



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18050.001210/2008-51
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-010.005 – CSRF / 1ª Turma
Sessão de 26 de outubro de 2021
Recorrente CARAÍBA METAIS S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/03/1998

DECISÃO DEFINITIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. ART. 173, II DO CTN.

O caráter definitivo da decisão administrativa proferida no âmbito do lançamento substituído é óbice à reanálise dos seus fundamentos, diante da existência de preclusão.

Declarada a nulidade do lançamento originário por vício formal, dispõe a Fazenda Pública do prazo de cinco anos, contados da data em que tenha se tornado definitiva a decisão, para formalizar o lançamento substitutivo, a teor do art.173, II do CTN

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(documento assinado digitalmente)

Ana Cecilia Lustosa da Cruz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Sujeito Passivo contra o Acórdão n.º 2402-006.969, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, em 13 de fevereiro de 2019, no qual restou consignado o seguinte trecho da ementa, e-fls. 506 e seguintes:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1995 a 31/05/1998

DECISÃO DEFINITIVA. ÓRGÃO COLEGIADO QUE ADMINISTRAVA O TRIBUTO. QUESTIONAMENTO EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. REAPRECIÇÃO PELO CARF. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

O julgamento em outros órgãos da administração federal far-se-á de acordo com a legislação própria, ou, na sua falta, conforme dispuser o órgão que administra o tributo, forte no art. 38 do Decreto n. 70.235/1972.

Existindo decisão definitiva exarada por órgão colegiado da administração federal que administra o tributo e havendo questionamento em sede de recurso voluntário, não há de se conhecer desse questionamento, vez que falece competência ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para rediscuti-la, pois não cabe a este atuar como instância revisora das decisões exaradas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE STF 8. ART. 173, I E II, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há que se falar de decadência quando não transcorrido o lapso quinquenal previsto no art. 173 do CTN.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. UNIDADE DE INTERESSE JURÍDICO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. CARACTERIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE.

Caracterizada a cessão de mão de obra, decorre a responsabilidade solidária do contratante por unidade de interesse jurídico.

NFLD. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA. APLICAÇÃO DA MULTA MAIS FAVORÁVEL RETROATIVIDADE BENIGNA.

Para verificação da multa mais benéfica ao contribuinte deve-se comparar o somatório das multas previstas na legislação vigente à época da lavratura do AI (art. 35 e 32 da Lei n. 8.212/91) e a multa do art. 35ª da Lei n. 8.212/91, introduzida pela Lei n. 11.941/2009. Como resultado, aplica-se para cada competência a multa mais benéfica (sistemática anterior ou atual), em face do que dispõe o art. 106, II, alínea "c", do CTN.

O cálculo da multa mais benéfica ao sujeito passivo, no caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos antes de 12/2008, deverá ser efetuado de conformidade com o art. 476ª da Instrução Normativa RFB n. 971/2009 c/c a Portaria PGFN/RFB n. 14/2009.

Diante da negativa, o contribuinte interpôs Embargos de Declaração de fls. 529 e seguintes, que teve seu seguimento negado no Despacho proferido às fls. 570 e seguintes.

No que se refere ao Recurso Especial, fls. 587, houve sua admissão por meio de Despacho de fls. 777 e seguintes, para rediscutir “**Vício Material - Inaplicabilidade do art. 173, II, do CTN**”

Em seu **recurso, aduz o Sujeito passivo**, em síntese, que:

a) à época em que foi proferida a primeira decisão do CRPS, que considerou nulas todas as NFLD's lavradas não havia interesse recursal do contribuinte, face à improcedência da autuação.

b) tendo em vista a ocorrência de vício material, a regra que deve ser aplicada aos fatos geradores é a do inciso I do artigo 173 do CTN, ou seja, de cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em razão disso, o segundo lançamento foi feito quando já transcorrido o prazo decadencial.

c) O *onus probandi* da ocorrência do fato gerador, qual seja, da existência da cessão de mão-de-obra, é da Autoridade Administrativa que está lançando o tributo.

d) cediço que a falta de descrição dos fatos caracteriza vício material, haja vista que atinge a substância do ato administrativo, tornando-o imprestável para seus fins, no caso, formalizar o lançamento do crédito tributário

e) o acórdão que declarou nula a NFLD n.º 32.615.840-5, mas que ao mesmo tempo concedeu à Autoridade Fiscal a oportunidade de proceder com novo lançamento, o qual originou a NFLD n.º 37.054.686-5, teve por fundamento a errônea compreensão quanto ao alcance do conceito de vício formal, elemento cuja caracterização é indispensável para a aplicação do inciso II, do artigo 173 do CTN.

f) referido lançamento foi anulado em decorrência da existência de vícios materiais, os quais dizem respeito à própria existência da dívida, ou seja, a não caracterização da cessão-de-mão de obra, de modo que se revelou verdadeira atecnia resguardar os direitos do INSS no que tange ao prazo decadencial, aplicando de forma completamente ilegal o artigo 173, II, do CTN.

Intimada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresentou Contrarrazões, como se observa das fls. 785 e seguintes, sustentando, em suma:

a) não há que se falar de decadência quando não transcorrido o lapso quinquenal previsto no artigo 173 do CTN;

b) a decisão abrigada no Acórdão n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) de cujo teor a contribuinte tomou conhecimento e contra ela não se insurgiu é definitiva, de mérito, e transitou em julgado na esfera administrativa, não sendo passível, assim, de qualquer tipo de discussão ou revisão suscitada por questionamento em sede de recurso voluntário, vez que falece competência ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para o mister, por tratar-se de instâncias de mesmo nível horizontal, sem qualquer hierarquia entre elas.

c) da leitura do Acórdão CRPS n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) resta evidenciado que a NFLD DE13CAD n. 32.615.8405 lavrada em 18/12/1998 foi anulada por cerceamento de defesa, oportunizando expressamente ao INSS novo lançamento com fulcro no art. 173, II, do CTN, caracterizando-se, portanto, vício formal, restando afastada qualquer possibilidade de rediscussão da sua natureza.

d) a Fiscalização da RF13, lavrou, em 30/01/2007, a NFLD DE13CAD n. 37.054.6865, que se aperfeiçoou na mesma data (30/01/2007), dentro, portanto, do lapso temporal de cinco anos previsto no art. 173, II, do CTN

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, Relatora.

Conheço do recurso, pois se encontra tempestivo e presentes demais os pressupostos de admissibilidade.

Conforme narrado, pleiteia a Recorrente a reforma da decisão recorrida no tocante **à natureza do vício para fins de aplicação do prazo decadencial.**

O Acórdão Recorrido assim tratou do tema:

Da Preliminar de Decadência

O lançamento consubstanciado na NFLD DEBCAD n. 37.054.686-5 (efls. 03/38), foi consolidado e constituído em 30/01/2007, compreendendo as competências 05/1995 a 05/1998, e substituiu a NFLD DEBCAD n. 32.615.840-5, de 18/12/1998, declarada nula por decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS) órgão colegiado na

época responsável pelo controle de legalidade das decisões em processo de interesse dos beneficiários e contribuintes da Seguridade Social nos termos do Acórdão n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499).

De plano, cabe destacar que a decisão abrigada no Acórdão n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) de cujo teor a Recorrente tomou conhecimento e contra ela não se insurgiu é definitiva, de mérito, e transitou em julgado na esfera administrativa, não sendo passível, assim, de qualquer tipo de discussão ou revisão suscitada por questionamento em sede de recurso voluntário, vez que falece competência ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para o mister. por tratar-se de instâncias de mesmo nível horizontal, sem qualquer hierarquia entre elas. Nesse sentido, cabe resgatar o art. 38 do Decreto n. 70.235/1972, verbis:

Art. 38. O julgamento em outros órgãos da administração federal far-se-á de acordo com a legislação própria, ou, na sua falta, conforme dispuser o órgão que administra o tributo.(grifei)

É dizer, não há que se rediscutir a natureza do vício (formal ou material) que fundamentou a anulação da NFLD DEBCAD n. 32.615.840-5 lavrada em 18/12/1998, prevalecendo assim a natureza de vício formal expressamente indicada no decisum do CRPS, incidindo, destarte, a regra do art. 173, II, do CTN, consoante determinado naquela decisão.

Todavia, e apenas por amor à argumentação, destaco o teor do Acórdão n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) ao tratar da NFLD DEBCAD n. 32.615.840-5, verbis:

[...]

Conforme já relatado, trata a presente NFLD, lavrado em 21 JAN 99, de Contribuições Sociais destinadas ao custeio da Previdência Social e Terceiros, parcela empresa (Empresa/SAT) e empregados, incidente sobre a remuneração da mão-de-obra cedida à Recorrente através da contratação de prestação de serviços e a ela imputado por solidariedade (vide Art. 31, da Lei 8.212/91). O débito foi apurado com base em nota fiscal de serviço, conforme consta do Relatório Fiscal.

Cabe informar que contra a Recorrente foram lavradas diversas NFLD's com o mesmo objeto solidariedade capitulado no Art. 31, da Lei 8.212/91, que foram julgadas pela 2ª e 4ª CaJ/CRPS, que proferiram decisões divergentes. Tendo em vista tratarem de processos conexos, foi determinado pelo Presidente do CRPS, que todos os processos fossem encaminhados à 2ª CaJ/CRPS.

*O Pedido de Revisão tem fundamentação na motivação indevida apontada pela 4ª CaJ/CRPS reconhecimento da solidariedade em decorrência de empreitada de mão-de-obra, que só passou a existir com a Lei 9.711, publicada em 21.11.98 e discute, ainda, a inexistência de cessão de mão-de-obra, sendo que os contratos objeto da ação fiscal prevêm a realização de serviços por empreitada. Menciona que a OS/INSS 209/99 e a Circular/INSS 46/99 **excluíram da solidariedade e da retenção alguns dos serviços contratados pela Caraíba, tal como no caso em pauta.***

Por fim, protesta que a grande maioria dos serviços notificados são decorrentes de PARADAS PARA MANUTENÇÃO, não se tratando de cessão de mão-de-obra, e sim de contratação em regime de empreitada por preço global.

[...]

Do Cerceamento de Defesa Como já dito, contra a Recorrente foram lavradas mais de duas centenas de NFLD's, decorrentes da solidariedade na contratação da prestação de serviços com cessão de mão-de-obra.

Nas primeiras NFLD's por mim julgadas neguei provimento ao recurso. Posteriormente, quando do julgamento de outras NFLD's passei a solicitar a realização de diligência para que o INSS se manifestasse com relação a refiscalização período

anterior a 11.95, bem como evidenciasse de forma mais precisa a existência da cessão de mão-de-obra.

Assim, por iniciativa própria, o INSS adotou a diligência determinada pela 2ª CaJ/CRPS, como regra, e então instruiu todos os processos com os respectivos contratos e notas fiscais.

Aqui cabe realçar que as manifestações do INSS por ocasião da diligência limitaram-se a reafirmar a tese da terceirização das atividades normais da empresa e a citação de conceitos relacionados sobre a cessão de mão-de-obra, deixando de fazer a correlação entre a documentação juntada e a caracterização da cessão de mão-de-obra.

O INSS chegou a se manifestar em seu pronunciamento que os dois primeiros pressupostos básicos do conceito de cessão de mão-de-obra (colocação à disposição do contratante, nas suas dependências ou de terceiros) estariam "demonstrados de forma inequívoca e pacífica nos contratos", sem, entretanto, especificar sequer um contrato (fls., cláusula ou outro) em que obteve tal certeza.

[...]

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. (grifei)

CONCLUSÃO

Face ao exposto, voto por CONHECER DO PEDIDO DE REVISÃO DO CONTRIBUINTE e no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, anulando o Acórdão nº 04/01735/2002, da 4ª CaJ/CRPS, fls. 784.

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.

Da leitura do Acórdão CRPS n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) resta evidenciado que a NFLD DEBCAD n. 32.615.8405 lavrada em 18/12/1998 **foi anulada por cerceamento de defesa, oportunizando expressamente ao INSS novo lançamento com fulcro no art. 173, II, do CTN, caracterizando-se, portanto, vício formal, restando afastada qualquer possibilidade de rediscussão da sua natureza.**

Com espeque no decisum acima resgatado, a Fiscalização da RFB, lavrou, em 30/01/2007, a NFLD DEBCAD n. 37.054.6865, que se aperfeiçoou na mesma data (30/01/2007), dentro, portanto, do lapso temporal de cinco anos previsto no art. 173, II, do CTN.

Isto posto, não há que se falar de decadência, vez que tanto o lançamento original abrigado na NFLD DEBCAD n. 32.615.8405, quanto o lançamento substitutivo abrigado na NFLD DEBCAD n. 37.054.6865, obedeceram aos prazos estipulados no art. 173, I e II, do CTN, respectivamente.

Nesse contexto, alega a Recorrente, em suma, que, tendo em vista a ocorrência de vício material, a regra que deve ser aplicada aos fatos geradores é a do inciso I do artigo 173 do CTN, ou seja, de cinco anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Por outro lado, assevera a Recorrida que, da leitura do Acórdão CRPS n. 02/02366/2003, de 26/09/2003 (efls. 490/499) resta evidenciado que a NFLD DEBCAD n. 32.615.8405 lavrada em 18/12/1998 foi anulada por cerceamento de defesa, oportunizando expressamente ao INSS novo lançamento com fulcro no art. 173, II, do CTN, caracterizando-se, portanto, vício formal, restando afastada qualquer possibilidade de rediscussão da sua natureza.

Assim, com espeque no decisum acima resgatado, a Fiscalização da RFB, lavrou, em 30/01/2007, a NFLD DEBCAD n. 37.054.6865, que se aperfeiçoou na mesma data (30/01/2007), dentro, portanto, do lapso temporal de cinco anos previsto no art. 173, II, do CTN.

Desse de modo, a Procuradoria assevera que não há que se falar de decadência, vez que tanto o lançamento original abrigado na NFLD DEBCAD n. 32.615.8405, quanto o lançamento substitutivo abrigado na NFLD DEBCAD n. 37.054.6865, obedeceram aos prazos estipulados no art. 173, I e II, do CTN, respectivamente.

O cerne da controvérsia, para fins de aplicação do prazo decadencial, é a possibilidade de reanálise da natureza do vício reconhecida em lançamento substituído.

Entendo que a decisão recorrida não merece reparo quanto ao tema e a mantenho por seus próprios fundamentos, pois, embora o Acórdão do CRPS não tenha consignado expressamente a natureza do vício como formal, aplicou o dispositivo legal relativo a tal espécie de vício, razão pela qual o Colegiado *a quo* refutou a decadência.

Portanto, não houve reforma da decisão a ponto de, eventualmente, esclarecer acerca da aplicação do dispositivo atinente aos casos de reconhecimento de vício formal, de modo que resta inafastável o teor da decisão que se encontra preclusa.

Diante do exposto voto em conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz