



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18329.000214/2007-23
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-010.737 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de dezembro de 2022
Recorrente CARDIO NEFROCLINICA DELTA SOCIEDADE SIMPLES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2007

REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO.
INEXISTÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE
NORMA OBRIGANDO TAL PROCEDIMENTO.

Inexiste no âmbito do Processo Administrativo Fiscal Federal norma que torne obrigatório o julgamento conjunto de processos lavrados contra o mesmo contribuinte, ainda que guardem relação de conexão, quando há elementos que permitam o julgamento em separado.

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.
NÃO OCORRÊNCIA.

A decisão foi fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. Ademais, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
INOCORRÊNCIA.

Não há falar em cerceamento do direito de defesa, se o Relatório Fiscal e os demais anexos que compõem o Auto de Infração contêm os elementos necessários à identificação dos fatos geradores do crédito lançado e a legislação pertinente, possibilitando ao sujeito passivo o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo

óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo.

ENDEREÇAMENTO DE INTIMAÇÕES DE ATOS PROCESSUAIS NA PESSOA DO PROCURADOR.

Não encontra respaldo legal nas normas do Processo Administrativo Fiscal a solicitação para que a Administração Tributária efetue as intimações de atos processuais administrativos na pessoa e no domicílio profissional do procurador (advogado) constituído pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Neste sentido dispõe a Súmula CARF nº 110.

PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE DO STF. APLICAÇÃO DO CTN.

Prescreve a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, motivo pelo qual o prazo de decadência a ser aplicado às contribuições previdenciárias e às destinadas aos terceiros deve estar de conformidade com o disposto no CTN. Com o entendimento do Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda em 18/08/2008, na contagem do prazo decadencial para constituição do crédito das contribuições devidas à Seguridade Social utiliza-se o seguinte critério: (i) a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra geral do art. 173 do CTN, e, (ii) O pagamento antecipado da contribuição, ainda que parcial, suscita a aplicação da regra prevista no §4º do art. 150 do CTN.

SIMPLES. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. ART. 62A DO REGIMENTO INTERNO. CARF. ART. 543-C. CPC. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ.

O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui “nova sistemática de recolhimento” daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 65 e ss).

Pois bem. O contribuinte acima identificado foi notificado através da NFLD nº 37.048.703-6, de 31/10/2007 com fundamento no artigo 31 da Lei 8.212/91, acrescentados pela Lei nº 9.711/98, combinado com o artigo 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99, por não recolher os valores retidos e destacados nas notas fiscais de serviços mediante cessão de mão-de-obra a que está obrigada conforme art. 31 da Lei nº 8.212/91.

O Relatório Fiscal, folhas 33 a 35, aponta como prestador de serviço mediante cessão de mão-de-obra a Empresa L M DA ROCHA FREITAS E CIA LTDA com um quantitativo de 15 a 25 segurados, executando atividades de saúde e suporte a atividade principal da notificada. Informa que os valores foram levantados na contabilidade da empresa e correspondem ao lançamento das notas fiscais de nºs 01 a 104, relacionadas no Relatório de Lançamentos — RL, folhas 22 a 27.

A empresa apresentou impugnação através do seu Diretor, identificado na folha 28, no prazo regulamentar, sendo representado por seu Procurador, conforme documento da folha 39. Em síntese, alega que:

1. O direito de o fisco constituir seus créditos prescreve em cinco anos pois sendo as contribuições previdenciárias enquadradas nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional — CTN a partir da Constituição Federal de 1988, seriam improcedentes quaisquer autuações com fatos geradores ocorridos entre 08/1999 a 08/2002 (fl.53).
2. Cita jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91. Aduz que, estando a empresa prestadora dos serviços, enquadrada no regime de tributação do "SIMPLES FEDERAL" teve tratamento diferenciado das demais prestadoras de serviços mediante cessão de mão-de-obra e, por este motivo, dispensada da retenção objeto da notificação.
3. A Lei nº 9.711/98 que estabeleceu a responsabilidade por substituição para empresas prestadoras de serviço mediante cessão de mão-de-obra não se aplica à empresa optante do SIMPLES, posto que a contribuição estaria contemplada no art. 30 da Lei nº 9.317/96.
4. Alega a falta de previsão legal para a retenção do percentual de 11% sobre as notas fiscais de prestador optante do SIMPLES com base em posições assumidas pelo TRF 4ª Região e decisões do STJ e requer a nulidade da autuação.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil**, por meio do Acórdão de e-fls. 65 e ss, cujo dispositivo considerou **o lançamento procedente**, com a manutenção do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2007

DECADÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE - SIMPLES

A empresa contratante de serviço executado mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

Empresa optante pelo SIMPLES, que presta serviço mediante cessão de mão-de-obra, está sujeita a retenção, exceto no período de 01/2000 a 08/2002.

Não compete a esfera administrativa a discussão de inconstitucionalidades e/ou ilegalidades.

Lançamento Procedente

Intimada por via postal em 27/03/2008 da decisão do colegiado de primeira instância, a recorrente apresentou recurso voluntário no dia 24/04/2008, conforme carimbo de protocolo, no qual reitera os argumentos de fato e direito de sua impugnação, a seguir resumidos (fls. 71/72 e 73/91):

- (i) Nulidade da decisão de primeira instância, pela falta de apreciação do pedido de conexão;
- (ii) Nulidade do acórdão recorrido, em razão da ausência de intimação do advogado da impugnante com respeito à data, hora e ao local de julgamento em primeira instância;
- (iii) Operou-se a decadência do crédito tributário até a competência de setembro/2002;
- (iv) A empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, que prestou os serviços à recorrente, sempre esteve inscrita no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), regulado pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e
- (v) Uma vez optante pelo Simples Federal, os pagamentos realizados não estavam sujeitos à retenção de 11%, tendo em vista a sistemática unificada de recolhimento de tributos pela L M da Rocha Freitas & Cia Ltda.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Em sessão realizada no dia 07 de julho de 2020, os membros do colegiado, por meio da **Resolução nº 2401-000.794** (e-fls. 95 e ss), decidiram converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

[...] Em cognição não exauriente, verifico que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário.

Desde a impugnação, a recorrente alega que a empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, CNPJ 02.594.138/0001-91, é optante pelo Simples Federal.

Independentemente do exame das questões preliminares, a opção pelo Simples Federal é matéria relevante para o deslinde do processo administrativo, na medida em que a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal pelo tomador de serviço, prevista no

art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, não se aplica às empresas optantes pelo regime de pagamento mensal unificado da Lei nº 9.317, de 1996.

Com efeito, tal conclusão é extraída: (i) do Recurso Especial (REsp) nº 1.112.467/DF, julgado no regime dos recursos repetitivos pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sessão do dia 12/08/2009 (Tema STJ/171); (ii) da Súmula nº 425 do STJ; e (iii) do Ato Declaratório nº 10, de 20 de dezembro de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, editado com fundamento no Parecer PGFN/CRJ nº 2.122/2011, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Quanto à opção pelo Simples Federal, não há nos autos extrato que demonstre com segurança a situação cadastral da empresa prestadora dos serviços no período de lançamento.

Nesse cenário, voto por converter o julgamento em diligência para que a unidade local da RFB providencie a anexação ao processo administrativo do extrato detalhado de consulta aos optantes pelo Simples Federal, regulado pela Lei nº 9.317, de 1996, relativamente à empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, CNPJ 02.594.138/0001-91.

Caso tenha havido exclusão de ofício, ou mediante comunicação da pessoa jurídica, especificar os períodos e as datas a que se referem as alterações cadastrais.

A empresa Córdio Nefroclínica Delta Sociedade Simples Ltda, ora recorrente, deverá ser comunicada do resultado da diligência para se manifestar por escrito, caso queira. Após, retornem-se os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para julgamento do recurso voluntário.

Em atendimento ao determinado na **Resolução**, fora anexado aos autos o Termo de Intimação e de Ciência de e-fls. 100 e ss, com o seguinte teor:

TERMO DE INTIMAÇÃO E DE CIÊNCIA

Atendendo a Resolução acima, que baixa em diligência o processo em questão no sentido de identificar se a empresa LM da Rocha Freitas & Cia Ltda é optante pelo Simples Nacional.

Examinando os sistemas corporativos da Receita Federal do Brasil, constatamos a opção pelo Sistema Simples Federal pela empresa em 28/05/1998 e a exclusão (sic) daquele sistema em 30/06/2007, de acordo com extrato anexado ao referido processo.

Fica o contribuinte cientificado do inteiro teor desta Intimação emitida pela Chefia da Equipe de Fiscalização Previdenciária da Delegacia de Porto Alegre / 10ª RF da Receita Federal do Brasil, mediante Edital Eletrônico nº006831818, lavrado e publicado em 13/11/2020 com data de ciência em 30/11/2020 (Cópia anexa).

Ao contribuinte é assegurado o pleno direito de manifestar-se dentro do prazo regulamentar de 30 (trinta) dias da data da ciência deste despacho. O prazo inicial fluirá a partir do 10 dia útil após a data da ciência, observando:

- a) Na contagem dos prazos será excluído a dia da ciência e incluído o dia do vencimento;
- b) O dia do início e/ou do vencimento da contagem dos prazos serão prorrogados para o 10 dia útil seguinte (com expediente), caso recaiam em dia em que não haja expediente integral na unidade de atendimento da Receita Federal do Brasil;
- c) Os prazos são contínuos. Não se suspendem ou interrompem.

Excepcionalmente, será admitida a suspensão por motivo de força maior, caso fortuito, greve ou outro fato que impeça o funcionamento das unidades de atendimento da Receita Federal do Brasil ou traga impedimento às partes, quando então, o prazo voltará a fluir pela que lhe sobejar.

A manifestação deverá ser apresentada no Central de Atendimento ao Contribuinte: Av. Loureiro da Silva, 445.

Regularmente intimado acerca da **Resolução**, o sujeito passivo não manifestou.

Em face da extinção do mandato, a partir de 1º/02/2021, do Conselheiro Cleberson Alex Friess, representante da Fazenda Nacional, conforme Portaria CARF/ME nº 1.141, de 1º/02/2021, os presentes autos devem redistribuídos, mediante sorteio, no âmbito da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, nos termos do §§ 5º e 8º do art. 49 do Anexo II do RICARF, tendo sido sorteados à Conselheira Andréa Viana Arrais Egypto.

Em seguida, sobreveio **Despacho de Devolução** de e-fl. 107, com o seguinte teor:

[...] O presente processo trata de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), com exigência da contribuição previdenciária de 11 % incidente sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pela empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, nos termos do art. 31 c/c § 5º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Em 7 de julho de 2020 foi proferida a Resolução nº 2401-000.794, através da qual foi determinado “que a unidade local da RFB providencie a anexação ao processo administrativo do extrato detalhado de consulta aos optantes pelo Simples Federal, regulado pela Lei nº 9.317, de 1996, relativamente à empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, CNPJ 02.594.138/0001-91”, e, caso tenha havido exclusão de ofício, ou mediante comunicação da pessoa jurídica, especificar os períodos e as datas a que se referem as alterações cadastrais, determinando ainda a identificação da empresa Recorrente.

No TERMO DE INTIMAÇÃO E DE CIÊNCIA (fls. 100/101), esclarece o que foi requerido na Resolução e afirma que foi anexado ao referido processo extrato da situação do Simples, no entanto, não verifico nenhum documento, conforme requerido na Resolução.

Dessa forma, deve ser providenciada a anexação do documento mencionado às fls. 100/101 (extrato da consulta do Simples), devendo ser o contribuinte identificado do resultado da diligência, para se manifestar por escrito, caso já não tenha sido.

Posteriormente, sobreveio a **Informação Fiscal** de e-fl. 109, com a anexação dos documentos de e-fls. 110 e ss, com o seguinte teor:

INFORMAÇÃO FISCAL

Trata de Despacho de Devolução, baixado em diligência referente ao processo acima identificado, no sentido de comprovar da situação da empresa LM da Rocha Freitas & Cia Ltda ante ao sistema Simples Federal.

Assim, atendendo ao despacho de devolução, complementamos a informação às folhas nºs 100/101 e juntamos o extrato obtido junto aos sistemas corporativos da Receita Federal do Brasil, onde constatou-se a opção pelo Sistema Simples Federal pela empresa, sendo a inclusão em 28/05/1998 e a exclusão naquele sistema em 30/06/2007.

Quanto à ciência do contribuinte a mesma foi dada através do AR nº OK979422458BR juntado à folha nº 103, encaminhado aos procuradores da empresa, conforme procuração às folhas nºs 92/93 do presente processo administrativo.

Em face da Portaria de Pessoal CARF/ME nº 6145, de 31 de maio de 2022, que declarou extinto o mandato da Conselheira Andréa Viana Arrais Egypto, representante dos Contribuintes, por ter expirado o prazo de que trata o § 1º do art. 40 do Anexo II do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, os presentes autos foram redistribuídos, mediante sorteio, no âmbito da turma, nos termos dos §§5º e 8º do art. 49 do Anexo II do RICARF, tendo sido distribuídos a este Conselheiro para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Preliminares.

2.1. Preliminar de nulidade da decisão por ausência de apreciação de pedido de conexão.

Preliminarmente, o sujeito passivo alega que a decisão recorrida seria nula, por ter sido omissa quanto ao pedido de conexão, o que afrontaria o direito ao contraditório e à ampla defesa, além de inaceitável supressão de instância.

Rejeito a preliminar suscitada, eis que não há no RICARF dispositivo que imponha/determine o sobrestamento de processo a outro, ainda que guardem relação de conexão, bem como o julgamento deles em conjunto, quando inexistente matéria prejudicial ao julgamento dos feitos.

A propósito, a previsão contida no art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72, ao contrário do que argumenta o sujeito passivo, trata-se de uma faculdade, não havendo qualquer óbice quando a formalização ocorre em processos separados, sendo, inclusive, recomendável nas situações nas quais os tributos apurados são de competências distintas no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). É de se ver a redação do referido dispositivo:

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, **podem** ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005) (grifei)

Da mesma forma, segue a transcrição do art. 6º do Anexo II do RICARF, que cuida do assunto:

Art. 6º Os processos vinculados poderão ser distribuídos e julgados observando-se a seguinte disciplina:

§1º Os processos **podem** ser vinculados por:

I - conexão, constatada entre processos que tratam de exigência de crédito tributário ou pedido do contribuinte fundamentados em fato idêntico, incluindo aqueles formalizados em face de diferentes sujeitos passivos; (grifei)

Por sua vez, o art. art. 47 do mesmo anexo, trata exclusivamente da forma de distribuição de processos neste Colegiado. Vejamos:

Art. 47. Os processos serão sorteados eletronicamente às Turmas e destas, também eletronicamente, para os conselheiros, organizados em lotes, formados, **preferencialmente**, por processos conexos, decorrentes ou reflexos, de mesma matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46. (grifei)

Para o lançamento em questão, os dados constantes dos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia, o que afasta a necessidade de apreciação conjunta com outros processos lavrados contra o mesmo sujeito passivo, ainda que no contexto da mesma ação fiscal.

O pedido de reunião dos processos lavrados contra o sujeito passivo, apesar de desejável, não é obrigatório, posto que não há norma legal na seara do Processo Administrativo Fiscal que preveja esse procedimento.

Em que pese a decisão recorrida não ter se pronunciado expressamente a respeito do pedido, entendo que tal fato não é capaz de, por si só, conduzir à sua nulidade, eis que não demonstrado qualquer prejuízo efetivo ao sujeito passivo, que teve a oportunidade de se manifestar nos autos, trazendo todos seus argumentos de defesa.

Nada impede, pois, o regular julgamento do presente processo, da mesma forma que nada impede que nos autos dos processos mencionados pelo sujeito passivo, a autoridade julgadora, com o intuito de guardar harmonia e coerência entre as decisões do CARF, acate os argumentos de decidir tecidos nos presentes autos. Caso a decisão seja divergente, há a possibilidade de Recurso Especial, sendo mais uma via de alternativa para a busca da melhor solução do litígio, não havendo qualquer prejuízo.

Vislumbro que a decisão recorrida foi devidamente fundamentada, não havendo que se falar em nulidade quando o julgador proferiu decisão devidamente motivada, explicitando as razões pertinentes à formação de sua livre convicção. A propósito, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

2.2. Preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa.

O sujeito passivo também alega cerceamento do direito de defesa, eis que na impugnação apresentada foi requerido expressamente a intimação de seu procurador, da data, hora e local de julgamento no processo em questão, o que teria sido totalmente ignorado pelo 4ª Turma Julgadora da DRJ/STM, o que teria violado o princípio da ampla defesa.

Contudo, entendo que não lhe assiste razão.

A começar, trata-se de pleito que não possui previsão legal no Decreto nº 70.235/72, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal, nem mesmo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 343/2015, por força do art. 37 do referido Decreto.

Ademais, o art. 23, incisos I a III do Decreto nº 70.235/72, dispõe expressamente que as intimações, no decorrer do contencioso administrativo, serão realizadas pessoalmente ao sujeito passivo e não a seu patrono.

A propósito, neste sentido dispõe a Súmula CARF nº 110, a seguir transcrita:

Súmula CARF nº 110: No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Cabe esclarecer, ainda, que as pautas de julgamento dos Recursos submetidos à apreciação deste Conselho são publicadas no Diário Oficial da União, com a indicação da data, horário e local, o que possibilita o pleno exercício do contraditório, inclusive para fins de o patrono do sujeito passivo, querendo, estar presente para realização de sustentação oral na sessão de julgamento (parágrafo primeiro do art. 55 c/c art. 58, ambos do Anexo II, do RICARF).

Esclarecido o ponto acima, registro que não vislumbro nenhum vício capaz de macular o presente lançamento tributário ou a decisão recorrida, não tendo sido constatada

violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento, por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

3. Prejudicial de Mérito - Decadência.

Conforme narrado, a presente notificação fiscal refere-se a débito de contribuições previdenciárias devidas e não repassadas à Seguridade Social — INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, constituída da contribuição de 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal de serviço, emitida na contratação de empresa prestadora de serviço, com cessão de mão de obra.

A apuração dos valores refere-se ao período de apuração 01/03/1999 a 30/04/2007, consolidado em 29/10/2007, com base nos dispositivos legais descritos no anexo FLD — Fundamentos Legais do Débito integrante do processo (e-fls. 30 e ss).

O contribuinte foi cientificado da presente notificação em 01/11/2007 (e-fl. 03), tendo apresentado impugnação tempestiva em 27/11/2007 (e-fls. 64 e ss).

Pois bem. Oportuno esclarecer, inicialmente, que em decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626 o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada no D.O.U. de 20/06/2008, nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

De acordo com a Lei 11.417/2006, após o Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula, esta terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial. Assim, a nova súmula alcança todos os créditos pendentes de pagamento e constituídos após o lapso temporal de cinco anos previsto no CTN.

Para além do exposto, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 973.733/SC, submetido à sistemática dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia (art. 543-C, do CPC/73), fixou o entendimento no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se: **a)** Do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando a lei prevê o pagamento antecipado, mas ele inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte; **b)** A partir da ocorrência do fato gerador, nos casos em que ocorre o pagamento antecipado previsto em lei.

Dessa forma, a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, é regra especial, aplicável apenas nos casos em que se trata de lançamento por homologação, com antecipação de pagamento, de modo que, nos demais casos, estando ausente a antecipação de pagamento ou mesmo havendo a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, a regra aplicável é a prevista no artigo 173, I, do CTN.

No caso dos autos, o trabalho fiscal se reporta aos fatos geradores de Contribuições Previdenciárias, relativo ao período de apuração 01/03/1999 a 30/04/2007, tendo o contribuinte sido intimado acerca do lançamento, no dia 01/11/2007 (e-fl. 03).

Para aplicar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao caso em questão, que trata da exigência de Contribuições Previdenciárias, é de extrema relevância, a constatação da existência ou não de antecipação de pagamento, o que influencia, decisivamente, na contagem do prazo decadencial, seja pelo artigo 150, § 4º, ou pelo artigo 173, I, ambos do CTN.

Cabe pontuar, ainda, que 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 (Súmula CARF nº 99).

No caso dos autos, independentemente de ter ou não havido antecipação parcial de pagamento, nos termos do art. 173, I, do CTN, as competências lançadas até 11/2001, aqui incluída também a competência 13/2001, estão fulminadas pela decadência.

Isso porque, considerando a regra do art. 173, I, do CTN, o prazo de decadência para a competência 11/2001, aqui incluída também a competência 13/2001, possui como termo de início o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, o dia 1º de janeiro de 2002, de modo que o prazo para lançamento encerraria em 31 de dezembro de 2006.

Dessa forma, a autoridade administrativa teria até o dia 31/12/2006 para expressamente homologar o pagamento feito ou constituir o crédito tributário suplementar das competências lançadas até 11/2001, sendo que o contribuinte foi intimado acerca do lançamento, apenas no dia 01/11/2007 (e-fl. 03).

Não é possível abarcar, contudo, a competência 12/2001, eis que o seu vencimento ocorreu na competência 01/2002, de modo que, para essa competência o termo de início do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o dia 1º de janeiro de 2003 e não o dia 1º de janeiro de 2002, não estando sujeita, portanto, ao prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, mas sim, em hipótese, ao prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Assim, faz-se necessário analisar a antecipação de pagamento, apenas a partir da competência 12/2001 até a competência 10/2002, eis que o contribuinte foi intimado acerca do lançamento no dia 01/11/2007 (e-fl. 03).

Nesse sentido, analisando a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) e seus Anexos, não vislumbro a apresentação de qualquer GPS e nem mesmo a apropriação de sobras de competências anteriores para as referidas competências, o que, a meu ver, poderia se equivaler ao pagamento parcial.

Assim, entendo que não houve antecipação de pagamento para o período assinalado, eis que não constato nos autos a documentação comprobatória e nem mesmo os demonstrativos arrolados pela fiscalização permitem compreender neste sentido, sobretudo considerando que não houve apropriação de GPS para essas competências, de modo que a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra geral do art. 173 do CTN.

Em outras palavras, apesar da juntada de inúmeros documentos nos autos, não vislumbro como comprovada a antecipação de pagamento, ainda que parcial, para o período assinalado. Nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco constituir crédito tributário, deve ser contado com base no art. 173, inciso I, do CTN, eis que não comprovada a existência de pagamento antecipado.

A propósito, trata-se de matéria controvertida, de modo que o recorrente teve a oportunidade de tecer maiores esclarecimentos a esse respeito, inclusive juntando a documentação necessária em seu recurso, mas, em contrapartida, limitou-se a reproduzir o teor de sua impugnação.

Dessa forma, acato parcialmente o pleito do recorrente, para reconhecer a decadência das competências lançadas até 11/2001, nos termos do art. 173, I, do CTN.

Em que pese o reconhecimento parcial da decadência, no mérito, o lançamento é totalmente improcedente, conforme se verá.

4. Mérito.

No tocante ao mérito, o sujeito passivo alega, em resumo, que: (i) a empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, que prestou os serviços à recorrente, sempre esteve inscrita no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (Simples Federal), regulado pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e (ii) uma vez optante pelo Simples Federal, os pagamentos realizados não estavam sujeitos à retenção de 11%, tendo em vista a sistemática unificada de recolhimento de tributos pela L M da Rocha Freitas & Cia Ltda.

Pois bem. A esse respeito, cabe pontuar que a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal pelo tomador de serviço, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, não se aplica às empresas optantes pelo regime de pagamento mensal unificado da Lei nº 9.317, de 1996.

Com efeito, tal conclusão é extraída: (i) do Recurso Especial (REsp) nº 1.112.467/DF, julgado no regime dos recursos repetitivos pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sessão do dia 12/08/2009 (Tema STJ/171); (ii) da Súmula nº 425 do STJ; e (iii) do Ato Declaratório nº 10, de 20 de dezembro de 2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, editado com fundamento no Parecer PGFN/CRJ nº 2.122/2011, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. Sobre este último, cabe transcrever o seguinte excerto:

[...] nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora é optante pelo SIMPLES,

ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e IV do § 5º - C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Em relação ao argumento posto pelo sujeito passivo, este Colegiado, em oportunidade anterior, por meio da **Resolução nº 2401-000.794** (e-fls. 95 e ss), decidiu por converter o julgamento em diligência, para que a unidade local da RFB providenciasse a anexação ao processo administrativo do extrato detalhado de consulta aos optantes pelo Simples Federal, regulado pela Lei nº 9.317, de 1996, relativamente à empresa L M da Rocha Freitas & Cia Ltda, CNPJ 02.594.138/0001-91.

Em atendimento ao determinado na **Resolução**, fora anexado aos autos o Termo de Intimação e de Ciência de e-fls. 100 e ss, bem como o **Despacho de Devolução** de e-fl. 107, tendo sido constatada a opção pelo Sistema Simples Federal pela empresa LM da Rocha Freitas & Cia Ltda, sendo a inclusão em 28/05/1998 e a exclusão naquele sistema em 30/06/2007.

Vale lembrar, pois, que o presente lançamento se refere ao período de apuração 01/03/1999 a 30/04/2007. Ou seja, no período do débito tributário, a empresa prestadora de serviços estava devidamente incluída na sistemática do SIMPLES, de modo que a exclusão ocorreu apenas em 30/06/2007.

Embora as empresas excluídas do Simples Nacional estejam sujeitas, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas (artigo 32, § 1º, da LC 123/2006), sendo o ato de exclusão dotado de efeitos meramente declaratórios, tal fato não tem o condão de prejudicar a segurança jurídica dos terceiros que com ela celebraram negócios, não sendo possível dizer que a decisão possui efeitos que ultrapassem as partes, de forma retroativa, eis que o sujeito passivo não pode sofrer efeitos jurídicos oriundos de decisão administrativa na qual sequer teve a oportunidade de manifestar nos autos. Ora, se nem a fiscalização, dotada de poder de polícia fiscal administrativa, tinha conhecimento de ditas irregularidades, como poderia o ter o sujeito passivo? Decerto, tais verificações extrapolam os limites do dever instrumental.

Nesse contexto, não podem ser opostas à empresa tomadora as irregularidades posteriormente apuradas pela fiscalização em relação à prestadora de serviços. As circunstâncias que deram azo à exclusão da sistemática do SIMPLES da prestadora são a ela circunscritas, não podendo servir de estribo à indevida penalização do contribuinte tomador, que delas não tinha e nem poderia ter conhecimento ao tempo dos negócios celebrados.

Dessa forma, levando-se em consideração que a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal pelo tomador de serviço, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, não se aplica às empresas optantes pelo regime de pagamento mensal unificado da Lei nº 9.317, de 1996; bem como a impossibilidade da responsabilização do terceiro de boa-fé, tendo em vista que à época dos fatos geradores a empresa prestadora estava regularmente inscrita na sistemática do SIMPLES, não há que se falar na subsistência do lançamento efetuado.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de reconhecer a improcedência do lançamento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite