



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

Processo nº 18050.000065/2007-18
Recurso nº 259.528 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.508 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria DECADÊNCIA
Recorrente BRASKEM S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/01/1999

DECADÊNCIA -

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : I) Por maioria de votos: a) em dar provimento ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento todas as contribuições apuradas, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do I, Art. 173 do CTN para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Júnior.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Consta do Relatório Fiscal da NFLD (fls. 57 a 225) que a notificada foi contratante da empresa prestadora TERMONTEC Projetos e Serviços Técnicos LTDA, para executar serviços de obra de construção civil, e não se elidiu da responsabilidade solidária nos termos da legislação aplicável.

A autoridade notificante fundamentou o lançamento no art. 30, VI, da Lei 8.212/91, e expôs os motivos pelos quais entendeu que houve cessão de mão de obra nos serviços prestados, informando que o salário de contribuição foi aferido indiretamente, com fundamento no § 3º, do art. 33, do diploma legal citado acima.

Informa que a presente notificação substitui a NFLD nº 35.455.816-1, de 31/03/2004, tornada nula pela primeira instância administrativa em 29/04/2005, tendo em vista a ocorrência de vício insanável, uma vez que a notificação anterior não havia sido lavrada em nome da empresa sucessora.

Esclarece ainda que, em função da falta de comprovação da elisão de responsabilidade solidária, foram aferidas remunerações de mão-de-obra contidas em notas fiscais fatura de serviços, mediante aplicação do percentual de 40% sobre o valor bruto da nota fiscal, em conformidade com o §2º do artigo 601 da Instrução Normativa SRP nº 03, 14/07/2005, visto que não ficou configurada cláusula contratual de fornecimento de materiais e/ou equipamentos.

A notificada impugnou o débito e a empresa contratada, devidamente intimada, não apresentou defesa.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 04.401.4/182/2007 (fls. 236 a 257), julgou o lançamento procedente em parte, indeferindo o pedido de perícia e o requerimento de juntada posterior de provas, e retificando a base de cálculo do levantamento TER referente a competência 12/1998, com base no Boletim de Medição apresentado pela recorrente junto à impugnação.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls.262), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.

Inicialmente, alega inexigibilidade do depósito prévio e chama a atenção para a impossibilidade de inclusão do nome de seus responsáveis legais na lavratura de eventual CDA para cobrança do suposto débito exigido, como a praxe vem consolidando, antes de comprovada quaisquer das condutas previstas no arts. 134 e 135 do CTN.

Preliminarmente, alega nulidade da NFLD por ofensa aos arts 638 e 660, da IN 03/05, pela ausência, nos autos, dos relatórios DSE, RADA e DAL.

Requer que o lançamento ora discutido seja considerado como originário, uma vez que, ao se anular a NFLD anterior, se reconheceu a sua total inexistência.

Sustenta que é descabida a incidência de juros de mora em decorrência da anulação do lançamento anterior por equívoco exclusivo da fiscalização, e que somente serão devidos juros de mora se o devedor, ciente de sua obrigação de recolher os tributos em apreço, houver deixado de fazê-lo no prazo previsto para tanto e, se ao contrário, a mora for imputável exclusivamente ao INSS, somente a ele se poderão imputar os ônus daí decorrentes.

Argumenta que, uma vez anulada a NFLD por vício formal, procedeu o INSS a um relançamento dos tributos anteriormente apurados como devidos, sendo que tal procedimento ocorreu sem qualquer influência da ora Recorrente, ou seja, tanto a anulação do lançamento originário, quanto a expedição da segunda NFLD, ocorreram sem que houvesse participação direta da notificada, não podendo, portanto, considerar que esta deu causa à mora, ao menos não no que diz respeito ao período entre a anulação do lançamento primeiro e a concretização do segundo.

Reafirma que ocorreu a decadência do débito e que foram realizados os pagamentos pela prestadora, entendendo ser absolutamente irrelevante se a guia identifica ou não os segurados/empregados que laboraram na execução do contrato.

Defende que inexistente co-responsabilidade pelo preenchimento incompleto de guias, mas somente pelo débito, sendo que antes que haja lançamento que constitua o crédito tributário, atestando a existência de pendência do contribuinte, o crédito não existe juridicamente, não podendo ser exigido de quem quer que seja, contribuinte originário ou responsável.

Assevera que, no caso em exame, a autoridade fiscal incidiu em ofensa ao CTN e ao entendimento Plenário do STF, pois deixou de constituir o crédito tributário perante seu contribuinte, acusando, em procedimento administrativo regular, a inexistência de pagamento pelo mesmo e dando ensejo à oposição de impugnação e recurso, até decisão final administrativa que atestasse, definitivamente, a existência do crédito, de modo a torná-lo líquido e certo, para considerar-se lançado o crédito.

Reitera que, não tendo sido lançado o crédito antes, o mesmo não existe para efeitos fiscais e inclusive penais, conforme decidiu o STF e conclui que é impossível a cobrança do crédito do devedor solidário antes de que ele exista juridicamente, ou seja, antes de que ele seja constituído, pelo lançamento, contra o devedor solidário, em processo administrativo que apure a sua certeza e liquidez, extensão, contornos e montante, até mesmo para que se evite a cobrança dúplice e o enriquecimento ilícito do Erário.

Entende que o débito atribuído à Recorrente não foi regularmente constituído pelo INSS, vez que o órgão previdenciário não procedeu a fiscalização a que estava legalmente obrigado no contribuinte original da obrigação, a empresa contratada pela notificada e que, no caso concreto, tanto a lei quanto a fiscalização procuraram ampliar, indevidamente, o alcance do instituto da cessão de mão de obra, deturpando o seu conceito técnico assentado na doutrina, para o efeito de ampliar indevidamente competências tributárias.

Destaca que a lei excedeu-se, juridicamente, ao dizer que a caracterização da cessão de mão-de-obra "independe da forma de contratação e da natureza dos serviços",

deixando evidente a incompatibilidade da lei com o CTN, o que conduz ao reconhecimento de sua ilegalidade.

Assegura que diversos dos serviços tomados pela recorrente foram expressamente excluídos do conceito de cessão de mão-de-obra pelo próprio INSS, através da Ordem de Serviço n. 209.

Inferir que, a teor do disposto no art. 112, I, do CTN, a interpretação em caso de dúvida acerca da caracterização ou não da cessão de mão-de-obra, há que ser feita de modo mais favorável ao ora responsabilizado, e que o lançamento por arbitramento apresenta-se como verdadeira medida punitiva, sancionatória do sujeito passivo, devendo, assim, ter aplicação em restritíssimas hipóteses guardando, por tratar-se de penalidade, a observância aos princípios que norteiam o direito sancionatório.

Garante que todos os documentos pertinentes à correta identificação do devedor original foram fornecidos ao INSS, que tinha condições de se desincumbir do ônus que lhe cumpre, qual seja, a fiscalização e apuração do débito perante a empresa contratada pela ora Recorrente, e que somente no caso de comprovadamente a escrituração da aludida empresa se mostrar incorreta, poderia o INSS proceder em relação a ela a aferição indireta prevista no dispositivo legal já transcrito.

Observa que a situação de responsabilidade solidária em debate não se enquadra em nenhuma das hipóteses do CTN, pois a Recorrente, ora responsabilizada, não sucedeu a terceirizada, nem guarda qualquer relação de mando/administração ou ingerência sobre a empresa prestadora, e o mero fato de se lhe exigir guarda de documentos (guias) desta última, evidentemente, é incapaz de alterar esse fato, pela simples circunstância de que isso não lhe confere poder de gestão sobre a mesma.

Chama a atenção para o fato de que nenhuma relação jurídica existe entre a Recorrente e o empregado da empresa prestadora de serviço, mesmo que o serviço Prestado seja de "natureza contínua", e que o vínculo jurídico existente é entre a Recorrente e a empresa prestadora de serviço, sendo esse de natureza estritamente comercial, que se situa no âmbito do Direito Privado, não havendo entre as duas empresas nenhuma relação de natureza tributária a justificar a solidariedade pretendida pela Lei.

Ressalta que a tomadora de serviços não tem nenhuma participação no pagamento da folha de salários da empresa prestadora, por tratarem-se de relações jurídicas independentes às quais não se vincula, comercial, contratual ou juridicamente e conclui que foi incorreta a utilização do instituto da solidariedade, já que a comprovação acerca da existência ou não de débito previdenciário só pode ser feita pelo INSS e perante o devedor originário da obrigação.

Insiste no entendimento de que o procedimento do INSS de autuar a Recorrente sem anterior e regular constituição do débito através da fiscalização da empresa contratada, configura enriquecimento ilícito do órgão previdenciário, que se locupleta "n" vezes das mesmas contribuições, na mesma proporção em que autua "n" empresas donas das obras e tomadoras de serviços, desconsiderando que o fato gerador da contribuição é um só e não pode ser multiplicado e reafirma que o recolhimento já foi procedido pelo prestador de serviços.

No mérito, insurge-se contra a cobrança de contribuição ao SAT em alíquota superior à mínima estabelecida em lei (1%), a aplicação da multa e da taxa SELIC, ao argumento de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Regularmente científica da DN, a empresa contratada não se manifestou.

Por meio da Resolução nº 2301-00.103, de 02/12/2010, o julgamento foi convertido em diligência, para se obter informações quanto à existência de recolhimento, ou de parcelamento, ou de fiscalização, ou de lançamentos de débito, ou de emissão de CND de baixa em nome da prestadora.

Em cumprimento à diligência, a DRFB em Camaçari informou, por meio do Despacho de fls. 401, que a empresa prestadora Termontec foi fiscalizada, com exame de contabilidade, no ano de 1998, e que houve recolhimento de contribuições previdenciárias pela referida empresa em todo o período do débito.

É o relatório

Voto

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Da análise do autos, verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 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 STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Contudo, não havendo recolhimento antecipado, aplica-se o disposto no art. 173, do mesmo diploma legal.

No caso em tela, a autoridade lançadora esclarece que a NFLD discutida foi lavrada em substituição à NFLD 35.455.816-1 de 31/03/2004, tornada nula pela Primeira Instância Administrativa, conforme Decisão-Notificação nº 04.401.4/0265/2005, de 29/04/2005.

Em diligência determinada por este CARF, verificou-se que houve pagamento de contribuições tanto pela empresa tomadora quanto pela prestadora, em todo o período do débito.

Portanto, houve recolhimento de parte do tributo, caso em que se aplica a regra contida no art. 150, § 40, do CTN..

Dessa forma, considerando que o débito se refere ao período compreendido entre as competências 07/1998 a 01/1999, e que a NFLD original foi lavrada em 31/03/2004,

constata-se que se operara a decadência total do crédito, nos termos do dispositivo legal citado acima.

Nesse sentido,

Voto por CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, por decadência.

É como voto

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora