



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

Processo nº 35588.002463/2007-11
Recurso nº 250.330 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.097 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de maio de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
Recorrente PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/01/2001, 31/12/2006

DECADÊNCIA - No presente caso houve antecipação de pagamentos, devendo, portanto, ser aplciado o que disposto no artigo 150, 4ª do CTN.

PEDIDO DE DESISTÊNCIA – Havendo pedido de desistência das matérias recorrida há de se manter o julgamento, confirmando a improcedência das demais questões ventiladas, como ocorreu no presente caso.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, **3ª câmara / 1ª turma ordinária** da segunda **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 10/2001, anteriores a 11/2001, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do inciso I, Art. 173 para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização; I) Por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso nas demais questões, devido a pedido de desistência.Fez sustentação oral:PROFARMA DISTR DE PROD FARMACÊUTICOS S/A

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Wilson Antonio de Souza Correa, Damião Cordeiro de Moraes.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) materializado pelo nº 37.050.472-0, consolidado em 17/11/2006, em desfavor da empresa Recorrente pelo não recolhimento das retenções de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, mediante cessão de mão de obra realizada pela empresa Farmadacta Informática Ltda., no período de JANEIRO/2001 a DEZEMBRO/2005.

No relatório fiscal (fls. 101/104) consta que a empresa Recorrente contratou serviços da empresa Farmadacta Informática Ltda., inscrita CNPJ nº 27.287.820/0001-62, no período de JANEIRO/2001 a DEZEMBRO/2005. No entanto, a fiscalização apurou pelas Declarações de Imposto de Renda na Fonte – DIRF, que a empresa autuada não apresentou a escrituração contábil exigida, bem como deixou de apresentar o contrato de prestação de serviços e as notas fiscais emitidas do período supramencionado.

Levando em consideração que o fisco classifica a atividade econômica da empresa contratada (Farmadacta Informática Ltda.) como processamento de dados, entende que os serviços foram executados mediante cessão de mão de obra, portanto, estando sujeitos a retenção de 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, conforme prevê o artigo 31 da Lei nº 8.212/91. In verbis:

“ Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5o do art. 33 desta Lei.”

A fiscalização sustenta que foram oferecidas inúmeras oportunidades, por meio de Termos de Intimação para Apresentação de Documentos, para a empresa Recorrente apresentar os documentos pendentes. Todavia, as tentativas foram infrutíferas, ao modo que a empresa não exibiu os documentos exigidos.

Diante do descumprimento acima mencionado, foi lavrado em desfavor da empresa Recorrente o Auto de infração (AI) nº 37.030.625-2, de acordo com o que dispõe o artigo 33, § 3º da Lei 8.212/91. In verbis:

"Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário."

Além disso, em decorrência dessa ação fiscal foram lavrados os seguintes documentos: AI 37.030.623-6; AI 37.030.624-4; AI 37.030.625-2; AI 37.030.626-0; AI

37.030.628-7; AI 37.050.470-4; AI 37.030.471-2; NFLD 37.050.473-9; NFLD 37.050.474-7; NFLD 37.050.475-5; NFLD 37.050.476-3; NFLD 37.050.477-1; NFLD 37.050.478-0; NFLD 37.050.479-8; NFLD 37.050.480-1; NFLD 37.050.481-0; NFLD 37.050.482-8; NFLD 37.050.483-6; NFLD 37.050.484-4; NFLD 37.052.770-4; NFLD 37.052.771-2; NFLD 37.052.772-0; NFLD 37.052.773-9; NFLD 37.052.774-7; NFLD 37.052.775-5.

Para a consolidação do débito foram analisados os seguintes documentos: a) Folhas de pagamento, no período de 01/1996 a 12/2001 em meio papel, e em meio digital de 01/2002 a 12/2005; b) Livros Razão de 01/1996 a 08/1999, sendo de 09/1999 a 06/2000 em meio digital; c) Livros Diário do nº 28 ao 80, compreendendo o período de 01/1996 a 12/1999; d) Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social GFIP, constantes do sistema CNISA; e) Relação Anual de Informações Sociais — RAIS, sendo de 1996 a 2003 obtidas no sistema CNISA e de 2004 a 2005 apresentadas pelo sujeito passivo em meio digital; f) Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte — DIRF, anos calendário 1999 a 2005; g) Notas fiscais de serviços e faturas de serviços emitidas pelas empresa Incentive House S/A e Expertise Comunicação Total S/C LTDA; h) Contratos de serviços referentes às empresas do item anterior; i) Notas fiscais de serviços e faturas de serviços, referentes a serviços de construção civil, emitidas pelas empresas Rodrigues Lima Construtora S/A, Sociedade Técnica de Engenharia Cimontre LTDA, Hobras Terraplenagem e Pavimentação LTDA, Emozf — Empreiteira de Mão de Obra Zeferino LTDA, Central Beton LTDA, Jabu Engenharia Elétrica LTDA; j) Termos de Audiência relativos a Reclamações Trabalhistas do período de 01/1996 a 12/1998; k) GRPS e GPS do conta corrente do sujeito passivo; l) Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício dos exercícios de 1999 e 2000; m) Termos de Compromisso de Estágio; n) Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do ano calendário 2000; o) Convenções Coletivas apresentadas; p) Estatuto Social e alterações; q) Recibos de pagamento a autônomos apresentados; r) Termos de rescisão de representação comercial apresentados; e s) Relação de pagamentos de comissão para representantes apresentadas.

Inconformada com a autuação realizada, a Recorrente apresentou sua impugnação tempestiva (fls. 202/219) onde, em síntese, alega a decadência do direito da Fazenda Previdenciária de constituir créditos tributários relativos as infrações ocorridas no período de janeiro a outubro de 2001, respaldado pelo artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional; Sustenta, ainda, a improcedência do lançamento tributário, haja vista a impossibilidade do duplo recolhimento da Contribuição Previdenciária.

Ainda nesse contexto, a Recorrente sustenta que a Farmadacta Informática Ltda. recolheu as contribuições previdenciárias devidas, juntando aos autos a documentação (fls. 270/503), constituída por folhas de pagamento da prestadora de serviços, guias de recolhimento da contratada, GFIPs e contratos celebrados entre a Farmadacta Informática Ltda. e outras empresas prestadoras de serviços.

E, por fim, a Recorrente solicitou a realização de perícia para constatar se a prestadora de serviço por ela contratada recolheu todas as contribuições devidas à Previdência Social.

No entanto, a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão Notificação nº 17.402.4/092/2007 (fls. 506/509), julgou o lançamento fiscal procedente.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/10/2012 por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, Assinado digitalmente em

10/10/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 04/10/2012 por WILSON ANTONIO DE SOUZA COR

REA

Impresso em 16/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Irresignada com a aludida decisão, a Recorrente apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 517/552) alegando, em síntese o que segue:

- a) Decadência do direito de constituição dos créditos tributários relativos a infrações ocorridas no período de janeiro a outubro de 2001, fundamentado pelo artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.
- b) Violação do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Alega a impossibilidade de duplo recolhimento da Contribuição Previdenciária e do enriquecimento sem causa da Fazenda Previdenciária.
- c) Da necessidade da perícia para ser demonstrar a veracidade dos documentos apresentados pela Recorrente, conforme prevê com fundamento no artigo 9º, inciso IV, da Portaria MPS nº 520/04.

Eis o relato dos fatos.

Voto

Conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

DECADÊNCIA

Argumenta a Recorrente a aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, o que lhe assiste razão.

A decadência é questão de ordem pública e deve ser examinada de ofício, ainda que não argumentada pelo Recorrente, o que não é o caso ora examinado.

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. 'In verbis':

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.

Assim, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Desta forma, cedo à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional artigo 150, parágrafo 4º, já que

considero que os valores lançados foram objeto de recolhimento previdenciário, ainda que parcial e ou incompleto, mas o fato é que a Recorrente de alguma forma antecipou, nesta rubrica, parte da contribuição previdenciária.

Diante disto, urge dizer que se encontram atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização ocorridos anteriormente à competência novembro de 2001, excluindo-a.

Assim, da aplicação da decadência no prazo de cinco anos, assiste razão a Recorrente, aplicando-lhe ao caso o artigo 150, parágrafo 4º do CTN, porque, de alguma forma houve antecipação do recolhimento.

VIOLAÇÃO DO ARTIGO 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Diz a Recorrente que o entendimento da Fiscalização de emissão de NFLD pela ausência da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária com a empresa tomadora de serviço é equivocado, porque não há dispositivo em lei que autorize a retenção sem a efetiva existência do débito. E diz mais, que tal entendimento é uma afronta ao disposto no artigo 142 do CTN.

Não penso como a Recorrente, porque, ao contrário do que alega, a NFLD não está condicionada se a empresa prestadora de serviço recolheu ou não o que devido à Previdência.

É que o artigo 31 da Lei 8.212/91 faz clara remissão ao § 5º do artigo 33 da mesma lei, assim determinando:

"§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei."

Como sempre dito, na clareza da lei cessa sua interpretação, isto já dito pelos latinos. Então, esvaecida a alegação de afronta a legislação, até porque a lei colocada em questão complementa a lei previdenciária, que, por sua vez autoriza a lavratura de NFLD, quando a empresa tomadora do serviço deixa de recolher e ou arrear a contribuição previdenciária.

Veja que os documentos acostados às fls. 270/503, é constituída por folhas de pagamento, guias de recolhimento e GFIPs da empresa prestadora de serviço, bem como contratos celebrados entre a FARMADACTA e terceiras empresas. Referidos documentos não comprovam que esta empresa recolheu as contribuições referentes aos serviços prestados à Recorrente, pois não se referem especificamente àqueles serviços. Por isso, podem englobar, ou não, os funcionários que prestaram serviços à Recorrente.

Há de esclarecer que a tese da Recorrente até teria algum sentido se tivesse ela juntado aos autos o contrato celebrado entre ela e a prestadora de serviço, no intuito de provar algo como a responsabilidade de retenção e ou da obrigação de recolhimento por parte da prestadora de serviço, para robustecer a sua tese. Todavia, não o fazendo, não há como entender que está havendo duplicidade de cobrança por parte do INSS e tão pouco agressão a dispositivo de lei.

Diante do exposto, neste quesito, com a tese apresentada, também não assiste razão a Recorrente.

DA NECESSIDADE DE PERÍCIA

Diz a Recorrente haver a necessidade de perícia para demonstrar que os documentos apresentados comprovam o recolhimento previdenciário por parte prestadora de serviço.

Ora, para se verificar se os documentos juntados são assaz suficiente para comprovar o recolhimento previdenciário, como quer a recorrente, 'data venia', não precisa de um 'expert' e tão pouco que este profissional realize uma perícia. Basta que eles (docuemtnos) existam. É o que não se verifica nos autos, pois não há comprovante dos recolhimentos.

Assim, também neste quesito, não assiste razão a Recorrente.

CONCLUSÃO

E diante de todo exposto, reconheço a admissibilidade do presente recurso, por tempestivo e atendido os demais pressupostos e, em preliminar, quanto a decadência, julgo que por ter ocorrido recolhimento ainda que parcial ou incompleto, mas o fato é que houve, por isto a regra do artigo 150, parágrafo 4ª do CTN deve ser aplicada, decaindo os meses anteriores a novembro de 2001, inclusive, e, no mérito negar-lhe provimento, mantendo a integralidade da decisão objurgada, uma vez que houve o pedido de desistência das demais questões.

É como voto.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2011

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio de Ssouza Corrêa – Relator