



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

Processo nº 18186.000138/2007-28
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.373 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2017
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente NESTLE BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/01/1999

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS.

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 (CTN).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONTRATANTE.

O contratante de qualquer serviço executado mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes da Lei de Custeio da Seguridade Social, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. Art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.032/95.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO. INOCORRÊNCIA.

A responsabilidade solidária do contratante com o executor de serviços prestados mediante cessão de mão de obra somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou para os efeitos da elisão da solidariedade em tela, o cedente da mão de obra deve elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

JUROS E MULTA DE MORA

A utilização da taxa de juros SELIC e a multa de mora encontram amparo legal nos artigos 35 e 35A da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência do direito de constituir o crédito tributário para as competências até 11/1998.

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA (Presidente), ANA CECILIA LUSTOSA DA CRUZ, DIONE JESABEL WASILEWSKI, MARCELO MILTON DA SILVA RISSO, CARLOS ALBERTO DO AMARAL AZEREDO, DANIEL MELO MENDES BEZERRA e RODRIGO MONTEIRO LOUREIRO AMORIM.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a DECISÃO NOTIFICAÇÃO n.º 21.404.4/639/2006 (fls.1833/1873), datada de 13/10/2006, a qual julgou procedente o lançamento, nos termos da seguinte ementa:

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA.
DECADÊNCIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.
SOLIDARIEDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM.
ELISÃO DE RESPONSABILIDADE. BASE-DECALCULO.
ARBITRAMENTO.*

*É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e
constituição do crédito previdenciário, conforme
artigo 45 da Lei nº8212/91.*

*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, inteligência do artigo 31 da Lei nº
8.212/91 (na redação vigente para o período do
Lançamento).*

*Nos termos do parágrafo único, art. 124 do Código
Tributário Nacional — CTN, a solidariedade*

tributária não comporta benefício de ordem. Para a elisão da responsabilidade solidária é necessária a apresentação de Guias de Recolhimento vinculadas e Folhas de Pagamento específicas da empresa prestadora dos serviços (inteligência dos §§ 3º e 4º da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.032, de 28/04/95). E licita a apuração por aferição indireta do débito quando a documentação comprobatória é apresentada de forma deficiente. Parágrafo 2º do artigo 33 da Lei nº 8212/91.

Através de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), cuja ciência se deu em 17/12/2004 (fl.2), foram lançadas contribuições previdenciárias correspondes à parte patronal e ao financiamento da complementação das prestações por acidentes de trabalho SAT, bem como para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

O crédito previdenciário lançado foi efetuado a título de solidariedade na prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra, nos termos da redação original do artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

De acordo com o relatório fiscal: "Portanto, tendo a empresa contratada (APA - Serviços de Apoio Ltda) prestado serviços em regime de trabalho temporário, fato este constatado por meio de seu código CNAE (74500-Locação de Mão-de-Obra) e contrato de prestação de serviço com a contratante, atividade esta tipificada na norma legal, de forma continua e nas dependências da tomadora, inafastável a obrigação da contratante, para se elidir da responsabilidade solidária, em comprovar a documentação prevista na Lei n.º 8.212/91 como explicitado no item 2 retro."

A instância *a quo* julgou improcedente a impugnação nos termos da ementa alhures transcrita; mantendo, dessa forma, o lançamento ora questionado em sua integralidade. A recorrente foi cientificada em 14/11/2006 (fl.1885). A empresa prestadora de serviços, apesar de regularmente cientificada através de edital, não manejou recurso.

A empresa tomadora de serviços, por sua vez, interpôs recurso voluntário (fls. 1893/2001) tempestivamente em 13/12/2006, sustentando, em síntese: (a) nulidade na apuração do crédito previdenciário com base na aferição indireta; (a1) nulidade do auto de infração, pois houve o período autuação já havia sido fiscalização, (b) ocorrência da decadência; (c) não caracterização da cessão de mão de obra; (d) inexistência de responsabilidade solidária (d) inconstitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária utilizando o faturamento como base de cálculo das contribuições PIS/COFINS (e) inconstitucionalidade da taxa Selic; (f) inclusão indevida dos sócios como responsáveis pelo crédito tributário.

Em 14 de março de 2013 foi exarada a Resolução nº 2301-000.366 (fls. 2021/2023), da 3ª Câmara, da 1ª Turma Ordinária deste Conselho, em que se converteu o julgamento em diligência, considerando que em outubro de 2004, conforme sustentado no recurso voluntário, o Recorrente teria sido fiscalizado para o período de 01/1996 a 12/2001,

pelo Fiscal de Contribuições Previdenciárias Pedro Yamacita, matrícula 0954191, quando foram emitidas várias autuações, quais sejam: 35.132.834.3, 35.132.833.5, 35.132.835.1, 35.132.836-0 e 35.132.832-7.

Assim, converteu-se o julgamento em diligência para que fossem anexadas aos presentes autos cópias integrais dos DEBCADs nºs 35.132.834-3, 35.132.833-5, 35.132.835-1, 35.132.836-0 e 35.132.832-7, produzindo o Fisco Informação a esse respeito e, após, intimando o contribuinte a se manifestar no prazo legal.

Em cumprimento à Resolução supra referida, foi exarada a Informação Fiscal de fls. 2284/2285, em que restou consignado que em face do transcurso do tempo, apenas a NFLD DEBCAD nº 35.132.832-7 foi juntado aos autos (fls. 2025 a 2281).

O procedimento fiscal nº09120031, **sem cobertura total**, refere-se a uma **fiscalização seletiva**, exclusiva para levantamento de Participação no Lucros e Resultados - PLR e sobre a sub-rogação da comercialização de produto rural e cooperativas de leite;

- NFLD 35.132.836-0 - período de 11/1996 a 12/2003 = PLR dos Gestores Nestlé;

- NFLD 35.132.835-1 - período de 11/1996 a 12/1998 = PLR da Tostines;

- NFLD 35.132.834-3 - período de 05/1996 a 11/1997 = PLR Insol;

-NFLD 35.132.833-5 - período de 11/1995 a 01/2004 = PLR Geral da Nestlé;

- AI 35.132.832-7 - CFL 68 por falta de declaração na GFFIP da sub-rogação da comercialização de produto rural, Transportadores autônomos, Reclamatórias trabalhistas, autônomos, cooperativa e PLR.

Em conclusão, o Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento da diligência arremata que:

Em nosso entendimento, o procedimento fiscal anterior, repito, não se referiu a uma fiscalização com cobertura total e como bem sabemos, nada impede que se faça uma fiscalização após um procedimento fiscal seletivo, ressaltando que o presente processo (35.787.557-5) refere-se a lançamento a título de solidariedade na prestação de serviços executados pela empresa APA - Serviços de Apoio Ltda., não mantendo nenhuma relação com o que foi levantado anteriormente.

Instado a se manifestar acerca do resultado da diligência fiscal, o sujeito passivo apresentou petição às fls. 2290/2300, em que reitera os argumentos expendidos na peça recursal.

Outra Resolução de idêntico teor foi emitida pela 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara (fls.2328/2331), com resposta da Auditoria às fls. 2333/2334, dando conta de que a diligência já havia sido cumprida.

É o relatório.

Voto

Daniel Melo Mendes Bezerra, Conselheiro Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Questão Prejudicial de Mérito - Decadência

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

"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".

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade de pagamento parcial do tributo para que seja aplicada a regra decadencial do artigo 150, §4º do CTN; caso contrário, aplica-se o artigo 173, I do CTN que transfere o termo *a quo* de contagem para o exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Também atribuiu status de repetitivos a todos os processos que se encontram tramitando sobre a matéria. E, por força do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, a decisão deve ser reproduzida nas turmas deste Conselho.

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.

Este CARF sumulou o entendimento acerca do que se entende por pagamento parcial. De acordo com a Súmula nº 99, considera-se que houve pagamento parcial quando os recolhimentos efetuados se referem à parcela remuneratória objeto do lançamento:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Destarte, no presente caso, temos que o lançamento se perfectibilizou com a ciência, ocorrida em 17/12/2004 (fl.2). Verificou-se que não houve antecipação do pagamento relativa ao crédito tributário lançado. Desse modo, aplica-se a regra inserta no art. 173, I, do CTN. Estão atingidos pela decadência, pois, as competências de 01/1996 a 11/1998, inclusive.

Preliminarmente – Nulidade

Sustenta a recorrente a nulidade do lançamento em função da impossibilidade de se aferir indiretamente a base de cálculo das contribuições previdenciárias. De acordo com a sua tese, não poderia a fiscalização se utilizar-se desse método sem a comprovação de que a recorrente não mantinha uma contabilidade regular.

É imperioso ressaltar, entretanto, que presente lançamento é decorrente do instituto da responsabilidade solidária na contratação de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, nos termos do art. 31 da Lei n.8212/1991, não comportando benefício de ordem.

O art. 31 da Lei nº 8212/1991, além de estabelecer a responsabilidade solidária, atribuída à recorrente, estabelece também a única forma de elisão. Pela disposição legal, se a tomadora de serviços não apresenta a guia de recolhimento quitada, vinculada à nota fiscal/fatura, bem como a folha de pagamento pertinente, assume a obrigação contributiva por solidariedade, não havendo de alegar a existência de qualquer ilegalidade quando da cobrança pelo sujeito ativo da relação tributária.

Assim, razão não assiste à recorrente.

Da Ação fiscal anterior - pretensa nulidade

Consta nas razões recursais a alegação de nulidade do auto de infração, por supostamente abranger um período que já havia sido fiscalizado. Tal argumento entooou como relevante para o deslinde do feito, tanto assim que foi emitida a Resolução de fls. 2021/2023 para juntada das cópias dos documentos de débitos referidos.

Ao cumprir o disposto na aludida Resolução, a Auditoria-Fiscal justificou o motivo pelo qual só estava anexando um dos processos, mas explicitou todos os outros créditos tributários anteriormente lançados.

Em verdade, restou claro pela cópia do processo administrativo fiscal carreada aos autos (fls. 2025 a 2281), que, efetivamente, tratou-se de uma fiscalização seletiva para apurar eventuais débitos decorrentes de Plano de Participação nos Lucros e Resultados - PLR da recorrente. Tais lançamentos não guardam nenhuma relação com o presente processo administrativo fiscal, que cuida de lançamento de crédito tributário no tomador (responsável solidário) por serviços que lhe foram prestados mediante cessão de mão de obra.

Nessa toada, não existe nenhuma irregularidade e óbice para o regular processamento deste feito administrativo-tributário, devendo ser, de plano, afastada a alegação de nulidade do presente lançamento.

Da Responsabilidade Solidária

A Lei nº 8.212/91, em seu artigo 31, na redação vigente à data de ocorrência dos fatos geradores, fixou de forma taxativa a responsabilidade solidária do contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, com o executor, pelas obrigações decorrentes da Lei de Custeio da Seguridade Social, em relação aos serviços prestados, **não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.**

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

*Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão 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 9.528/97). (grifos nossos)*

§1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.

§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 9.528/97).

*§3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo **somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados**, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032/95). (grifos nossos)*

§4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032/95).

Com a ocorrência do fato gerador, configura-se a obrigação tributária e, o INSS, através da Receita Federal do Brasil, fica autorizado a proceder ao lançamento das contribuições pertinentes, com a constituição do devido Crédito. Este crédito pode ser constituído no nome de qualquer uma das pessoas expressamente designadas no artigo 31 da Lei 8212/1991, uma vez que o artigo 124, do Código Tributário Nacional, assim trata da solidariedade:

Art. 124. *São solidariamente obrigadas:*

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. *A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem, (grifei).*

A Lei de Custeio da Seguridade Social, ao estabelecer a hipótese de solidariedade em seu art. 31, culminou por atribuir ao contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra a obrigação acessória de auxiliar o Fisco na fiscalização das empresas prestadoras dessa modalidade de serviços, fazendo com que aquele exija deste cópias autenticadas das individualizadas guias de recolhimento e respectivas folhas de pagamento, acenando, inclusive, com a possibilidade de retenção das importâncias devidas pelo executor para a garantia do cumprimento das obrigações previdenciárias.

Destarte, ao não exigir da empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão de obra as cópias autênticas dos documentos a que se refere o § 4º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação que lhe foi dada, de berço, pela Lei nº 9.032/95, o Contratante se sujeita, ex lege, automaticamente, à solidariedade pelo adimplemento das contribuições previdenciárias devidas pelo executor, relativas aos serviços contratados.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já irradiou em seus arestos a interpretação que deve prevalecer na pacificação do debate em torno do assunto, lançando definitivamente uma pá de cal nessa infrutífera discussão, consoante se depreende do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002/0089221-6, da Relatoria do Min. Luiz Fux, assim ementado:

Processo AgRg no Ag 463744/SC;

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2002/0089221-6

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador TI - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 20/05/2003

Data da Publicação/Fonte DJ 02.06.2003 p. 192

Ementa:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS PELO RECOLHIMENTO DOS VALORES DEVIDOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇOS. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO.

I. O artigo 31 da Lei 8.212/91 impõe ao contratante de mão-de-obra a solidariedade com o executor em relação às obrigações de recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como outorga o direito de regresso contra o executor, permitindo, inclusive, ao tomador a retenção dos valores devidos ao executor para impor-lhe o cumprimento de suas obrigações.

2. Para a empresa tomadora de serviços isentar-se da responsabilidade pelo não pagamento das contribuições previdenciárias devidas pela prestadora de serviço, é necessário que demonstre o efetivo recolhimento destas contribuições.

3. O Agravante não trouxe argumento capaz de infirmar o decisório agravado, apenas se limitando a corroborar o disposto nas razões do Recurso Especial e no Agravo de Instrumento interpostos, de modo a comprovar o desacerto da decisão agravada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

A exigência da apresentação de documentos para elisão da responsabilidade solidária não se caracteriza como transferência da atividade de fiscalizar que é privativa dos agentes fiscais, mas, uma faculdade para a contratante se elidir da solidariedade. Faculdade esta assegurada pelo direito regressivo e pela possibilidade de retenção de importâncias devidas para garantia do cumprimento das obrigações. Portanto, o INSS (à época do lançamento) não transferiu o seu poder fiscalizador ao particular, exercendo-o diretamente junto à empresa notificada, que tem responsabilidade direta pelo recolhimento das contribuições devidas.

Nesse panorama, verificando o auditor fiscal a ocorrência de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra e não restando elidida a responsabilidade solidária pela via estreita fixada pela lei, estabelece-se definitivamente a solidariedade em estudo entre prestador e tomador, podendo o fisco, ante a inexistência do benefício de ordem, efetuar o lançamento do crédito tributário em face do contribuinte (o executor), ou diretamente em desfavor do responsável solidário (o contratante), ou contra ambos, sendo certo que o pagamento efetuado por um aproveita o outro.

Portanto, não assiste razão à recorrente.

Da cessão de mão de obra

Alega a recorrente que não consta da NFLD onde estaria caracterizada a responsabilidade tributária da recorrente, vez que o relatório fiscal sem indicar onde estaria consubstanciada a cessão de mão de obra. Aduz ainda que não houve demonstração de serviço contínuo, com a colocação de empregados / segurados à disposição da recorrente, de modo a configurar cessão de mão de obra e, conseqüentemente, responsabilidade solidária. Todavia, o relatório fiscal de fls. 72/86, especificamente no item 3, foi didático ao caracterizar a prestação de serviços por cessão de mão de obra. Vejamos:

3- Da efetiva cessão de mão de obra na prestação de serviço pela contratada

Cumpra aqui deixar consignado que em todo o período do presente levantamento restaram materializados os requisitos exigidos pela legislação previdenciária para a efetiva "cessão de mão-de-obra" dos empregados da empresa prestadora em epígrafe para com a ora Notificada (Nestlé Brasil Ltda), quais sejam:

a) colocação da mão-de-obra à disposição da contratante, em suas dependências ou na de terceiros e;

b) realização de serviços contínuos, relacionados ou não com atividades normais da

empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

Portanto, tendo a empresa contratada (APA — Serviços de Apoio Ltda) prestado serviços em regime de trabalho temporário, fato este constatado por meio de seu código CNAE (74500- Locação de Mão-de-Obra) e contrato de prestação de serviço com a contratante, atividade esta tipificada na norma legal, de forma contínua e nas dependências da tomadora, inafastável a obrigação da contratante, para se elidir das responsabilidades solidárias, em comprovar a documentação prevista na Lei nº 8.212/91 como explicitado no item 2 retro.

O parágrafo 2º, do artigo 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, conceituava cessão de mão de obra, como sendo:

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..

Já constou da decisão *a quo* que, pela análise da documentação apresentada pela empresa contratante, durante a ação fiscal, o Auditor notificante constatou a existência de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra pela contratada, nos moldes do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.528/97.

É evidente, pois, a existência de cessão de mão de obra, não havendo elementos na peça recursal que infirmem os fatos relatados ou os fundamentos jurídicos do lançamento.

Da Taxa Selic

A alegação de inconstitucionalidade da Taxa Selic não pode ser oposta nessa instância administrativa pelo óbice previsto na Súmula CARF nº 02:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Todavia, o tema merece algumas considerações.

A recorrente há que cumprir a determinação do art. 34 da Lei nº 8.212/91 cuja regulamentação está no art. 239, II, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Nesse sentido, a Lei 8.212/91, em seus art 35 e 35A, vigentes à época, autoriza a utilização das multas e juros aplicados aos débitos apurados.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valiosa lição: "o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que

atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica".

A matéria já está sumulada pelo CARF. Vejamos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Da Responsabilidade dos Sócios

A recorrente alega ser indevida a responsabilização dos sócios pelos créditos previdenciários lançados, pois não se configuraram nenhuma das hipóteses previstas no art. 135 do CTN, não tendo agido excesso de poderes.

Porém, ser relacionado no relatório de vínculos (fls.7/8), não significa que a ter sido caracterizado como co-responsável. Nesse sentido, a Súmula CARF 88:

A Relação de Co-Responsáveis - CORESP", o "Relatório de Representantes Legais - RepLeg" e a "Relação de Vínculos - VÍNCULOS", anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

Assim sendo, nenhuma das pessoas relacionadas no Relatório de Vínculos foi responsabilizada pelo crédito tributário, que foi constituído apenas em nome da recorrente.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, declarando decadentes as contribuições previdenciárias lançadas referentes ao período de 01/1996 a 11/1998.

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Processo nº 18186.000138/2007-28
Acórdão n.º **2201-003.373**

S2-C2T1
Fl. 2.348
