



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

Processo nº 19515.720914/2015-11
Recurso nº De Ofício
Acórdão nº 2201-004.843 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de janeiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TELEFONICA BRASIL S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 28/02/2001

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO SUBSTITUTO. CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE QUANTO AO NOVO LANÇAMENTO. TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL.

Lançamento substituto daquele anulado pelo Conselho de Contribuintes, por vício formal, ante ausência de notificação do lançamento originário ao sujeito passivo prestador do serviço. A ciência do contribuinte quanto ao novo lançamento é necessária para obstar a decadência é elemento inerente à própria constituição do crédito tributário. Deve ser conhecida a extinção do direito do Fisco se realizada após o transcurso do prazo quinquenal.

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. OCORRÊNCIA.

A proibição de *bis in idem* assegura a segurança jurídica, ao impedir que uma mesma infração seja objeto de dois (ou mais) lançamentos que apliquem a correspondente penalidade, pela mesma ou distinta autoridade, a um mesmo sujeito passivo. Neste caso, foram lavrados autos de infração sobre os mesmos fatos geradores, restando clara a aplicação da penalidade em duplicidade, em afronta ao princípio da legalidade tributária (art. 5º, II e 37, caput da Constituição e art. 97 do CTN). Há que se cancelar a exigência que já tenha sido objeto de lançamento anterior.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Débora Fófano - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

O presente processo trata de lançamento de crédito tributário previdenciário, abrangendo contribuições devidas à Seguridade Social pelo sujeito passivo correspondente às contribuições da empresa, dos empregados e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho – RAT, consubstanciado nos Autos de Infração DEBCAD nºs 37.448.348-5 e 37.448.349-3 (fls. 29/54).

Devidamente intimado sobre o lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 459/498), aduzindo, em síntese, as seguintes teses de defesa, conforme consta do relatório da DRJ/Ribeirão Preto/SP (fl. 809):

"1) Ocorrência da decadência na forma do art. 173, inciso II do CTN;

2) Lançamento em duplicidade face ao Auto de Infração contido no processo administrativo nº 10880.727284/2011-31 (DEBCAD nº 37.334.545-3) e

3) Inocorrência da cessão de mão de obra."

O responsável solidário, igualmente intimado sobre o lançamento e o respectivo Termo de Sujeição Passiva Solidária, apresentou impugnação (fls. 130/179, 241/290 e 327/377), alegando em síntese, conforme consta do relatório da DRJ (fls. 808/809):

"1) Duplicidade de lançamento, tal qual o contribuinte principal, relativamente ao processo administrativo nº 10880.727284/2011-31 (DEBCAD nº 37.334.545- 3).

2) Nulidade do Termo de Sujeição Passiva Solidária, pois não houve prévia apreciação, pela autoridade julgadora de primeira instância, quanto ao cabimento da solidariedade à lavratura do Termo de Sujeição Passiva Solidária.

3) Decadência, pois não houve constituição anterior de crédito tributário contra si, e, dessa forma, já teria decorrido o prazo decadencial de cinco anos.

4) *Vício de fundamentação legal, no que tange à adoção da aferição indireta da base de cálculo ao lançamento, pois que discorda das suas premissas.*

5) *Inexistência de atos fiscais investigativos previamente ao lançamento.*

6) *Incompatibilidades identificadas entre os elementos intrínsecos e motivadores da autuação e à primazia da realidade no que pertine aos serviços prestados.*

7) *Exagero na alíquota de 40%.*

8) *Inexistência de débitos a serem lançados."*

Na análise, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento aduziu que o contribuinte fundamentou a sua impugnação em três linhas de raciocínio sintetizadas a seguir (fls. 810/811):

"a) Nulidade pelo lançamento em duplicidade, face ao conteúdo do Auto de Infração objeto do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31 (DEBCAD nº 37.334.545-3);

b) Nulidade por se encontrar extinto por força da decadência (art. 173, inciso II do CTN); e,

c) Improcedência porque a contratação de serviços não ocorreu por cessão de mão de obra, não sendo, portanto, devida a respectiva retenção da contribuição previdenciária."

Considerou a impugnação ser procedente quanto a alegada decadência invocada na forma do artigo 173, inciso II do Código Tributário Nacional - CTN e na duplicidade de lançamento entre as lavraturas fiscais contidas no presente processo e no processo administrativo 10880.727284/2011-31. No tocante à ocorrência da cessão de mão de obra, entendeu o relator estar prejudicada a sua abordagem, uma vez reconhecida a decadência, e, cumulativamente, a duplicidade de lançamento em relação ao Auto de Infração DEBCAD nº 37.334.545-3, integrante do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31, descabendo a apreciação da efetiva ocorrência de cessão de mão de obra, vez que se trata de matéria afeta já a outro processo.

O contribuinte não apresentou Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano - Relatora

DO RECURSO DE OFÍCIO

Em virtude da exoneração total do crédito tributário, foi interposto recurso de ofício.

Preliminarmente, o recurso de ofício preenche condições de admissibilidade, posto que atinge o valor de alçada, hoje fixado em R\$ 2.500.000,00 pela Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, pelo qual deve ser conhecido.

Quando da apreciação do caso, a DRJ em Ribeirão Preto/SP julgou procedente a impugnação, conforme ementa abaixo (fl. 807):

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 28/02/2001

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. ANULAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO DEFINITIVA DO CARF. CIÊNCIA DO CONTRIBUINTE QUANTO AO NOVO LANÇAMENTO. NECESSIDADE.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Considera-se definitivo o despacho do Presidente da CSRF que negar seguimento ao recurso especial, iniciando-se o prazo decadencial com a ciência da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, enquanto representante da Receita Federal do Brasil junto ao CARF.

A ciência do contribuinte quanto ao novo lançamento é necessária para obstar a decadência, não constituindo mera formalidade acessória, mas elemento inerente à própria constituição do crédito tributário. Hipótese na qual a ciência do contribuinte quanto ao novo lançamento se dá após o transcurso do prazo quinquenal, reconhecendo-se a extinção do direito do Fisco.

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. OCORRÊNCIA.

É improcedente o lançamento levado a efeito em duplicidade, uma vez considerada a existência de processo distinto, com conteúdo idêntico, de fato e de direito, em trâmite pela Administração Tributária, ambos como corolários de lançamento anulado.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado"

Os fundamentos do acórdão que culminaram em exoneração do crédito, foram os seguintes: (i) a decadência e (ii) lançamento em duplicidade.

Da Decadência

O presente lançamento é substituto daquele realizado através da NFLD originária nº 35.409.566-8, anulada pelo Conselho de Contribuintes por vício formal justamente porque o responsável solidário (PROMON TECNOLOGIA E PARTICIPAÇÕES LTDA, sucessora por incorporação da PROMON TELECOM LTDA) não havia sido notificado.

Consoante narrado na decisão da DRJ (fl. 812), no lançamento dos valores supostamente devidos a título de retenção estavam abrangidos pelo mesmo documento de constituição de crédito anulado. Assim sendo, uma vez ausente qualquer determinação relativa à segregação dos mesmos, os valores lançados a este título também foram considerados nulos.

O inciso II do artigo 173 do CTN disciplina que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados "da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".

Por sua vez, o comando previsto no artigo 42, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelece que:

Art. 42. São definitivas as decisões:

(...)

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

Nos termos do relatório do julgador *a quo* "a definitividade da decisão decorre da sua preclusão, consubstanciada na inexistência de recurso cabível, no caso em apreço, a irrecorribilidade do despacho que mantém a denegação de seguimento do recurso especial", exarado em 31/08/2010, pelo então presidente do CARF, mantendo o não conhecimento do recurso especial de divergência (fl. 16830 dos autos processo administrativo nº 12045.000585/2007-13), devidamente cientificada a PGFN em 10/09/2010 (fl. 16831 dos referidos autos).

Deste modo, a decadência, na forma do artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional - CTN, teve como marco inicial o dia 11/09/2010 e final o dia 11/09/2015.

O novo lançamento, consolidado em 04/09/2015 foi cientificado o sujeito passivo em 14/09/2015. Na decisão recorrida foi noticiado que a jurisprudência acolhe o entendimento segundo o qual exige-se a ciência do contribuinte como elemento constitutivo e foram colacionadas ementas de julgados que refletem o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ nesse sentido.

A conclusão, neste aspecto, não merece qualquer reparo, no sentido de que definitiva a decisão do CARF em 10/09/2010, o lançamento intimado ao sujeito passivo em 14/09/2015 encontra-se decadente na forma do artigo 173, II, do Código Tributário Nacional - CTN.

Do Lançamento em Duplicidade

No relatório de julgamento da DRJ (fl. 816) foi informado, em síntese que:

"(...) em vista da anulação da NFLD DEBCAD nº 35.409.566-8 (processo administrativo nº 12045.000585/2007-13), dois processos distintos surgiram:

- um perante a DRF Belo Horizonte: Auto de Infração DEBCAD nº 37.334.545-3, integrante dos autos do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31, consolidado em 20/12/2011, com ciência ao sujeito passivo em 31/01/2012. Lavrado em nome de Vivo Participações S.A (CNPJ 02.558.074/0001-73), incorporadora da Telemig Celular S.A. (CNPJ 02.320.739/0001-06). Procedimento fiscal instaurado pelo MPF 08.1.90.00-2011-00327-7. Foi objeto de julgamento de improcedência parcial da impugnação apresentada, conforme Acórdão nº 02-47.897 da 6a. Turma da DRJ/BHE, em 29/08/2013 – fls. 17.343/17.357 dos autos do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31. Houve a interposição de recurso voluntário perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, conforme instrumento acostado às fls. 17.363/17.396 dos autos do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31. (...)

- e outro na DRF São Paulo: Os Autos de Infração DEBCAD nºs 37.448.348-5 e 37.448.349-3, integrantes do presente processo administrativo, consolidado em 04/09/2015, com ciência ao sujeito passivo em 14/09/2015. Foi lavrado em nome de

Telefônica Brasil S.A (CNPJ 02.558.157/0001-62), incorporadora da Vivo Participações S.A (Ata da 34a. Assembléia Geral Extraordinária, de 03/10/2011). MPF 08.1.90.050-2014-03751-2.

Portanto, as duas lavraturas fiscais, embora distintas no tempo no qual realizadas, originam-se do mesmo evento, qual seja, a anulação da NFLD DEBCAD nº 35.409.566-8.

Quanto ao fundamento legal do débito, ambos os documentos de constituição se referem ao artigo 31 da Lei nº 8.212/91. No que toca aos levantamentos, consultando o DD do Auto de Infração DEBCAD nº 37.334.545-3, com os DD's dos Autos de Infração DEBCAD nºs 37.448.348-5 e 37.448.349-3, verifica-se que há identidade de lançamentos no que tange aos supostos prestadores de serviços envolvidos e o período considerado, sendo distintos, apenas, os códigos de levantamento adotados pelas fiscalizações.(...)"

O processo foi baixado em diligência a fim de que a autoridade fiscal se manifestasse acerca da aparente duplicidade dos lançamentos (fls. 768/771). Em atendimento foram prestados os seguintes esclarecimentos (fl. 782):

"Ref. Processo 19515.720.914/2015-11

AI 37.448.348-5

AI 37.448.349-3

Diligência aberta para manifestação a respeito do lançamento em duplicidade com o processo 10880.727284/2011-31, debcad 37.334.545-3, relativo ao prestador de serviço Promon Eletrônica Ltda, em nome da empresa Vivo Participações Ltda, CNPJ 02.558.074/0001-73, período do levantamento 04/99 a 02/2001, lavrados em Belo Horizonte.

Os Autos 37.448.348-5 e 37.448.349-3, do processo 19.515.720.914/2015-01, foram lavrados na empresa Telefônica Brasil S.A, incorporadora da Vivo Participações Ltda, período do levantamento, 04/1999 a 01/2001, os créditos foram apurados tendo como base de cálculo os mesmos valores dos autos lavrados em Belo Horizonte.

Nos Autos 37.448.348-5 e 37.448.349-3, constou equivocadamente a competência 01/2001, quando o correto é 02/2001.

Os valores apurados nos Autos de Infração 37.448.348-5 e 37.448.349-3 estão contidos no auto 37.334.545-3, foram portanto lançados em duplicidade.

(...)"

A confirmação da fiscalização corrobora a tese do contribuinte no sentido de duplicidade de lançamento, restando inequívoco que o presente lançamento está em duplicidade face àquele contido nos autos do processo administrativo nº 10880.727284/2011-31, anterior a este e já objeto de julgamento pela DRJ Belo Horizonte.

A proibição de *bis in idem* assegura a segurança jurídica, ao impedir que uma mesma infração seja objeto de dois (ou mais) lançamentos que apliquem a correspondente penalidade, pela mesma ou distinta autoridade, a um mesmo sujeito passivo.

Neste caso, foram lavrados dois autos de infração em duplicidade, sobre os mesmos fatos geradores, em afronta ao princípio da legalidade tributária (art. 5º, II e 37, *caput* da Constituição e art. 97 do CTN).

Por conseguinte, há que se cancelar a exigência que já tenha sido objeto de lançamento anterior.

Isto posto, não merece reparo a decisão de piso.

Conclusão

Em razão do exposto, vota-se por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício nos termos do voto em epígrafe.

(assinado digitalmente)

Débora Fófano - Relatora