



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

Processo nº 15540.000260/2009-91
Recurso nº 888.269 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.803 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SOCIPLAN ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/09/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DE 11% - APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF. - DECADÊNCIA. O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a “**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”. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DAS FOLHAS DE PAGAMENTO. INOCORRÊNCIA. Não deve ser acatado o argumento recursal de que estaria impossibilitada de apresentar as folhas de pagamento, as quais estariam retidas pela Administração Tributária, haja vista que a empresa, por possuir sistema de processamento dados para preparar suas informações contábeis e fiscais, teria meios de imprimir cópias dos documentos em questão. TOMADOR DE SERVIÇOS PRESTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes de prestação de serviço executado mediante cessão de mão-de-obra é do prestador de serviços. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. COMPENSAÇÃO. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. O CARF não tem atribuição para julgar pedidos de liquidação do lançamento sob exame com créditos que o sujeito passivo supostamente detenha para com a Fazenda Pública. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO. COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA DETENTORA PARA COM DÉBITOS NÃO CONSTITUÍDOS. INEXISTÊNCIA. Não se prestam as certidões negativas de débito ou certidões positivas com efeito de negativa para atestar a inexistência de débitos ainda não constituídos.

Assinado digitalmente em 28/04/2011 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO, 28/04/2011 por MARCELO FREITAS DE

SOUZA COSTA, 19/05/2011 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Autenticado digitalmente em 28/04/2011 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO

Emitido em 01/06/2011 pelo Ministério da Fazenda

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado,

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo – Relator

Marcelo Freitas de Souza Costa – Redator Designado

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleuza Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 113/117, interposto pela empresa acima epigrafada contra decisão da Rio de Janeiro I (RJ), fls. 100/108, a qual declarou procedente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração n. 37.105.761-2, posteriormente cadastrado na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho.

O crédito em questão contempla o período de 02/2004 a 12/2004 e o valor do mesmo, com data de consolidação em 27/05/2009, assumiu o montante de R\$ 818,33 (oitocentos e dezoito reais e trinta e três centavos).

Nos termos do Relatório da Auditoria, fls. 51/54, o lançamento contempla a retenção de onze por cento (11%) sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços emitidas pela empresa **Masterguard do Brasil Ltda**, que prestou a autuada serviço executado mediante cessão de mão-de-obra, conforme estabelecido no art. 31 da Lei nº8.212, de 24/07/1991.

Esclarece ainda a Auditoria que:

A própria empresa contratada reconheceu a existência da cessão de mão-de-obra visto que efetuou o destaque da retenção de 11% para a Seguridade Social nas notas fiscais de prestação de serviços.

As notas fiscais apresentadas à fiscalização discriminam como base de cálculo da retenção seu valor bruto, conforme determina o parágrafo único do art. 151 do Decreto nº. 3.048, de 06/05/1999 mencionado no item 6.2.

O Anexo I relaciona as notas fiscais de prestação de serviços por data de emissão, número, valor bruto e valor da retenção.

Os valores destacados na nota fiscal a título de retenção de 11% para a Seguridade Social não foram lançados na contabilidade, assim como não foram recolhidos pelo contribuinte. A empresa limitou-se a lançar na conta contábil denominada Serviços de Terceiros (código 32317) o valor líquido pago à empresa contratada.

A empresa apresentou impugnação, fls. 79/81, alegando em síntese que estava impossibilitada de exibir os documentos que o Fisco alega não terem sido apresentados durante a ação fiscal, uma vez que os mesmos estavam em poder da própria RFB, instruindo processos de restituição.

Afirma que os documentos mencionados comprovariam a inexistência de débito fiscal e que não pode ser penalizada por exercer um direito seu, representado pelo pedido de restituição.

Acrescenta que a contribuição em questão está sendo discutida em ação judicial postulada perante à Justiça Federal.

A DRJ declarou o lançamento procedente, em decisão que carregou a seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/2004 a 31/12/2004

RETENÇÃO SOBRE VALOR DE NOTA FISCAL.

A empresa contratante de serviços é obrigada a reter e recolher 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura.

DECADÊNCIA.

Não tendo havido qualquer pagamento, o prazo de decadência inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

No seu recurso a empresa alega que o débito deve ser extinto em razão da decadência, considerando-se o disposto na Súmula :Vinculante n. 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em adição repete a alegação de que as folhas de pagamento não exibidas estavam em poder da Receita Federal. Assevera que sendo as GFIP cópias das folhas de pagamento, alguma dúvida existente poderia ser dirimida mediante análise da guia informativa.

Afirma que nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/1991 a responsabilidade pelo recolhimento e retenção da contribuição é do contratante dos serviços.

Devem ser compensados, diz a recorrente, os créditos relativos aos processos de restituição em curso. Sustenta que o arquivamento dos processos de restituição deu-se em desacordo com a legislação em vigor.

Assevera que a emissão de certidões positivas com efeito de negativa até a o primeiro semestre de 2007, está a atestar que a empresa encontrava-se em situação regular.

Ao final, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Decadência

O sujeito passivo contesta a conclusão da DRJ, por esta haver entendido que inexistiria decadência para as contribuições lançadas.

Não posso concordar com a recorrente. Para a contagem do lapso de tempo, a jurisprudência vem lançando mão do art. 150, § 4.º, para os casos em que há antecipação do pagamento (mesmo que parcial) e do art. 173, I, para as situações em que não ocorreu pagamento antecipado. É o que se observa da ementa abaixo reproduzida:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi,

"Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). 5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Resp 973.733/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Dje 18/09/2009).

Considerando-se que esse REsp foi submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08, que introduziu o art. 543-C do CPC (Lei dos Recursos Repetitivos), deve-se observar a previsão do art. 62-A do Regimento Interno do CARF¹, aprovado pela Portaria MF n. 256/2009, com alterações introduzidas pela Port. MF nº 586/2010, devendo assim esse entendimento do STJ ser seguido nos julgamentos realizados nesse Tribunal Administrativo.

Verifica-se no presente caso que inexistiu antecipação de pagamento relativo à obrigação de reter a contribuição das faturas de prestação de serviço, fato que desloca a contagem do prazo decadencial para o inciso I do art. 173.

Em sintonia com o entendimento firmado no julgado do Egrégio STJ, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser fixado como sendo o primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência do fato imponible, que na presente situação é o mês da emissão da nota fiscal de prestação de serviços.

¹ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Considerando-se que a ciência do lançamento deu-se em 09/09/2009 e o período do crédito é de 02/2004 a 12/2004, concluo que a decadência não deve ser reconhecida para nenhuma das competências lançadas.

Impossibilidade de apresentação de folhas de pagamento

É bom que se ressalte a princípio que a motivação da autuação não foi a falta de apresentação das folhas de pagamento, como quer deixar entendido a recorrente, mas as divergências entre as remunerações apuradas com base na escrita contábil e aquelas declaradas em GFIP.

O Relatório Fiscal mencionou as folhas de pagamento para justificar a impossibilidade de compará-las com as GFIP, bem como de fazer a correta distribuição dos fatos geradores por estabelecimento da empresa.

Porém, o que nos interessa é a falta de plausibilidade do argumento da empresa quanto à impossibilidade de apresentar as folhas, pelo fato das mesmas se encontrarem instruindo processos de restituição.

Inicialmente, conforme se ponderou no voto condutor do acórdão da DRJ, não há procedimento da Administração Tributária que preveja a instrução de processos de restituição com originais de quaisquer documentos, mas com cópias, que deverão ser autenticadas, devolvendo-se ao interessado os originais.

Por outro lado, supondo-se que por um lapso esses documentos tivessem ficado retidos, a empresa poderia peticionar no sentido de obtê-los, mas nada disso foi comprovado.

Posso citar mais uma constatação que atesta a fragilidade desse argumento. Falo da possibilidade da empresa ter efetuado a impressão de novas folhas para apresentar ao Fisco. Sobre esse fato, faço questão de reproduzir alegação constante do voto condutor do acórdão recorrido, assim expressa:

32. Como se pode observar das folhas do Livro Diário anexadas aos autos, a Impugnante utiliza sistemas de processamento eletrônico de escrituração de livros e documentos de natureza contábil, fiscal e previdenciária. Portanto, caso fosse do interesse do contribuinte, bastaria emitir novamente as folhas de pagamento solicitadas e apresentá-las à fiscalização, já que as mesmas não possuem um registro obrigatório tal como o Livro Diário por exemplo, que necessita ser o original.

33. Dessa forma, conclui-se que a defesa apresentada foi meramente protelatória.

Da responsabilidade do tomador dos serviços

Afirma a empresa que havendo a sua responsabilidade quanto ao recolhimento das contribuições previdenciárias inexistem, na medida em que foi repassada para o tomador dos serviços por força do art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com redação dada pela Lei n. 9.711/1998.

Percebe-se que essa alegação foi lançada por equívoco no recurso, uma vez no presente AI a recorrente está justamente na posição de tomadora dos serviços, sendo a sua argumentação impertinente.

Das compensações

O pedido de compensação do valor apurado com supostos créditos que a empresa teria com a Fazenda Nacional em decorrência do processo de restituição não pode ser reconhecido no presente processo administrativo fiscal. É que a contribuição exigida refere-se a retenções não efetuadas quando da quitação de notas fiscais emitidas por empresa que prestou serviço à recorrente mediante cessão de mão-de-obra.

Assim, supostos créditos decorrentes de processos de restituição da própria recorrente não podem ser compensados no presente processo, uma vez que os recolhimentos sob enfoque representam antecipação de recolhimento da prestadora de serviço.

Demais disso, processo de restituição não pode ser reconhecido no bojo de processo administrativo fiscal que trata de outra matéria. No processo sob análise tem lugar tão somente a verificação da legalidade do ato administrativo de lançamento, não sendo o foro próprio para decisão acerca de processo compensatório ou de restituição estranho ao objeto da lide que se julga.

Digo mais, a compensação somente poderia ser deferida quando o crédito fiscal estivesse definitivamente constituído, o que não é o caso do lançamento sob discussão, posto que ainda não transitado em julgado na seara administrativa, como também, os processos de restituição que não foram arquivados ainda carecem de decisão da Administração Tributária.

Da inexistência de irregularidades em razão da emissão de certidões negativas de débito

Não merece acolhimento a tese de que as certidões positivas com efeito de negativa obtidas pela recorrente até o ano de 2007 seriam atestado de que a empresa não teria qualquer tipo de irregularidade.

A emissão das certidões apenas revela que no período a empresa não tinha contra si débitos exigíveis, jamais que a mesma estaria totalmente regular perante a Seguridade Social.

A certidão é emitida, ainda que haja créditos tributários em discussão administrativa, imaginem contribuições ainda não lançadas. Assim, a certidão negativa não se presta a atestar a inexistência de tributos ainda não apurados. É o que se pode ver das ressalvas constates nas certidões, assim redigidas:

Ressalvado o direito de a Fazenda Nacional cobrar e inscrever quaisquer dívidas de responsabilidade do sujeito passivo acima identificado que vierem a ser apuradas, é certificado que não constam pendências em seu nome relativas a contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e a inscrições em Dívida Ativa da União (DAU).

Afasta-se, assim, mais essa alegação.

Conclusão

Processo nº 15540.000260/2009-91
Acórdão n.º **2401-01.803**

S2-C4T1
Fl. 128

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso, por afastar a preliminar de decadência e, no mérito, pelo desprovimento do mesmo.

Kleber Ferreira de Araújo

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa – Redator Designado

Em que pese o entendimento do Ilustre conselheiro relator em seu voto, peço vênica para discordar com relação à preliminar de decadência.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

***Súmula Vinculante n.º 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”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

Com relação a contagem do prazo para a aplicação da decadência, o entendimento majoritário deste colegiado é o de que, em se tratando de lançamento cujo fato gerador é a não retenção de 11% sobre Notas Fiscais de prestadoras de serviço, deve ser aplicado o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, já que não se pode inferir que a prestadora não tenham efetuado nenhum recolhimento de contribuições previdenciárias.

O artigo 150, § 4º, do CTN, contempla a decadência para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos seguintes termos:

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

tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Desta forma, não havendo nos autos elementos que demonstrem não haver recolhimentos por parte da prestadora, sujeita-se o lançamento ao prazo decadencial com a aplicação do dispositivo supra mencionado.

Como o lançamento ocorreu em setembro de 2009 estariam decaídos todos os fatos geradores ocorridos até agosto de 2004, inclusive.

No que diz respeito ao mérito, comungo do entendimento do relator, mantendo o lançamento para os períodos não abrangidos pela decadência.

Ante ao exposto VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, acolher PARCIALMENTE A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA, para declarar extintos os lançamentos ocorridos até 08/2004 e no mérito negar-lhe provimento.

Marcelo Freitas de Souza Costa.