTO.

Nos termos do art. 66 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, os embargos inominados destinam-se à correção de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão.

Por outro lado, não sendo os Embargos Inominados o remédio processual destinado a sanar a existência de omissão existente no acórdão embargado, tem-se que o mesmo não merece prosperar neste particular.

EMBARGOS INOMINADOS. PROVIMENTO.

Havendo incorreções ou inexatidões no conteúdo acórdão embargado, os embargos devem ser acatados para correções.

DECADÊNCIA

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando não há pagamento antecipado, ou da ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte recolhe antecipadamente o tributo devido, ainda que de forma parcial.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO JULGADO. CABIMENTO.

São cabíveis embargos de declaração para suprir omissão de acórdão. Os embargos são acolhidos para integrar os fundamentos eivados de omissão, sem efeitos infringentes quando as omissões constatadas não tiverem o condão alterar a decisão embargada

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer parcialmente dos embargos inominados, não se conhecendo da alegação quanto ao não julgamento do recurso voluntário da empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A., em face da inadequação da via eleita, sendo vencido o Conselheiro Denny Medeiros da Silveira, que votou por conhecer integralmente dos embargos inominados e, na parte conhecida, (i) por unanimidade de votos, em acolher os embargos para sanar as inexatidões materiais devidas a lapso manifesto apontadas no Acórdão nº 2402-006.262, fazendo constar, neste, como prestador de serviço e respectivo contrato, a empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A., CNPJ: 15.209.177/0001-57, e o contrato nº 105.2.011.95-3, bem como o período de apuração de 01/05/1995 a 31/05/1998; e (ii) por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, cancelar integralmente o crédito lançado, uma vez que atingido pela decadência, sendo vencidos os Conselheiros Francisco Ibiapino Luz, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Luís Henrique Dias Lima e Denny Medeiros da Silveira, que não reconheceram a ocorrência da decadência; e, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os embargos de declaração da empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A., nos termos do voto do relator, para sanar a omissão quanto à comprovação do recolhimento do crédito tributário exigido.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Tratam-se de embargos inominados de iniciativa de membro deste Colegiado e de embargos de declaração da Contribuinte Aeróleo Táxi Aéreo S/A, em face do Acórdão n. 2402-006.262, p.p. 2.062 a 2.090, deste Colegiado, proferido na sessão plenária de 06/06/18, em julgamento realizado na sistemática dos recursos repetitivos, prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, Anexo II, do RICARF, e assim ementado:

MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS. NÃO CONHECIMENTO.

As matérias não contestadas na impugnação são insuscetíveis de conhecimento em grau recursal.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZAÇÃO.

A colocação de trabalhadores à disposição do contratante, para a execução de serviços contínuos, em suas dependências, caracteriza cessão de mão de obra.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SOLIDARIEDADE ENTRE O TOMADOR E O PRESTADOR. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO DE ORDEM.

Até janeiro de 1999, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra respondia solidariamente com o executor dos serviços pelas obrigações decorrentes da Lei de Custeio da Previdência Social, exceto em relação às contribuições

provenientes do faturamento e do lucro, podendo os créditos serem cobrados tanto do prestador quanto do tomador, sem benefício de ordem.

Nos termos dos Embargos Inominados opostos (p. 2.426) - que, no caso em análise, confunde-se com o respectivo Exame de Admissibilidade – tem-se que:

Após tomar ciência do acórdão em questão, a Contribuinte interpôs os embargos de declaração de fls. 2.216 a 2.220, com fundamento no Anexo II, art. 65, § 1º, inciso II, do RICARF, alegando **obscuridade** no acórdão quanto à solidariedade e quanto à caracterização da cessão de mão de obra.

Todavia, por meio do despacho de fls. 2.286 a 2.289, os embargos foram rejeitados em exame prévio de admissibilidade.

A Contribuinte interpôs, então, o Recurso Especial de fls. 2.353 a 2.372, visando discutir as seguintes matérias:

- a) Comprovação da cessão de mão de obra;
- b) Reinício do contencioso administrativo e decadência.

Pois bem, em relação do item “a”, argumenta a Contribuinte tratar o lançamento sob foco das contribuições previdenciárias devidas pela empresa Aeroleo Táxi Aéreo S/A, contratada para o “afretamento de helicópteros”, tendo sido lançadas as contribuições com base no instituto da responsabilidade solidária, previsto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24/7/91, uma vez que a prestação dos serviços teria sido realizada mediante cessão de mão-de-obra.

(...)

Conforme se observa, apesar da prestação de serviços, tratada no presente processo, ter tido como objeto o “afretamento de helicópteros”, realizado pela Aeroleo Táxi Aéreo S/A, o voto condutor do acórdão embargado tratou de serviços de manutenção em caldeiras, tubulações, equipamentos, purgadores e isolamento térmico, realizados pela Belconav S/A Construção Naval, além de mencionar números de contratos distintos dos contratos sob análise.

(...)

Nota-se, porém, que tal divergência (lapso manifesto) decorreu do fato de o acórdão embargado ter sido formalizado na sistemática dos recursos repetitivos, sem a devida atenção às especificidades do presente processo, em especial quanto à identificação do prestador dos serviços, no momento da reprodução do relatório e do voto condutor do Acórdão nº 2402-006.257, paradigma do julgado em tela.

De qualquer modo, quando da análise da admissibilidade do Recurso Especial apresentado pela Contribuinte, constatou-se o lapso manifesto, o qual foi comunicado a este presidente da Turma.

Sendo assim, torna-se necessário o saneamento do acórdão embargado.

Constatamos, ainda, a possível ocorrência da decadência arguida no Recurso Especial, uma vez que o lançamento se refere ao período de 1º/5/95 a 31/5/98 e foi cientificado à Contribuinte em 29/9/03. Desse modo, por se tratar de questão de ordem pública, passível de conhecimento a qualquer tempo, entendemos que tal questão também deverá ser apreciada pela Turma.

Destaca-se, também, que o recurso voluntário da empresa Aeroleo Táxi Aéreo S/A, fls. 1.040 a 1.063, não chegou a ser julgado, razão pela qual deverá ser apreciado pela Turma.

Por fim, importa ressaltar, ainda, que o acórdão embargado, ao reproduzir a decisão paradigma, na sistemática dos recursos repetitivos, traz o período de 1º/1/99 a 31/1/99, porém, como visto acima, o lançamento de que trata o presente processo se refere ao período de 1º/5/95 a 31/5/98, razão pela qual o saneamento do acórdão também deverá contemplar o período de apuração.

Neste contexto, os Embargos Inominados em questão foram interpostos / admitidos para saneamento quanto às seguintes questões:

- Identificação do prestador dos serviços;
- Período de apuração;
- Possível ocorrência da decadência;
- Julgamento do recurso voluntário da empresa Aeróleo Táxi Aéreo S/A.

No que tange aos Embargos de Declaração da Contribuinte Aeróleo Táxi Aéreo S/A (p. 2.156), tem-se que estes foram admitidos nos seguintes termos, em síntese:

Cientificada da decisão, a Contribuinte, por meio de seu advogado (procuração de fl. 2.189), apresentou os embargos de declaração de fls. 2.156 a 2.187, com fundamento no Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, Anexo II, art. 65, § 1º, inciso II, alegando:

- a) Omissão quanto à decadência no tocante às peculiaridades do caso; e
- b) Omissão quanto à comprovação do recolhimento do crédito.

(...)

Como se nota, de fato, ao afastar a decadência, aplicando a decisão paradigma, o acórdão embargado se omitiu quanto às peculiaridades do presente processo, deixando de considerar o período abarcado pelo lançamento, bem como a real data de lavratura da notificação.

Sendo assim, tem-se por evidenciada a omissão alegada, devendo, pois, ser apreciada e sanada pela Turma Julgadora.

(...)

Conforme se observa, a Embargante requereu, em seu recurso, a declaração de pagamento das contribuições referentes ao período de maio de 1995 a setembro de 1996 e de novembro de 1996 a maio de 1998, alegando ter feito a sua comprovação com “a farta prova documental já adunada”, contudo, nada a esse respeito chegou a ser dito na decisão embargada. Cabendo destacar que no processo paradigma sequer houve a apresentação de recurso pela empresa prestadora de serviços, a qual, diga-se de passagem, não é a mesma deste processo.

Portanto, assiste razão à Embargante quanto a essa omissão, devendo, também, ser apreciada e sanada pela Turma Julgadora.

Assim, referidos embargos foram admitidos para saneamento das omissões apontadas, a saber: (i) omissão quanto à decadência e (ii) omissão quanto à comprovação do recolhimento do crédito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior - Relator.

Da Admissibilidade Parcial dos Embargos Inominados

Nos termos do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, tem-se que *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 deveria pronunciar-se a turma.*

O art. 66 da mesma norma, por seu turno, estabelece que as alegações de inexistências materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão serão objeto de embargos inominados, opostos pelos legitimados para opor embargos de declaração, para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

No caso em análise, conforme exposto no relatório supra, tem-se que os Embargos Inominados em análise foram interpostos / admitidos *para saneamento do acórdão quanto às seguintes questões: identificação do prestador dos serviços, período de apuração, possível ocorrência de decadência e julgamento do recurso voluntário da empresa Aeróleo Táxi Aéreo S/A.*

Pois bem!

No que tange especificamente à análise do recurso voluntário da empresa Aeróleo Táxi Aéreo S/A, tem-se que o acórdão de recurso voluntário foi omissivo neste particular.

Tal omissão, conforme já exposto no relatório supra, decorreu do fato de o acórdão embargado ter sido formalizado na sistemática dos recursos repetitivos, sem a devida atenção às especificidades do presente processo, no momento da reprodução do relatório e do voto condutor do Acórdão nº 2402-006.257, paradigma do julgado em tela.

Ora, ao deixar de analisar o recurso voluntário do contribuinte devedor principal, tem-se que o acórdão de recurso voluntário não incorreu em lapso manifesto hábil a atrair a interposição de Embargos Inominados, mas sim de nítida omissão, e que somente poderia ser desafiada por Embargos de Declaração, nos termos do já mencionado art. 65 do RICARF.

Registre-se, pela sua importância, que tanto a Contribuinte Autuada Responsável Solidária, quanto a Devedora Principal, foram regularmente cientificadas dos termos do acórdão de recurso voluntário, conforme se infere do Termo de Abertura de Documento de p. 2.099 e do Termo de Ciência por Abertura de Mensagem p. 2.100, não tendo, nenhuma destas, insurgindo-se contra a referida decisão neste particular (omissão quanto à análise do recurso voluntário interposto pela devedora principal Aeróleo Táxi Aéreo S/A.).

A rigor, conforme constatado, inclusive, pela autoridade administrativa fiscal da Unidade de Origem (vide despacho de p. 2.279), tem-se que, em face do acórdão de recurso voluntário, do qual, conforme exposto no parágrafo anterior, tanto a Contribuinte Autuada, quanto a devedora principal, foram regularmente cientificadas, a Petrobras (responsável solidária) interpôs Embargos de Declaração e a Aeróleo Táxi Aéreo S/A (devedora principal) também apresentou Embargos de Declaração, mas nada alegando em relação à falta de análise / julgamento do seu recurso voluntário, ocorrendo, no caso em análise, o fenômeno da preclusão consumativa.

Sobre o assunto, socorro-me aos escólios da Conselheira Ranata Toratti Cassini, objeto do Acórdão nº 2402-006.754, *in verbis*:

Sendo a preclusão a perda da faculdade de praticar o ato processual, ensina-nos a doutrina que:

5.Preclusão consumativa: Diz-se consumativa a preclusão, quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo.

[...].

Contestação. Uma vez apresentada a contestação, com bom ou mau êxito, não é dada ao réu a oportunidade de contestar novamente ou de aditar ou completar a já apresentada (RTJ 122/745). No mesmo sentido: RT 503/178.

Nesse sentido, inúmeros são os precedentes deste tribunal no sentido de não conhecer de matéria que não tenha sido submetida à apreciação e julgamento de primeira instância, dos quais cito apenas alguns, ilustrativamente:

Assunto: Imposto sobre Produtos Industrializados IPI

Ano-calendário: 2006 2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL, PRECLUSÃO.

O contencioso administrativo instaura-se com a impugnação, que deve ser expressa, considerando-se não impugnada a matéria que não tenha sido diretamente /contestada pelo impugnante. Inadmissível a apreciação em grau de recurso de matéria não suscitada na instância a quo. Não se conhece do recurso quando este pretende alargar os limites do litígio já consolidado, sendo defeso ao contribuinte tratar de matéria não discutida na impugnação.

DECADÊNCIA.

Tendo a contribuinte sido cientificado no transcurso do quinquênio legal não há que se falar em decadência.

NULIDADE DO MPF.

Tendo sido realizadas as prorrogações e inclusões no procedimento de fiscalização, não há que se acolher a nulidade do procedimento.

(Acórdão 3301002.475, autos do processo nº 19515.004887/201013)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2013

RECURSO VOLUNTÁRIO. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA.

Os contornos da lide administrativa são definidos pela impugnação ou Manifestação de inconformidade, oportunidade em que todas as razões de Fato e de direito em que se funda a defesa devem deduzidas, em observância Ao princípio da eventualidade, sob pena de se considerar não impugnada a matéria não expressamente contestada, configurando a preclusão consumativa, conforme previsto nos arts. 16, III e 17 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

(1001000.297, autos do processo nº 10830.722047/201331)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

INOVAÇÃO DE QUESTÕES NO ÂMBITO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos dos artigos 16, inciso III e 17, ambos do Decreto n. 70.235/72, e, ainda, não se tratando de uma questão de ordem pública, deve o contribuinte em impugnação desenvolver todos os fundamentos fáctico jurídicos essenciais ao conhecimento da lide administrativa, sob pena de preclusão da matéria.

PIS. COOPERATIVAS DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA.

Aplica-se à cooperativa de crédito a legislação da contribuição ao PIS e COFINS relativa às instituições financeiras, sendo irrelevante a distinção entre atos cooperativos e não cooperativos.

Recurso voluntário negado. Crédito tributário mantido.

(3402004.942, autos do processo nº 16327.000840/200381)

Neste contexto, não sendo os Embargos Inominados o remédio processual destinado a sanar a existência de omissão existente no acórdão embargado, tem-se que o mesmo não merece prosperar neste particular.

Das Inexatidões Materiais objeto do Acórdão 2402-006.262

Conforme exposto no relatório supra, *apesar da prestação de serviços, tratada no presente processo, ter tido como objeto o “afretamento de helicópteros”, realizado pela Aeroleo Táxi Aéreo S/A, o voto condutor do acórdão embargado tratou de serviços de manutenção em caldeiras, tubulações, equipamentos, purgadores e isolamento térmico, realizados pela Belconav S/A Construção Naval, além de mencionar números de contratos distintos dos contratos sob análise. Constatamos, ainda, a possível ocorrência da decadência arguida no Recurso Especial, uma vez que o lançamento se refere ao período de 1º/5/95 a 31/5/98 e foi cientificado à Contribuinte em 29/9/03. Por fim, importa ressaltar, ainda, que o acórdão embargado, ao reproduzir a decisão paradigma, na sistemática dos recursos repetitivos, traz o período de 1º/1/99 a 31/1/99, porém, como visto acima, o lançamento de que trata o presente processo se refere ao período de 1º/5/95 a 31/5/98.*

Razão assiste ao Embargante.

De fato, nos termos do parágrafo 1 do Relatório Fiscal (p. 49), tem-se que o presente caso se refere à *Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD DEBCAD nº 35.605.883-2, relativo a valores apurados por responsabilidade solidária decorrente de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, prestados pela empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A, CNPJ: 15.209.177/0001-57, conforme contrato(s) n 105.2.011.95-3.*

O parágrafo 3, por seu turno, do susodito Relatório Fiscal, informa que *o débito foi apurado nas competências de: 05/95 a 09/96; 11/96 a 05/98.*

Registre-se, pela sua importância que, conforme exposto nos Embargos em análise, as divergências em questão decorreram *do fato de o acórdão embargado ter sido formalizado na sistemática dos recursos repetitivos, sem a devida atenção às especificidades do presente processo, em especial quanto à identificação do prestador dos serviços, no momento da reprodução do relatório e do voto condutor do Acórdão nº 2402-006.257, paradigma do julgado em tela.*

Neste espeque, impõe-se o provimento dos Embargos neste particular para sanar as inexatidões materiais devidas a lapso manifesto apontadas no Acórdão embargado nº 2402-006.262, fazendo constar neste como prestador de serviço e respectivo contrato a empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A, CNPJ: 15.209.177/0001-57, conforme contrato nº 105.2.011.95-3 e o período de apuração de 01/05/1995 a 31/05/1998.

No que tange à alegação de decadência, a Contribuinte recorrente – responsável solidária – *defendeu a ocorrência da decadência do direito de constituição do crédito previdenciário, tendo em vista o decurso de prazo superior a cinco anos, entre a maioria dos pretensos fatos geradores do tributo e a notificação de lançamento.*

A DRJ, neste ponto, julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, destacando que o prazo decadencial para o lançamento de contribuições previdenciárias é de 10 anos.

Pois bem!!

A esse respeito, dois aspectos devem ser considerados: o prazo e o termo inicial para contagem da decadência.

Quanto ao prazo decadencial, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e editou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte teor:

Súmula Vinculante nº 08 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A partir da edição da Súmula Vinculante nº 8, ocorrida em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatá-la.

Desse modo, o prazo decadencial para lançamento das contribuições previdenciárias passa de dez para cinco anos, nos termos do CTN.

Falta agora determinar o termo inicial para sua contagem.

Como regra geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é aquele definido no inciso I, do art. 173 do CTN, nos seguintes termos:

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

Entretanto, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se nos termos do §4º do art. 150 do CTN, que assim dispõe:

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.

(...) § 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.

Destarte, é primordial verificar a existência ou não de pagamento a fim de ser fixada qual das duas regras será utilizada para a determinação do termo inicial para a contagem do prazo decadencial.

No caso em análise, examinando os documentos acostados aos autos, verifica-se que foram apresentadas, dentre outros, cópias de Guias de Recolhimento da Previdência Social (GRPS) com as respectivas autenticações bancárias, em relação ao período fiscalizado (ver p.p. 607 a 661), atraindo, assim, no caso concreto, a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Neste espeque, tendo em vista que o lançamento tributário só se considera definitivamente constituído após a ciência (notificação) do sujeito passivo da obrigação tributária (art. 145 do CTN), **que no caso concreto ocorreu em 29/09/2003** (p. 7), resta configurada a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário até a competência de 08/1998, inclusive, em face da consumação da decadência, nos termos acima declinados.

Como o presente caso abrange o período de 05/95 a 05/98, tem-se que o lançamento fiscal resta integralmente fulminado pela decadência.

Dos Embargos de Declaração da Empresa Aeróleo Táxi Aéreo S.A

Conforme exposto no relatório supra, cientificada do acórdão de recurso voluntário nº 2402-006.262, a contribuinte devedora principal Aeróleo Táxi Aéreo S.A apresentou embargos de declaração (p. 2.454), alegando:

- a) Omissão quanto à decadência no tocante às peculiaridades do caso; e
- b) Omissão quanto à comprovação do recolhimento do crédito.

Referidos embargos foram admitidos para saneamento das omissões apontadas.

Pois bem.

Em relação à omissão quanto à decadência, resta prejudicada a análise da referida matéria, uma vez que, conforme exposto linhas acima, a mesma também foi objeto dos embargos inominados, tendo-se concluído que, no presente caso, resta configurada a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário até a competência de 08/1998, inclusive, em face da consumação da decadência, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. Como o presente caso abrange o período de 05/95 a 05/98, tem-se que o lançamento fiscal resta integralmente fulminado pela decadência.

No que tange à comprovação do recolhimento do crédito tributário, assim se manifestou o órgão julgador de primeira instância:

51. À luz da legislação, embora tenham sido apresentadas as folhas de pagamento e as Guias de Recolhimento, as mesmas não atendem aos requisitos da legislação, eis que não encontram vinculação no CAMPO 8 com as notas fiscais emitidas pela empresa. Portanto, não é documentação hábil a elidir a responsabilidade solidária, presumindo-se, assim, a inadimplência, pois os documentos que elidem a responsabilidade solidária são exatamente aqueles que comprovariam o cumprimento da obrigação principal de recolher a contribuição previdenciária devida. Não sendo apresentados tais documentos, a Fiscalização tem o dever de lançar a importância que reputar devida, cabendo o ônus da prova à empresa envolvida.

(....)

55. Exigia a Lei que o prestador de serviços elaborasse folhas de pagamento específicas e guias de recolhimento específicas para cada um de seus contratantes, demonstrando a correta tributação da mão de obra necessária para a consecução dos serviços contidos em cada nota fiscal emitida, para cada contratante. O recolhimento das contribuições previdenciárias tinha que ser efetuado dessa maneira. Ora, na ausência de tais documentos, não pode a Fiscalização presumir que o prestador de serviços esteja adimplente com a Previdência Social e deixar de lançar as contribuições apuradas.

Não há reparos a serem feitos na decisão de primeira instância neste particular.

De fato, importante mencionar que cabe ao fisco o ônus probatório do fato gerador e à parte interessada a prova dos elementos extintivos de sua obrigação, como o pagamento, a teor do artigo 373, do Código de Processo Civil. Assim, a prova do pagamento é ônus do contribuinte, não do fisco.

Não basta, portanto, a mera alegação de que os tributos foram pagos. A empresa tomadora, no caso, a PETROBRÁS, deveria, efetivamente, no momento da fiscalização, ou nos autos, ter comprovado o pagamento das contribuições devidas, pela exibição das guias de pagamento que deveria ter exigido do executor no momento oportuno, conforme determina o artigo 31, caput e §§ 3º e 4º da Lei 8.212/91, com a redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

No que se refere aos documentos anexados ao autos, estes não servem como prova de que as contribuições cobradas no presente lançamento foram efetivamente recolhidas, uma vez que tal comprovação só pode ser efetivada na forma estabelecida nos §§ 3º e 4º da Lei 8.212/91.

O artigo 31 da lei 8212/91, além de estabelecer a responsabilidade solidária, estabelece também a única forma de elisão. Pela disposição legal, se a tomadora de serviços não apresenta a guia de recolhimento quitada, vinculada à nota fiscal/fatura, bem como a folha de pagamento pertinente, assume a obrigação contributiva por solidariedade, não havendo de alegar a existência de qualquer ilegalidade quando da cobrança pelo INSS.

Neste contexto, afigura-se improcedente, pois, a alegação de recolhimento do crédito tributário.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de:

a) em relação aos embargos inominados, conhecer em parte, não conhecendo da alegada omissão do julgamento do recurso voluntário da empresa Aeróleo Táxi Aéreo S.A., em face da inadequação da via eleita e, na parte conhecida, sanar as inexatidões materiais devidas a lapso manifesto apontadas no Acórdão embargado nº 2402-006.262, fazendo constar neste como prestador de serviço e respectivo contrato a empresa AERÓLEO TÁXI AÉREO S.A, CNPJ: 15.209.177/0001-57, conforme contrato nº 105.2.011.95-3 e o período de apuração de 01/05/1995 a 31/05/1998 e (ii) alterar o resultado do julgamento do recurso voluntário, cancelando-se o lançamento fiscal, vez que integralmente fulminado pela decadência.

b) em relação aos embargos de declaração da empresa Aeróleo Táxi Aéreo S.A, acolhe-los, saneando-se a omissão referente à comprovação do pagamento do crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior