



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

Processo n° 13502.001220/2007-26
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.212 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CARAIBA METAIS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/07/1995

DECADÊNCIA

Quando o lançamento anterior é anulado por vício formal, o termo a quo para contagem da decadência passa a ser a data que se tornar definitiva a decisão que houver anulado o crédito anteriormente constituído.

SOLIDARIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

A contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, reconhecendo a anulação do lançamento original por vício material, o que resulta em decadência total do lançamento presente. Vencidos o relator Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza. Fez sustentação oral a advogada da recorrente Dra. Marluzi Andrea Costa Barros – OAB 896-B/Bahia.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

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

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – CARAÍBA METAIS SA. contra Acórdão nº 15-23.383 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador – BA, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº. 37.054.693-8**, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 15.219,76 retificado para R\$ 13.096,90.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 08/1993 a 07/1995.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 73 a 88, **a presente NFLD nº 37.054.693-8, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.882-0, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 02/00243/2003, de 23.01.2003.**

Anote-se que **uma séries de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.882-0, sendo que no corpo da decisão do Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN:**

Documento:0032.616.012-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002291/2003-05

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

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 dos 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002756/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.616.047-7

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002290/2003-52

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:CAMPO EM BRANCO - PROVISORIAMENTE

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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 dos 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 refaça 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/000258/2003, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.616.011-6

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002288/2003-83

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:CAMPO EM BRANCO -
PROVISORIAMENTE

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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 dos 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 refaça 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/00293/2003, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.615.880-4

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002286/2003-94

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:CAMPO EM BRANCO - PROVISORIAMENTE

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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 dos 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulando o Acórdão nº 02/002757/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto do acima apresentado.

Documento:0032.615.860-0

Tipo do Processo:DÉBITO

Unidade de Origem:DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO-DARREC

Nº de Protocolo do Recurso:44000.002285/2003-40

Recorrente(s):CARAIBA METAIS S/A

Recorrido(s): INSS

Assunto/Espécie Benefício:AFERIÇÃO INDIRETA, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Data de Entrada no(a) JR/CRPS:09/10/2003

Relator(a):LUIZ ANTONIO DE FARIA GRANGEIRO

(...)

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 dos 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 refaça 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 02/002792/2002, da 2ª CaJ/CRPS.

Conforme o **Relatório da decisão de primeira instância**, às fls. 212 a 215, o **lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço Transloc Transporte e Locações Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 16.330.243/0001-28, em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço remunerado contratado mediante cessão de mão-de-obra:**

Afirma também o Relatório que o lançamento foi efetuado contra a empresa em epígrafe e contra a empresa prestadora de serviço Transloc Transporte e Locações Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 16.330.243/0001-28, em função da responsabilidade solidária entre elas decorrente da prestação de serviço remunerado contratado mediante cessão de mão-de-obra.

A base de cálculo, conforme o mesmo Relatório, foi aferida através das notas fiscais referentes aos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, emitidas pela empresa prestadora.

A Caraíba Metais S/A foi intimada a apresentar a documentação necessária elisão da responsabilidade solidária, através de TIAD, porém não foram apresentadas as guias de recolhimento e folhas de pagamento vinculadas as Notas Fiscais de prestação de serviços, conforme estabelecido nos §§ 3º e 40, art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995.

Os contratos celebrados entre a Caraíba Metais S.A. e a empresa Transloc Transporte e Locações Ltda. foram os de ri l's

C-295/92, de 01/10/92; C-030/94, de 10/01/94; e C-135/95, de 01/03/95, que tiveram como objeto o serviço de aluguel de caminhões com operadores, os quais teriam sua alimentação e transporte fornecidos pela Caraíba.

Em seguida o relatório dispõe a respeito do serviço prestado, do prazo de duração e das circunstâncias em que o serviço foi prestado concluindo que "diante das características dos contratos C-135/95, C-030/94 e C-295/92, supracitadas, observa-se que os operadores dos veículos vinculados à Transloc, encontravam-se à disposição da Caraíba, para desenvolver trabalhos, rotineiramente, em dias Ateis, dentro do horário administrativo da Caraíba, ficando, ainda, a cargo desta, o fornecimento de alimentação e transporte a esses operadores em serviço em suas dependências.

O sujeito passivo Transloc Transporte e Locações Ltda. foi cientificado da notificação por edital, no dia 15/05/2008, conforme atesta a cópia do Diário Oficial da União juntada às fls. 200, após tentativa frustrada de cientificação por via postal, fls. 198, porém não apresentou impugnação.

A Caraíba Metais S.A., por sua vez, tomou ciência da notificação por meio pessoal no dia 30/01/2007, conforme assinatura aposta às fl. 01, e apresentou defesa no dia 14/02/2007, conforme cópia de tela do Sistema de Protocolo, fls. 168, a qual foi juntada ao presente processo às fls. 169 a 189.

