



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

Processo nº 16041.000314/2007-41
Recurso nº 167.210 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.126 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente AMSTED MAXION FUND E EQUIP FERROV S/A
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 31/12/1997 a 31/01/1999

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

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

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 12/1997 a 01/1999, o lançamento tendo sido cientificado em 28.04.2006, dessa forma, irrelevante a apreciação de qual dispositivo legal deve ser aplicado, ora o art. 150, § 4º, CTN ora o art. 173, I, CTN, o que fulmina em sua totalidade o direito do fisco de constituir o lançamento, independente de se tratar de lançamento por homologação ou de ofício.

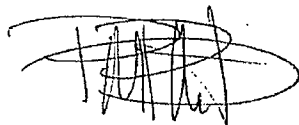
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso em face de decadência por qualquer dos critérios estabelecidos no CTN.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 189 a 210, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas - SP, fls. 177 a 186, que julgou procedente em parte a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.865.764 4., fl. 01 (no valor consolidado de R\$ 48.156,22 – quarenta e oito mil e cento e cinquenta e seis reais e vinte e dois centavos), referente às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS, destinadas à Seguridade, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, apuradas por responsabilidade solidária, decorrente da contratação de prestação de serviços de manutenção e limpeza, mediante cessão, de mão de obra, pela empresa prestadora Univulk Comercio e Serviços Ltda., CNPJ 00.593.281/0001-33.

Observa-se, conforme o relatório Fiscal às fls. 42 e 43, não houve a comprovação, por parte da empresa tomadora, do recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos empregados a ela cedidos pela prestadora de serviços, não tendo se elidido, assim, da responsabilidade solidária de que trata o inciso VI do artigo n. 30 da Lei n. 8.212/91.

Desta forma, como não foram apresentados os correspondentes recolhimentos das contribuições previdenciárias, culminou-se no lançamento das mesmas por aferição indireta, quando então, o valor da remuneração foi obtido mediante a aplicação de 40% (quarenta por cento) sobre o valor dos serviços constante das notas fiscais.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, foi de 12/1997 a 06/2005, fls. 19.

O período do débito, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD às fls. 07 a 08, é de 12/1997 a 01/1999.

A recorrente teve ciência da NFLD no dia 28/04/2006, conforme fls. 01.

Às fls. 71 a 111, a recorrente apresentou impugnação.

A empresa prestadora dos serviços - Univulk Comércio e Serviços Ltda. -, impugna, também, o lançamento, fls. 122 a 128.

Diante das alegações e dos documentos juntados os autos, foram baixados em diligência, fls. 141. A Auditora-Fiscal notificante se manifestou, fls. 144 a 148.

Consequentemente, em decorrência do prestador dos serviços comprovar que é optante do SIMPLES, foram excluídas as contribuições patronais, de forma que houve a retificação do valor do débito, de R\$ 48.156,22 (Quarenta e oito mil e cento e cinquenta e seis reais e vinte e dois centavos), para R\$ 12.841,70 (Doze mil e oitocentos e quarenta e um reais e setenta centavos).



A recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente em parte a autuação, fls. 177 a 186.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 189 a 210, onde alega, em síntese que:

1. Preliminarmente:

1.1 De rigor, pois, a anulação da decisão proferida sem que fosse reaberto à Recorrente o prazo de defesa de quinze dias.

A auditoria fiscal fora instada pela DRP a manifestar-se sobre a impugnação e documentos apresentados pela empresa, complementando o lançamento que, justamente, se ressentia da falta de demonstração da ocorrência de cessão de mão-de-obra, eis que a NFLD reconhecera, textualmente, que lançara com base em presunção.

Nessa nova manifestação, a auditoria indicou os motivos de convencimento que teriam pautado a conclusão de existência de cessão de mão-de-obra sujeita à solidariedade. Tais motivos constituem a própria fundamentação do lançamento, pressuposto de validade do ato administrativo, eis que o art. 142 do Código Tributário Nacional impõe à Administração constatar a ocorrência do fato gerador.

Não bastava a abertura de prazo de dez dias para colher simples manifestação da ora Recorrente que, só então, se deparou com os fundamentos da constituição do crédito então levados a seu conhecimento. Não se tratava, pois, de simples abertura de prazo ao final da instrução probatória, mas de reabertura do prazo de impugnação em face de aditamento do lançamento.

1.2. da decadência do direito de lançar. Já houve decadência do direito de constituir créditos relativos fatos geradores ocorridos anteriormente a 03/2001, uma vez que é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/1991

2. No mérito:

2.1 da nulidade do lançamento e decisão pautados apenas em presunção. Houve o manifesto descabimento da presunção de existência de cessão de mão-de-obra adotada tanto pela auditoria fiscal quanto pela decisão recorrida que - a pretexto de se deparar com serviço que seria "caso típico de cessão de mão-de-obra" e configuraria hipótese de solidariedade - pautou-se em petição de princípio.

A própria auditoria reconheceu (i) que a Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência entende que é dever do auditor fiscal, previamente, constatar (demonstrando) a ocorrência da cessão; (ii) que não havia meios de prova ou indício material da cessão de mão-de-obra — donde a presunção; (iii) que "a legislação não obrig(a) a empresa a elaborar Contrato de



Prestação de Serviços por escrito" (fls. 145); (iv) que sua experiência profissional (e não elementos fáticos) pautou a referida presunção; e (iv) que a única justificativa para tal presunção residiria na alegada falta de colaboração, por parte do contribuinte, em disponibilizar documentos comprobatórios da existência de prestação de serviços

2.2 da inexistência de cessão de mão-de-obra.

Do conceito contido no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91 depreende-se claramente' que o dever de retenção restringe-se aos contratos que envolve locação de serviços, em que é de sua essência o simples "fazer";

Assim, se o ajuste não se limita ao fornecimento de mão-de-obra, sob o controle e orientação do locatário do serviço, não se depara com cessão de mão-de-obra;

A doutrina esclarece que a "colocação à disposição do contratante" significa que o contratante é quem dirigirá a prestação dos serviços;

Conforme adverte a jurisprudência do STJ, o rol exemplificativo colocado no § 4º do art. 31 deve estar em consonância com as características contidas no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, não se mostrando suficiente, para a caracterização da cessão de mão-de-obra, a mera realização das atividades elencadas naquele dispositivo, como se verifica das decisões que transcreve;

2.3 da inexistência de solidariedade.

Vale dizer: a alegada solidariedade só poderia subsistir se houvesse relação jurídica obrigacional em que os dois sujeitos (no caso, tomador e prestador) tivessem condições de satisfazer a prestação — o que não ocorre na espécie.

Dada a dificuldade de arrecadação dos milhares de prestadores de serviços, o legislador pretendeu estabelecer técnica arrecadatória que, em verdade, extrapolou seus limites ao instituir responsabilidade solidária dos tomadores dos serviços, desvinculados do fato gerador da contribuição previdenciária devida pelo prestador.

Bem por isso essa solidariedade foi revogada e substituída pela retenção de 11% do valor da nota do prestador de serviços, preconizada pela Lei 9.711/98, que alterou a redação do art. 31 da Lei 8.212/91, técnica de arrecadação compatível com o ordenamento, no crivo do STF. De rigor, portanto, que seja anulada a presente notificação fiscal de débito, dada a impossibilidade da Recorrente de responder solidariamente pelas obrigações de seus prestadores de serviços.

2.4 da inaplicabilidade dos juros SELIC. É inconstitucional e ilegítima a cobrança dos juros com base na taxa SELIC, por

afronta ao artigo 161, caput e § 1º do CTN e ao artigo 150, inciso I, da Constituição da República.

fls. 219. 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. 219. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

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 consequência, 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.)

Portanto, para que possa identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o art. 173, I, do CTN ou seja o art. 150, § 4º, do CTN - deve-se identificar a ocorrência, ou não, de pagamentos parciais, pois só assim se pode declarar os efeitos da decadência no lançamento.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela recorrente se deu em 28.04.2006, conforme fls. 01, e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social para o período 12/1997 a 01/1999, segundo o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD às fls. 07 a 08.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, tanto nos termos do artigo 150, § 4º, CTN quanto nos termos do artigo 173, I, do CTN.

A título de esclarecimento, em relação à competência 01/1999:

(a) na hipótese de aplicação do art. 173, I, CTN, a cientificação da NFLD pela Recorrente deveria ocorrer até a competência 01/2005 a fim de que, aquela competência 01/1999, não fosse fulminada pelos efeitos da decadência;

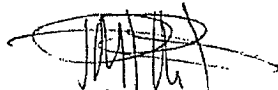
(b) na hipótese de aplicação do art. 150, § 4º, CTN, a cientificação da NFLD pela Recorrente deveria ocorrer até a competência 01/2004 a fim de que, aquela competência 01/1999, não fosse fulminada pelos efeitos da decadência.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, nas preliminares, DAR-LHE PROVIMENTO, face à aplicação da decadência quinquenal, por quaisquer dos critérios adotados no CTN.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO – Relator



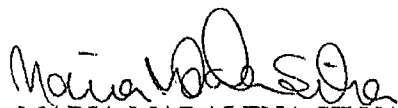
MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 16041000314200741
Recurso nº: 167.210

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2403-00.126

Brasília, 06 de Dezembro de 2010


MARIA MADALENA SILVA

Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional