



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

Processo nº 13502.000334/2008-30
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.111 – 3ª Turma Especial
Sessão de 21 de fevereiro de 2013
Matéria CP: CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente CARAÍBAS METAIS E OUTROS.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1993 a 01/07/1998

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. SOLIDARIEDADE.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA TOTAL. RECONHECIMENTO. SUPOSTA NOTIFICAÇÃO SUBSTITUTIVA. NOTIFICAÇÃO SUBSTITUÍDA. INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO FATO GERADOR. VICIO MATERIAL.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: I- em negar a preliminar do pedido de adiamento do julgamento suscitado na sessão; e II- em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira do Santos, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 35.897.491-7, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos empregados da empresa prestadora de serviços com cessão de mão de obra, relativamente a parte patronal, contribuição do segurado, SAT, que prestaram serviços à notificada, em razão do instituto da solidariedade, artigo 31, da Lei 8.212/91, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 77 a 93, com período de apuração de 02/1993 a 06/1998, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 39 a 42.

A NFLD ora em comento é substitutiva da NFLD 32.615.937-1, que foi anulada pelo Acórdão 2283/2003, do CRPS, conforme subitem 2.2., do REFISC.

O sujeito passivo Caraíbas Metais foi cientificado da notificação, em 30/12/2005, Folha de Rosto da Notificação Fiscal – FR, fls. 01.

O sujeito passivo MONTMAN Manutenção Industrial Ltda foi cientificado do lançamento por Edital, fls. 209, publicado no Jornal A Tarde, em 25/05/2006.

O contribuinte MONTMAN Manutenção Industrial Ltda não apresentou defesa/impugnação, fls. 210.

O contribuinte Caraíbas Metais apresentou sua defesa/impugnação, em 16/01/2006, as fls. 185, espelho de protocolo do sistema SIPPS, sendo a petição e as razões de defesa juntadas, as fls. 186 a 199, que foi acompanhada dos documentos, de fls. 200 a 205.

A defesa apresentada foi considerada tempestiva, fls. 206 e 207.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação - DN Nº 04.401.4/0392/2006, fls. 211 a 217, em 15/09/2006. No qual o lançamento foi considerado procedente.

Os contribuintes tomaram conhecimento deste decisório, em 12/07/2007, Caraíbas Metais, AR, de fls. 220, e MOTMAN Manutenção Industrial Ltda, por Edital no DOU, de fls. 254, datado, de 26/08/2007.

Irresignado o contribuinte Caraíbas Metais impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 224 e 225, e razões recursais, as fls. 226 a 243, acompanhado dos documentos, de fls. 244 a 251, as alegações estão assim resumidas.

Preliminarmente –

- Que ocorreu decadência, tal prazo é de cinco anos e não dez, e que esta não pode ser interrompida, ainda, que haja erro formal no lançamento anterior; cabendo a aplicação do artigo 173, I, do CTN;

- O representante judicial da recorrente compareceu na sessão de julgamento realizada, em 21/02/2013, solicitando o adiamento do julgamento.

Mérito –

- Que o crédito foi atribuído a recorrente em razão de solidariedade na cessão de mão de obra;
- Que não ocorre a cessão de mão de obra, pois os serviços não são contínuos e nem os trabalhadores ficam a disposição da contratante;
- Que os serviços contratados são especializados, eventuais e realizados em condições eleita pela contratada
- Que os serviços de manutenção são eventuais e esporádicos, tudo no contrato;
- Que os contratos visam resultados específicos, não havendo ingerência da recorrente na prestação destes, pois são contratos de resultado;
- Finaliza requerendo: a) acolhimento da preliminar de nulidade; ou b) a declaração de improcedência e insubsistência, com o cancelamento da notificação.

A empresa apresentou em sessão memorial como reforço às alegações.

A recorrente não realizou o depósito recursal, mas aparentemente está amparada por decisão em MS 2007.33.00.015225-9, de fls. 251, arquivo recebido com páginas faltando.

O Recurso Voluntário da Caraíbas foi considerado tempestivo, fls. 257.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 257.

Na sessão de julgamento ocorrida, em 24/08/2011, por intermédio da Resolução Nº 2803-000.051 baixei os autos em diligência, solicitando as providências a seguir elencadas.

“Desta forma, determino a conversão deste em diligência para que:

1. a autoridade preparadora da DRF origem junte a este os autos do processo do DEBCAD 32.615.937-1 que foi anulado pelo julgamento do CRPS, Acórdão 02/02283/2003 - 2ª CaJ do CRPS, datado, de 22/09/2003, caso absolutamente impossível e só neste caso, observar item 2;.
2. a autoridade preparadora da DRF origem junte aos presentes autos os Acórdãos proferidos pelo CRPS, caso, haja mais de um, o que tudo indica, caso absolutamente impossível, observar item 3;

Processo nº 13502.000334/2008-30
Acórdão n.º **2803-002.111**

S2-TE03
Fl. 292

-
3. ou alternativamente, caso só haja o Acórdão 02/02283/2003 - 2ª CaJ do CRPS, datado, de 22/09/2003, que decidiu pela nulidade juntar este ao crédito ora objurgado.”

A diligência foi cumprida com a anexação dos autos da NFLD anulada aos presentes autos, isto em meio digital e finalmente os autos retornou a este conselheiro.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Em Preliminar.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002.

Neste diapasão apresenta-se, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fossem esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, tem-se no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo. (RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. No presente caso o depósito recursal foi afastado pela decisão em MS 2007.33.00.013832-0, e, desta forma, tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica admito o presente recurso.

A alegação de decadência encontra eco na legislação, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante Nº 08/2008, abaixo transcrita:

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”.

Contudo, embora, argüida como preliminar tal questão leva a resolução de mérito da causa, sendo antecedente lógico. Esclareço, ainda, que reconheço a ocorrência da decadência, por fundamentos diversos do alegado pela recorrente, a seguir esclarecido.

A representante jurídica da recorrente manifestou na sessão de julgamento realizada, em 21/02/2013, a preliminar de adiamento do julgamento. A solicitação de adiamento do julgamento suscitada pela recorrente durante a sessão foi rejeitada pela Turma.

A presente notificação é substitutiva da Notificação Fiscal 32.615.937-1, lavrada, em 18/12/1998, a qual foi objeto de dois julgamentos no Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, Acórdão 02/02283/2003 - 2ª CaJ do CRPS, datado, de 22/09/2003. O citado acórdão foi, assim, ementado.

- EMENTA -

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO — Solidariedade. A não caracterização da existência de cessão mão-de-obra configura cerceamento de defesa, que resulta na nulidade do procedimento fiscal. Anular a NFLD. (desta que do original).

O Acórdão supramencionado entendeu pela nulidade do lançamento anterior sob o fundamento de cerceamento de defesa e aplicou a regra do artigo 173, II, da Lei 5.172/66. Porém tal *decisum* não qualificou expressamente o vício se formal ou material, silenciando a respeito. Para trazer luz sobre o caso mais um trecho do Acórdão de Nulidade deve ser transcrito.

Hoje, quando do julgamento de novos processos — conexos, instruídos de forma semelhante, e após diversas discussões com meus pares, entendo que tal procedimento foi equivocado, posto que substitui, ainda que com deficiências, atribuição do INSS. Caberia sim ao INSS configurar a existência da cessão de mão-de-obra com relação a cada um dos contratos e serviços relacionados com a NFLD em pauta, possibilitando que a Recorrente concordasse ou pudesse contestar satisfatoriamente o que deveria ter sido apresentado.

O INSS procedeu de forma generalizada apresentando um único modelo de Relatório Fiscal, Pronunciamento Fiscal e

DN, sem adentrar nas peculiaridades de cada um dos contratos e/ou serviços. Só quando está CaJ reclamou a necessidade de uma melhor caracterização da cessão de mão-de-obra foram apresentados os contratos e outros, ainda assim nenhum esclarecimento foi apresentado, além de teorias. O INSS não conseguiu sair do campo da suposição — tese da terceirização, e de dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contratos e serviços, ter apontado o que, sob minha ótica, caracterizava ou evidenciava a existência de cessão de mão-de-obra. Reputo, hoje, tal procedimento como intolerável, posto que comporta total cerceamento de defesa. Não cabe a este ou a qualquer outro Conselheiro garimpar nos autos evidências do que foi afirmado pelo INSS de forma genérica. Devemos sim cotejar as afirmativas do INSS, devidamente delimitadas e comprovadas, com as alegações do contribuinte inconformado. Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Portanto, entendo que o melhor desfecho para a NFLD em pauta, é apontar sua nulidade por cerceamento de defesa, possibilitando que o INSS, a seu critério re faça o lançamento, sanando a nulidade apresentada. Registro ainda que em alguns contratos e serviços, vislumbrei a existência de cessão de mão-de-obra, entretanto volto a reafirmar que cabe A. autoridade lançadora motivar seus atos. Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere a prazo decadencial — Inciso II, do Art. 173, do CTN. (realce meu).

Em diversas oportunidades manifestei-me neste colegiado no sentido de não caber ao novo julgador em caso de nulidade como este fazer novo juízo de valor sobre o tipo de vício em respeito e prestígio a decisão anterior.

Entretanto, no presente caso a situação tem peculiaridades, pois a decisão anterior não qualifica o tipo de vício, cita apenas o cerceamento de defesa e a possibilidade de relançamento, com fundamento no artigo 173, II, do CTN.

Esta decisão, ainda, diz que:

Caberia sim ao INSS configurar a existência da cessão de mão-de-obra com relação a cada um dos contratos e serviços relacionados com a NFLD em pauta, possibilitando que a Recorrente concordasse ou pudesse contestar satisfatoriamente o que deveria ter sido apresentado.

Cabe sim, ao INSS, motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no Inciso LV, do Art. 5º, da CF/88.

Verifica-se dos excertos citados que em realidade o que o fisco deixou de fazer foi comprovar a ocorrência do fato gerador em si, haja vista que não ficou configurada a cessão de mão de obra, nos termos do artigo 31, da Lei 8.212/91, na redação em vigor, à época dos fatos.

A não configuração do fato gerador não resulta em nulidade por cerceamento de defesa, mas, sim, em nulidade/inexistência do lançamento (anterior – anulado), pois não atendido o artigo 142, *caput*, da Lei 5.172/66, o que ofende ao artigo 37, *caput*, da CF/88, o que se resume em ausência de lançamento, consubstanciando o vício material apresentado, nos termos expressos as seguir.

*Já o vício material, diz respeito à existência da dívida, como não-ocorrência do fato gerador; sujeito passivo incorreto; sujeito ativo incorreto, (...). No vício material, a dívida que a Fazenda Pública alega existir, na verdade, não existe, (...)."*¹

Desta forma, já me manifestei em outra ocasião quando do julgamento de outra NFLD desta mesma recorrente e nestas mesmas condições, que resultou no Acórdão 2803-00.968, datado de 24/11/2011, Processo 3502.000336/2008-29.

No presente caso NFLD 35.897.491-7 o Relatório Discriminativo Sintético do Débito – DSD, de fls. 08, informa que o período lançado compreende as competências de 11/1995 e 12/1995; 03/1996 a 06/1996, de forma descontínua, isto é, intermitente.

A Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, fls. 01, informa que o suposto crédito substitutivo foi lançado, em 30/12/2005, suposto, pois não se substitui o que não existia, uma vez que a NFLD 32.615.937-1 anulada em verdade não continha lançamento por falta de configuração do fato gerador – cessão de mão de obra.

Logo, entre a última competência lançada nesta notificação 06/1996 e a data de lançamento destes novos autos havia decorrido 09 anos 06 meses. Desta forma, seja pela contagem do artigo 150, 4º ou 173, I, ambos, do CTN, a decadência estava consumada e o direito de lançar extinto.

¹ Anselmo Souza^{1º}, citado em HABLE, José. Decadência tributária: vício de forma e vício de competência. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1999, 21 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12104>>. HABLE, José é auditor tributário da Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, graduado em Agronomia pela UFPR, Administração de Empresas pela FAE e em Direito pela CEUB, pós-graduado em Direito Tributário pelo ICAT, mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB, professor de Direito Tributário. É autor do livro: "A Extinção do Crédito Tributário por Decurso de Prazo".

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso. I – Em preliminar pedido de adiamento do julgamento suscitado na sessão, negado. II – para no mérito dar-lhe provimento, em razão do reconhecimento da decadência, por fundamento distinto do argüido pela recorrente, declarando o lançamento improcedente e extinguindo o crédito lançado.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.