A Recorrente teve ciência do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09284979-00, às fls. 44 a 50.

O **período objeto da NFLD**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **08/1993 a 07/1995**.

A Recorrente teve ciência da NFLD no dia **30.01.2007**, às fls. 01.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 169 a 189, com Anexos às fls. 190 a 198, onde alega, conforme o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 212 a 215:

(i) Alega a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, e em seguida afirma que os supostos débitos referentes As competências apontadas na notificação sob julgamento já teriam sido alcançados pela decadência, antes mesmo da decisão que anulou o lançamento anterior, na forma da legislação aplicável A decadência das contribuições previdenciárias, tratando-se, portanto, de créditos homologados e extintos.

(ii) Transcreve textos doutrinárias e decisões jurisprudenciais e conclui que, em se tratando de matéria tributária o prazo decadencial a ser aplicado encontra-se disciplinado no art. 150, §40, do Código Tributário Nacional (CTN), quando houver

pagamento antecipado no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação e no art. 173 do mesmo Código, aplica-se aos casos em que não houve pagamento antecipado do tributo.

(iii) Assim, considerando que a notificação contempla débitos dos exercícios de agosto de 1993 a julho de 1995, o prazo decadencial teve início em 01/01/1996 e se encerrou no dia 01/01/2001. Dai, conclui-se pela decadência do direito da Fazenda constituir o crédito em comento, vez que o lançamento ocorreu somente em 2007.

(iv) Ressalta ainda que o prazo decadencial não teria sido suspenso após a decisão que em 24/09/03, anulou a notificação por erros formais, visto que o prazo decadencial não admite suspensão ou interrupção.

(v) Argumenta que, no caso em tela, não se trata de serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra, pois, em nenhum momento, pode-se afirmar que os empregados da empresa contratada ficavam a disposição da Autuada. Dispõe que o transporte de carga é programado e definido previamente entre a Autuada e seus fornecedores ou compradores, e, quando o transporte de cargas está sob a responsabilidade da Autuada, a mesma informa à empresa de transporte contratada os locais de carga e descarga das mercadorias para que o transporte seja realizado em determinados horários.

(vi) As alegações da fiscalização no sentido de que a transportadora se obrigou contratualmente a atender As instruções da Autuada com relação As programações de embarque e horários de carga e descarga, demonstram claramente que não ocorreu a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, já que em nenhum momento os empregados da transportadora ficaram à disposição da Autuada. A fim de corroborar o seu entendimento transcreve trechos doutrinários e decisões judiciais.

(vii) Afirma que, caracterizado o contrato de transporte, a relação jurídica envolve somente os interessados, ou seja, a contratante e a contratada. Desta forma, no serviço a ser prestado pelos funcionários da contratada não haverá subordinação perante o contratante, mesmo sendo a execução dos serviços efetuada nas dependências do contratante ou de terceiros, pois o vínculo dos trabalhadores continua sendo com o seu empregador. Com conseqüência, a empresa prestadora do serviço não teria operado cedendo mão-de-obra, nem tampouco

colocando à sua disposição seus empregados-segurados. No caso em tela, ter-se-ia figurado apenas a prestação de serviço pura e simples, desbotada do conceito de cessão de mão-de-obra.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, nos termos do Acórdão nº 15-23.383 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador - BA, fls. 212 a 215, **inclusive para se declarar a decadência até a competência 11/1993, inclusive, com base no art. 173, I, CTN, bem como para se excluir do pólo passivo a prestadora de serviços, Transloc Transporte e Locações Ltda.**, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/07/1995

Ementa:

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 8 do STF: "São inconstitucionais o 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". O prazo decadencial para o lançamento de contribuições sociais é de 5 anos.

O crédito tributário não subsiste contra responsável solidário não cientificado dentro do prazo de decadencial.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. ELEMENTOS.

Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação.

A configuração da cessão de mão-de-obra, prevista no §2º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, não exige a existência de relação de subordinação entre empregados da contratada e a contratante.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/07/1995

Ementa: .

APLICAÇÃO DA MULTA. ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DA APLICAÇÃO.

Considerada a alteração na legislação e a aplicação da multa mais benéfica prevista no art. 106 do CTN, durante a fase do contencioso administrativo, de primeira instância, não há como

se calcular a multa mais benéfica, haja vista que o pagamento ainda não foi postulado pelo contribuinte. Esta é uma interpretação literal do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior à MP nº 449, de 2008, que estabelece que as multas de mora valem para o momento do pagamento. Portanto, somente neste momento o percentual da multa de mora estará definido.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por maioria de votos, excluir do processo a prestadora de serviços, Transloc Transporte e Locações Ltda., em razão da falta de regular notificação do lançamento, que não mais pode ser saneada pelo transcurso do prazo decadencial, pelo que deve ser excluída a expressão "E OUTRO(S)" da qualificação do pólo passivo; excluir o crédito lançado nas competências 08 a 11/1993, em razão de já ter sido alcançado pela decadência antes da decisão que anulou o lançamento anterior; e para considerar PROCEDENTE EM PARTE o lançamento de que trata a NFLD em tela contra a tomadora de serviços, Caraiba Metais S/A, nos termos do voto e de sua fundamentação.

Vencidos os julgadores Antonio Augusto Matias de Souza e Flaviano Nicodemos de Andrade Lima.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, na forma dos arts. 25, II, e 33 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Destaque-se que, em face do valor de alçada, previsto no art. 10 da Portaria MF nº 03, de 3 de janeiro de 2008, c/c art. 366, § 3º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, este Acórdão não se submete a recurso de ofício.

Encaminhe-se ao órgão de origem para cientificar o contribuinte e adotar as providências cabíveis.

Inconformada com a decisão de primeira instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, onde alega em apertada síntese que:

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/05/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARA, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 15/06/2012 por IVACIR JULLIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 18/06/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

Faz-se necessário demonstrar aos limos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que as NFLD's foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

*(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente **em razão dos vícios materiais identificados**, que dizem respeito à própria existência da dívida, **jamais se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal**, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.*

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.693-8, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu em 01/1996, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2001. Entretanto, o Il. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 06 anos!

(iii) Precedentes no CARF

Colaciona Acórdão 2301-00.502 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, relator Cons. Júlio César Vieira, que julgou o lançamento nulo porque considerou que a decisão do CRPS erroneamente apontou a possibilidade de refiscalização com base no art. 173, II, CTN quando o caso se direcionava para vício material, com isso também aplicou a Súmula 8 do STF para fundamentar a anulação por decadência:

"Processo nº 13502.00113412007-13

Recurso Voluntário nº 154.367

Acórdão nº 2301-00.502 — 3ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária

Sessão de 07 de julho de 2009

Matéria Decadência

Recorrente CARAÍBA METAIS S.A.

Recorrida SRP/SALVADOR/BA

Assunto Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de Apuração 01/02/1993 a 31/05/1998

LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. DECADÊNCIA. VÍCIO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE

A falta de caracterização dos fatos geradores. constitui vício material, do que resulta, em caso 'de prejuízo à defesa, em nulidade do Lançamento; portanto, inaplicável a regra do artigo 173, II do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido."

(...)

VOTO

(...) Pela leitura dos fundamentos, conclusão, decisório e ementa, o lançamento foi anulado por falta de caracterização da cessão de mão de obra. Também, não fez coisa julgada administrativa a qualificação do vício que a anulou como formal. Não há essa expressão em nenhuma parte do acórdão. Apenas se diz no corpo do voto vencedor que pode o órgão fiscalizador refazer o lançamento. Esta parte entendo que é apenas uma orientação. O CRPS não possui precedência hierárquica em assuntos administrativos, padecendo de competência para uma avaliação discricionária sobre a conveniência e oportunidade de se realizar novo lançamento ou não. Exame tipicamente decorrente do poder de polícia administrativa. É aceitável, embora não seja esse meu entendimento, que ao consignar a possibilidade de reconstituição do lançamento estar-se-ia implicitamente considerando que lançamento tenha sido anulado por vício formal. Mas, vejo aí duas razões principais para não se chegar à mesma conclusão: primeiro porque essa declaração de que novo lançamento pode ser realizado pode ter resultado justamente no entendimento de que o CRPS tivesse competência para isso; segundo porque essa declaração não tem constituído premissa ou fundamento para se chegar à conclusão e que o lançamento é nulo

(...)Por todo o exposto, não vejo com estender para o vício do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador a regra especial no artigo 173, II, mas tão somente as regras gerais nos artigos 150, §41º e 173, I do Código Tributário Nacional.

No presente caso, qualquer que seja a regra decadencial todo o período do lançamento está por ela alcançado. Portanto, voto pelo provimento do recurso.

(iv) da inocorrência do fato gerador apontado no NFLD

Entretanto, é cediço que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação

e habitualidade. Senão vejamos o que dispõe o próprio artigo 31 da Lei 8.212/91.

(...) Contudo, os contratos utilizados como balizadores do fato gerador, versavam apenas sobre o aluguel de caminhões durante as Paradas de Manutenção de 94 e 95, e para serviços Caraíba, portanto, durante período delimitado e previamente pactuado, bem como deveriam ser realizados sob condições específicas, estas eleitas pela própria contratada.

(...) Resta evidenciado, pois, que os contratos objetos da NFLD que ora se pretende anular não configura a prestação de serviço de transporte como quis fazer crer o Autuante, mas ao mero aluguel dos caminhões Munck, de modo que não há que se falar na configuração da cessão de mão-de-obra, já, ainda, que inexistiu, quaisquer dos elementos necessários para a determinação de subordinação dos empregados disponibilizados ao poder diretivo (de comando) da Recorrente para a consecução do objeto pactuado, lhe cabendo apenas fiscalizar, por óbvio, o efetivo cumprimento do "serviço" (aluguel) contratado.

Em verdade, no caso sob exame, passou-se ao largo das características de (i) dependência do contratante, (ii) disposição do contratado A contratante e (iii) realização de serviços, quiçá contínuos.

fls. 296.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 296.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**Da regularidade da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a Terceiros.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado NFLD nº 37.054.693-8 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.054.693-8)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP n° 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. RDA – Relatório de Documentos Apresentados

f. *FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*

g. *CORESP - Relatório de Co-responsáveis do Débito;*

h. *VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);*

i. *TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;*

j. *TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;*

k. *TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;*

l. *REFISC – Relatório Fiscal.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Analisando-se o NFLD nº 37.054.693-8, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

(i) Do vício material em contraposição do vício formal

Faz-se necessário demonstrar aos limos. Julgadores, conforme se vê da simples leitura do acórdão acima colacionado, que as NFLD's foram anuladas tendo em vista carecer de provas suficientes para que restasse comprovado o direito de crédito do INSS, portanto, vício material.

(...) Com efeito, se revela equivocada a parte dispositiva do acórdão supra, que ensejou no novo lançamento ora objurgado.

*(...) Uma vez que os referidos lançamentos foram anulados, verdadeiramente **em razão dos vícios materiais identificados**, que dizem respeito à própria existência da dívida, **já se aplicaria ao caso o artigo 173, II, do CTN, que remete a vício formal**, impossibilitando assim, o relançamento daqueles fatos geradores, já carcomidos pela decadência.*

(iii) Precedentes no CARF

Analisemos conjuntamente os tópicos (i) e (iii).

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 73 a 88, **a presente NFLD, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.882-0, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 02/00243/2003, de 14/10/2003.**

Anote-se que **uma séries de lançamentos relacionados à responsabilidade solidária tendo a empresa CARAÍBA METAIS S/A como sujeito passivo foi anulado no CRPS, inclusive o referente à NFLD 32.615.882-0, sendo que no corpo da decisão do Acórdão do CRPS sempre se fez referência à possibilidade do INSS refazer o lançamento com fulcro em vício formal, previsto no art. 173, II, CTN:**

(...)

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

dos 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 refaça 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 à 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.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL (...).

Resta claro que na decisão do **Acórdão CRPS nº 02/00243/2003, de 14/10/2003., referente à NFLD 32.615.882-0, a referência expressa à possibilidade do INSS, a seu critério, refazer o lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN:**

“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 refaça 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 à 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.”

Neste sentido, **o art. 173, II, CTN expressamente** se refere ao período decadencial para a constituição do crédito tributário após **a anulação do lançamento por vício formal:**

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Portanto, **resta evidente que a decisão do CRPS expressamente apontou a anulação do Acórdão CRPS nº 02/00243/2003, de 14.10.2003, por vício formal** de forma a possibilitar que a Fazenda Pública, a seu critério, promovesse novo lançamento com fulcro no art. 173, II, CTN.

Outrossim, considero que o presente Recurso Voluntário não se reveste da instrumentalidade adequada para cassar ou rever decisões proferidas em sede do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

(ii) Da decadência ocorrida com base na Súmula 8, STF.

Destarte, consoante se observa do próprio Relatório da NFLD 37.054.693-8, ora combatida, o primeiro dia do exercício seguinte ao qual o lançamento poderia ter sido efetuado se deu em 01/1996, deste modo o prazo para que a administração pública constituísse o crédito tributário findou-se em 01/2001. Entretanto, o Il. Órgão Fazendário somente se dignou a efetuar o novo lançamento em janeiro de 2007, quando já havia transcorrido o prazo decadencial há 06 anos!

Analisemos.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 73 a 88, **a presente NFLD, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.882-0, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 02/00243/2003, de 14/10/2003.**

O **período objeto da NFLD nº 37.054.693-8**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de **08/1993 a 07/1995**.

A Recorrente teve ciência da NFLD nº 37.054.693-8 no dia **30.01.2007**, às fls. 01.

(ii.1) Em relação à lavratura da presente NFLD 37.054.693-8:

Lançada em substituição à NFLD 32.615.952-5, **obviamente não há decadência** do direito de constituição dos créditos ora lançados nos termos do artigo 173, II, CTN:

- data da anulação do Acórdão CRPS 2388: 23.01.2003;
- data da ciência da presente NFLD: 30.01.2007

(ii.2) Em relação à NFLD substituída 32.615.882-0:

- período objeto: de 08/1993 a 07/1995
- ciência da NFLD: 21.01.1999

Em que pese a decisão de primeira instância ter declarado a decadência parcial até a competência 11/1993, inclusive, com base no art. 173, I, CTN, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

Analisemos, portanto.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - 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. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“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 à administração pública direta e indireta,

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“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. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“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 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. (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ. 1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) (g.n.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial

disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Saubag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, verifica-se que o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, disposto às fls. 14 a 34, apresenta, dentre as competências objeto da presente NFLD, vários pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal, nas competências 08/1993 a 04/1995.

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência inculpada no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte, além de não se materializar as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela Recorrente, às fls. 01, se deu em 21.01.1999 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 08/1993 a 07/1995.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 12/1993, inclusive.

NO MÉRITO

(iv) da inocorrência do fato gerador apontado no NFLD

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 1036.

Entretanto, é cedição que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação e habitualidade. Senão vejamos o que dispõe o próprio artigo 31 da Lei 8.212/91.

(...) Contudo, os contratos utilizados como balizadores do fato gerador, versavam apenas sobre o aluguel de caminhões durante as Paradas de Manutenção de 94 e 95, e para serviços Caraíba, portanto, durante período delimitado e previamente pactuado, bem como deveriam ser realizados sob condições específicas, estas eleitas pela própria contratada.

(...) Resta evidenciado, pois, que os contratos objetos da NFLD que ora se pretende anular não configura a prestação de serviço de transporte como quis fazer crer o Autuante, mas ao mero aluguel dos caminhões Munck, de modo que não há que se falar na configuração da cessão de mão-de-obra, já, ainda, que inexistiu, quaisquer dos elementos necessários para a determinação de subordinação dos empregados disponibilizados ao poder diretivo (de comando) da Recorrente para a consecução do objeto pactuado, lhe cabendo apenas fiscalizar, por óbvio, o efetivo cumprimento do "serviço" (aluguel) contratado.

Em verdade, no caso sob exame, passou-se ao largo das características de (i) dependência do contratante, (ii) disposição do contratado A contratante e (iii) realização de serviços, quiçá contínuos.

Analisemos.

De início, tem-se que observar que os serviços de transporte de carga estão previstos na legislação previdenciária que conceitua a cessão de mão-de-obra no Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social aprovado pelo Decreto nº 356, de 7/12/1991 e posteriormente pelo Decreto nº 612 de 21/07/1992:

Regulamento da Organização e do 'Custeio da Seguridade Social aprovado pelo Decreto nº 356 de 7/12/1991, - DOU DE 99/12/91 e posteriormente pelo Decreto nº 612 de 21/07/1992 — DOU de 22/07/19

Art. 46 (...)

§ 3º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem plena identificação dos fatos geradores das contribuições, independentemente da natureza e da forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no § 3º as seguintes atividades:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 17/05/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARA, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 15/06/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 17/05/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 18/06/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

- a) construção civil;
- b) limpeza e conservação;
- c) manutenção;
- d) vigilância;
- e) segurança e transporte de valores;
- f) transporte de cargas e passageiros;
- g) outras atividades especializadas estabelecidas pelo MPAS

Em sede de Recurso Voluntário, a Recorrente aduz que o conceito de cessão de mão-de-obra tem como requisito a colocação de empregados disposição exclusiva do contratante, ainda sob os aspectos de subordinação e habitualidade:

Lei 8.212/1991 - Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23. (redação original)

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

(...)

§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos não relacionados diretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.129, de 20.11.95)

§ 2º Exclusivamente para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

Observa ainda a Recorrente que os contratos objetos da NFLD que ora se pretende anular não configura a prestação de serviço de transporte como quis fazer crer o Autuante, mas ao mero aluguel dos caminhões Munck, de modo que não há que se falar na configuração da cessão de mão-de-obra.

Entretanto, conforme se deduz do art. 31, § 2º, Lei 8.212/1991, já ressaltado pela decisão de primeira instância, a cessão de mão-de-obra deve ser caracterizada com os segurados da empresa prestadora de serviços realizando serviços contínuos; sendo lotados nas dependências da empresa contratante ou nas dependências de terceiros; além de estarem à disposição da empresa contratante.

Então, verifiquemos a situação dos empregados da empresa contratada que prestaram serviço à Recorrente:

(a) serviços contínuos.

A Auditoria-Fiscal evidencia, no Relatório Fiscal às fls. 73 a 88, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 92 a 109, a continuidade dos serviços prestados pela empresa contratada:

5.12 Como "serviços de natureza continua" são entendidos aqueles que se constituem em necessidade permanente do contratante, ligados ou não à sua atividade fim. conceito de continuidade abrange o tipo de serviço e não a empresa contratada para prestá-lo, ou a frequência de sua prestação. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar ou quantas vezes for prestado, terá natureza continua. Por isso mesmo, não se pode considerar um determinado contrato ou determinada empresa de forma isolada, mas sim a permanente necessidade dos serviços contratados no complexo industrial como um todo, assim como a natureza continua desses serviços no contexto global das diversas plantas existentes na área industrial da contratante.

5.13 Em suma, o conceito de continuidade abrange os serviços e não a empresa contratada. Se caracterizada a necessidade permanente do serviço, este, independentemente de quem o prestar terá natureza continua. A análise dos inúmeros contratos celebrados entre Caraiba Metais S/A e diversas empresas revela a prestação continua de serviços de limpeza, manutenção de máquinas e equipamentos, transporte de cargas e passageiros, apoio de mão-de-obra nas paradas de manutenção, caldeiraria, construção civil, dentre outros.

(b) em relação ao local de trabalho

Resta evidenciado no Relatório Fiscal às fls. 73 a 88, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 92 a 109, que os segurados da empresa contratada atuam nas dependências da empresa contratante:

5.7 Da análise do contrato C-030/94 verificou-se que o horário normal de trabalho foi determinado de 2a a 6' , das 07:45 is 17:10 hs. Observou-se, ainda, que a Caraiba se comprometia a garantir um mínimo de 168 horas mensais de utilização por veículo. Ficou, também, a cargo da Caraiba o fornecimento de alimentação e transporte para os operadores dos veículos em serviço em suas dependências.

5.8 A Carta-Contrato C-295/92, de 01/10/92, teve por objeto o fornecimento de caminhões tipo Munck 4 ton, para serviços à Caraiba, nas areas internas e externas, com prazo de vigência de 24 meses e preço global estimado em Cr\$ 550.000.000,00. O termo aditivo n° 01, de 29/06/94, alterou o prazo de vigência desse contrato para 3 anos, e o preço global estimado para 75.000 URV.

5.9 De acordo com a cláusula III do contrato C-295/92, o modo de execução do serviço seria definido conforme solicitação da Caraiba..0 Anexo I do contrato, por sua vez, continha a planilha de preços, indicando o horário normal de trabalho de 2' a 6' , das 07:45 as 17:10 hs, informando, também, que a Caraiba se comprometia a garantir um mínimo de 168 horas mensais para o primeiro veículo e que para os demais, a Caraiba pagaria somente as horas trabalhadas. A Caraiba forneceria, ainda, alimentação e transporte para os operadores dos veículos em serviço em suas dependências.

(c) à disposição da Recorrente (contratante dos serviços).

A disponibilidade dos empregados da contratada para com a Recorrente, é atacada pela Recorrente que afirma que não estavam à disposição dela.

Entretanto, compulsando o Relatório Fiscal, às fls. 73 a 88, a partir das cópias dos contratos de prestação de serviços às fls. 92 a 109, verifica-se evidenciado por provas documentais que os operadores de veículos vinculados à empresa contratada encontravam-se à disposição da Recorrente, sob o seu direcionamento embora sem subordinação direta, tendo em vista que transitavam com veículos pesados nos estabelecimentos da empresa contratante:

5.2 Os contratos celebrados entre a Caraiba Metais S.A. e a empresa TRANSLOC TRANSPORTES E LOCAÇÕES LTDA foram os seguintes:

C-295/92

C-030/94

C-135/95

5.3 O Contrato C-135/95, de 01/03/95, teve por objeto serviços de aluguel de caminhões Munck durante a Parada da

Manutenção(PM)/95. Esse contrato teve prazo de vigência de 120 dias e preço global estimado em R\$ 35.000,00.

5.4 De acordo com a cláusula sétima desse contrato, a contratada Transloc deveria fornecer o combustível dos caminhões e substituí-los no prazo máximo de 4 horas, quando apresentassem defeitos, fornecendo outros caminhões extras para serviços de curtos períodos, atendendo num prazo máximo de 48 horas. Já de acordo com a cláusula 8.1 a alimentação e o transporte dos empregados da Transloc seriam fornecidos pela Caraiba.

5.5 A planilha de pregos, contida no Anexo I do contrato, discriminava o horário normal de trabalho de 2a a 6a , das 07:45 is 17:10 hs, discriminando, também, a quantidade necessária de caminhões Mtuick nas paradas de manutenção, sendo aproximadamente 4 unidades de caminhão Munck de 4 ton e 01 unidade de caminhão Munck de 6 ton.

5.6 O Contrato C-030/94, de 10/01/94 teve por objeto serviços de aluguel de caminhões Munck, por preço unitário, para execução de serviços gerais, durante a Parada da Manutenção(PM)/94. Esse contrato teve prazo de vigência de 15 dias e o preço global foi estimado em Cr\$ 50.000.000,00, alterado, posteriormente, pelo termo aditivo n° 01, de 09/02/94, para Cr\$ 60.000.000,00.

5.7 Da análise do contrato C-030/94 verificou-se que o horário normal de trabalho foi determinado de 2a a 6' , das 07:45 is 17:10 hs. Observou-se, ainda, que a Caraiba se comprometia a garantir um mínimo de 168 horas mensais de utilização por veículo. Ficou, também, a cargo da Caraiba o fornecimento de alimentação e transporte para os operadores dos veículos em serviço em suas dependências.

5.8 A Carta-Contrato C-295/92, de 01/10/92, teve por objeto o fornecimento de caminhões tipo Munck 4 ton, para serviços à Caraiba, nas areas internas e externas, com prazo de vigência de 24 meses e preço global estimado em Cr\$ 550.000.000,00. O termo aditivo n° 01, de 29/06/94, alterou o prazo de vigência desse contrato para 3 anos, e o preço global estimado para 75.000 URV.

5.9 De acordo com a cláusula III do contrato C-295/92, o modo de execução do serviço seria definido conforme solicitação da Caraiba..0 Anexo I do contrato, por sua vez, continha a planilha de preços, indicando o horário normal de trabalho de 2' a 6' , das 07:45 as 17:10 hs, informando, também, que a Caraiba se comprometia a garantir um mínimo de 168 horas mensais para o primeiro veículo e que para os demais, a Caraiba pagaria somente as horas trabalhadas. A Caraiba forneceria, ainda, alimentação e transporte para os operadores dos veículos em serviço em suas dependências.

5.10 Diante das características dos contratos C-135/95, C-030/94 e C-295/92, supracitadas, observa-se que os operadores dos veículos vinculados à transloc, encontravam-se à disposição da Caraiba, para desenvolver trabalhos, rotineiramente, em dias úteis, dentro do horário administrativo da Caraiba, ficando,

ainda, a cargo desta, o fornecimento de alimentação e transporte a esses operadores em serviço em suas dependências

Neste ponto, a Recorrente não evidenciou provas materiais acerca de suas alegações acerca dos contratos de prestação de serviços tratarem-se de mero aluguel de veículos, impondo-se então a configuração da cessão de mão-de-obra. que os empregados da contratada estavam à disposição da Recorrente.

Diante do exposto, não procede a alegação da Recorrente.

DA MULTA DE MORA

Analisemos.

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para, **NAS PRELIMINARES**, se reconhecer a decadência parcial até a competência 12/2003, inclusive, com base no art. 150, § 4º, CTN, e, **NO MÉRITO**, se recalculer o valor da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Redator Designado

Como afirmado anteriormente no corpo do voto, o crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, à contribuição da empresa, à contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – SAT/RAT, do período de 08/1993 a 07/1995:

O período objeto da NFLD nº 37.054.693-8, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 09, é de 08/1993 a 07/1995.

A Recorrente teve ciência da NFLD nº 37.054.693-8 no dia 30.01.2007, às fls. 01.

Ademais, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 73 a 88, a presente NFLD, com ciência do sujeito passivo em 30.01.2007, foi lançada em substituição à NFLD nº 32.615.882-0, com ciência do sujeito passivo em 21/01/1999, anulada por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 02/00243/2003, de 14/10/2003.

No caso concreto, conforme citação abaixo, se observa que o Ilustre Relator tomou como conclusiva para o seu voto, a parte final da decisão que anulou a NFLD 32.615.882-0, conforme o Acórdão nº 02/00243/2003, de 14/10/2003, do CRPS:

“ Como pode se depreender do texto acima, a anulação teve por base o inciso II, do artigo 173 do CTN, abaixo transcrito

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

A contagem do prazo decadencial então é a partir da data em que se tornou definitiva a decisão que anulou, por vício formal, o lançamento, isto é, 01/11/2003.

O contribuinte tomou ciência do lançamento deste processo em 30/12/2005. Constata-se que não se operou a decadência.

Inicialmente, em 18/12/98, o crédito foi constituído por meio da NFLD 32.616.012-4, que foi anulada por decisão do CRPS conforme o acórdão n° 000218, de 31/10/2003.”

Sustentado, como afirmou, pela parte final do Acórdão, entendeu que estava diante de uma nulidade por vício formal, e assim, compulsoriamente, teve que seguir a dicção do referido artigo 173, II do CTN para efetuar as contas quinquenais sobre a decadência e, por consequência, negar provimento.

Recente Acórdão do Primeiro Conselho de Contribuintes, aduz que :

“ (...)

o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão n° 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes) ”

Analisando-se todo o desenvolvimento e estrutura lógica do arrazoado do CRPS sobre a infração em tela, se infere que, contrariamente a conclusão sobre ter havido vício formal, o que restou demonstrado é que ocorreu vício material posto que fora por falta de motivação e conseqüente cerceamento de defesa que a referida NFLD fora anulada. Senão vejamos :

Relevante observar que CRPS declarou nula a NFLD em comento nos seguintes termos:

“ 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 dos dispositivos legais para a realidade fática dos contratos ou das prestações de serviços.

Ainda lembro, quando analisei diversos contatos 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 à autoridade lançadora motivar seus atos.** Tal decisão resguarda os direitos da autarquia no que se refere ao prazo decadencial — Inciso II, do Art. 173, do CTN. (grifei) (novos grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO INSS e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, anulado o Acórdão n.º 02/002757/2002, da 2ªCaJ/CRPS.

Em substituição àquele voto no sentido de CONHECER DO RECURSO do notificado e ANULAR a NFLD em pauta, na forma do voto acima apresentado.

Isto posto, é nesse ponto que ousou divergir do Ilustre Conselheiro Relator, que diante daquela colocação final, a meu juízo, desarrazoada e descontextualizada, face a ausência de nexos com todo o corpo do texto, concluiu que a NFLD fora anulada por vício formal.

A generalidade, subjetividade e a falta de motivação observadas pelo CRPS, vícios tipicamente materiais, prejudicaram, diretamente, os atos posteriores provocando cerceamento de defesa razão pela qual fora declarada a nulidade daquele lançamento:

“Portanto, entendo que **o melhor desfecho** para a NFLD em pauta, é apontar sua **nulidade por cerceamento de defesa...**”
(grifei)

A inserção do artigo 173, II do CTN na parte final do arrazoado, contrariou frontalmente todo desenvolvimento do texto o que faz crer que tal colocação tenha sido inserida por equívoco.

A Lei 5.172, Código Tributário Nacional – CTN, artigo 142 contém previsão da obrigatoriedade de se demonstrar claramente a ocorrência do **a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e determinar a matéria tributável** :

(...)

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido **o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,**

identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Exortando novamente o Acórdão, de nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008, da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes se demonstra configurado o vício material quando há equívocos na construção do lançamento contrariando o exigido no artigo 142 do CTN:

*“ **O vício material ocorre quando** o auto de infração não preenche aos requisitos constantes do art. 142 do Código Tributário Nacional, havendo equívoco na construção do lançamento quanto à verificação das condições legais para a exigência do tributo ou contribuição do crédito tributário, enquanto que o vício formal ocorre quando o lançamento contiver omissão ou inobservância de formalidades essenciais, de normas que regem o procedimento da lavratura do auto, ou seja, da maneira de sua realização... (Acórdão nº 192-00.015 IRPF, de 14/10/2008 da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes)”*

Quando a descrição do fato, como assevera o CRPS no caso presente, não é suficiente para a certeza de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente duvidoso. É o que a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes denomina de **vício material**:

“ (...) ”

RECURSO EX OFFICIO – NULIDADE DO LANÇAMENTO – VÍCIO FORMAL. A verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributável, o cálculo do montante do tributo devido e a identificação do sujeito passivo, definidos no artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, são elementos fundamentais, intrínsecos, do lançamento, sem cuja delimitação precisa não se pode admitir a existência da obrigação tributária em concreto. O levantamento e observância desses elementos básicos antecedem e são preparatórios à sua formalização, a qual se dá no momento seguinte, mediante a lavratura do auto de infração, seguida da notificação ao sujeito passivo, quando, aí sim, deverão estar presentes os seus requisitos formais, extrínsecos, como, por exemplo, a assinatura do autuante, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula; a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado, com a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(...) ”

(7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes – Recurso nº 129.310, Sessão de 09/07/2002)

*Por sua vez, o **vício material** do lançamento ocorre quando a autoridade lançadora não demonstra/descreve de forma clara e precisa os fatos/motivos que a levaram a lavrar a notificação*

fiscal e/ou auto de infração. Diz respeito ao conteúdo do ato administrativo, pressupostos intrínsecos do lançamento.

Desse modo, restando demonstrada a ocorrência de vício material do lançamento decorrente da falta de descrição clara e precisa do fato gerador, tal como o supra descrito pelo CRPS, não vejo como aplicar a regra especial no artigo 173, II.

Portanto, em não se cogitando de aplicação do artigo 173, II do CTN, resultaria discutir sobre qual artigo do Código Tributário Nacional - CTN deva ser aplicado, o 173, I ou 150, §4º..

Entretanto, considerando que o período levantado ocorreu entre 08/1993 a 07/1995 cuja notificação fora efetivada em 30/01/2007, vejo como dispensável discutir já que qualquer que seja a regra decadencial tal interregno restara completamente alcançado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por reconhecer a preliminar de decadência das contribuições apuradas e DAR PROVIMENTO ao recurso para declarar decadentes as contribuições apuradas no período 08/1993 a 07/1995 por qualquer que seja a regra decadencial.

Ivacir Júlio de Souza - Redator Designado.