

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35600.006998/2006-75
Recurso nº 145.093 Voluntário
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Acórdão nº 206-00.886
Sessão de 03 de junho de 2008
Recorrente TRACTEBEL ENERGIA S/A
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1996 a 31/05/1996

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DECADÊNCIA.

O direito de o fisco apurar e constituir os créditos referentes às contribuições previdenciárias estabelecidas na Lei nº 8.212/1991 extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, conforme dispõe o inciso I do art. 45 da citada lei.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - ENFRENTAMENTO DE ALEGAÇÕES - NULIDADE - INEXISTÊNCIA.

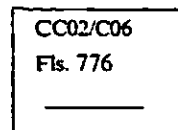
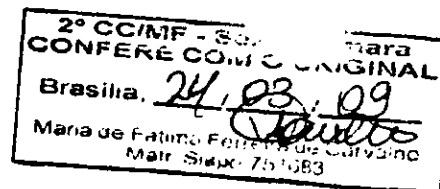
A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONSTRUÇÃO CIVIL - CESSÃO DE MÃO DE OBRA - ELISÃO - NÃO OCORRÊNCIA.

A responsabilidade solidária na contratação de serviços de construção civil ou cessão de mão de obra pode ser elidida pela comprovação do recolhimento por parte da prestadora mediante a apresentação de guias e folhas de pagamento específicas para o tomador, conforme dispõe a legislação de regência.

MULTA DE MORA - SUCESSOR - RESPONSABILIDADE.

O mero inadimplemento não constitui infração, portanto, a multa pelo atraso no recolhimento não tem caráter punitivo. O sucessor responde pelos tributos de responsabilidade da sucedida, incluindo-se a mora decorrente do atraso do recolhimento dos mesmos, pois a multa moratória estabelecida no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 tem caráter irrelevável.



**RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - APURAÇÃO PRÉVIA
JUNTO AO PRESTADOR - DESNECESSIDADE.**

Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviço.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por maioria de votos em rejeitar a preliminar de decadência. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira II) por unanimidade de votos: a) em rejeitar as demais preliminares suscitadas; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.

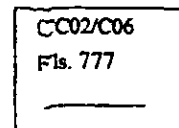
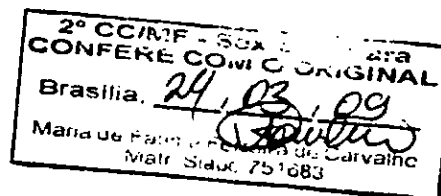
ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

O Relatório Fiscal (fls. 18/19) informa que a Tractebel Energia S/A - TRACTEBEL, anteriormente denominada Centrais Geradoras do Sul do Brasil S/A - GERASUL, originou-se da cisão parcial da Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL.

Após o processo de cisão, a sociedade que manteve a qualidade de empresa estatal passou a denominar-se Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL. A nova empresa resultante da cisão, GERASUL, foi posteriormente adquirida pela TRACTEBEL, em processo de privatização.

As contribuições insertas na presente notificação correspondem à parte do lançamento efetuado anteriormente à cisão contra a Empresa Transmissora de Energia Elétrica do Sul do Brasil S/A - ELETROSUL, por meio da NFDL 35.708.394-6.

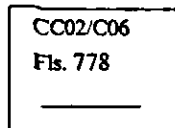
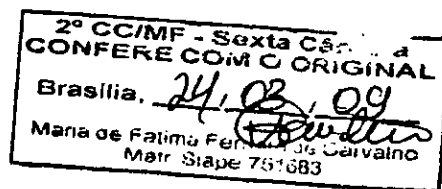
Quando do julgamento da notificação acima citada, os argumentos apresentados pela ELETROSUL em sua defesa, na qual cita decisões já proferidas anteriormente, bem como o Parecer nº 20.200.1/175/00 de 14/06/2000, da Seção de Consultoria da Procuradoria da Previdência Social, foram submetidos à Procuradoria Federal Especializada-INSS em Florianópolis, a qual reiterou a opinião técnica do parecer no sentido de que os débitos correspondentes ao período anterior à cisão seriam de responsabilidade da empresa Centrais Geradoras do Sul do Brasil S/A - GERASUL, atualmente a TRACTEBEL.

Desse modo, as contribuições correspondentes ao período anterior à cisão foram excluídas da notificação lavrada contra a ELETROSUL e foram lançadas contra a TRACTEBEL.

A Procuradoria concluiu, tendo por base os temas do documento denominado Justificação de Cisão, o qual prevê que a responsabilidade fiscal pelos débitos pré-existentis seria da GERASUL, que esta aceitou as condições impostas para aquisição de parcela do patrimônio da ELETROSUL.

In casu, o débito corresponde às contribuições previdenciárias atribuídas à notificada pelo instituto da solidariedade, uma vez que a empresa cindida, ELETROSUL, contratou a empresa Expresso Princesa dos Campos Ltda para prestação de serviços de transporte de empregados, porém, não apresentou documentação necessária à elisão de tal responsabilidade.

A tomadora apresentou impugnação (fls. 294/319) onde alega que a Justificação de Cisão é um documento particular elaborado pelas sociedades anônimas para esclarecimento dos sócios em assembléia geral acerca dos motivos ou fins da operação societária, bem como suas conseqüências, conforme dispõe o art. 225, da Lei nº 6.404/1976.



Afirma que a indicação de quais elementos ativos e passivos formarão cada parcela do patrimônio sequer consta legalmente no rol de elementos presentes na Justificação de Cisão. Tal indicação seria obrigatória no documento denominado Protocolo de Cisão, que por força do art. 224, inciso II da mesma lei, deveria conter a indicação.

Nesse sentido, a transferência efetuada seria insubsistente por não ter sido realizada por meio de documento apropriado legalmente.

Entende que ainda que a Justificativa de Cisão pudesse dispor quanto aos elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão, jamais seria concebível que tal instrumento tivesse a prerrogativa de alterar a definição do sujeito passivo da obrigação tributária, uma vez que de acordo com o que dispõe o art. 123 do Código Tributário Nacional, salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo.

Argumenta que o Parecer nº 20.200.1/175/00 é rigorosamente inverso à decisão judicial proferida pelo TRF da 4ª Região que decidiu no caso concreto que a responsabilidade tributária não pode ser transferida por convenção particular.

Questiona a data da cisão considerada, pois entende que a data correta seria 30/11/1997, quando foi editado o balanço de cisão e os patrimônios das duas empresas já se encontravam efetivamente segregados, atendendo ao preceito no art. 229, da Lei nº 6.404/1976.

No mérito, entende que o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 tem caráter notoriamente sancionatório. Entende que não há interesse comum entre a sociedade cindida e a que absorve parcela de seu patrimônio, no caso de cisão parcial. Considera que houve dupla incidência de sanção sobre uma conduta.

Alega que é intolerável considerar que a multa de mora possa ser aplicada contra a mesma. Considera que não pode responder por multa decorrente de infração que não levou a efeito. Colaciona decisões do Conselho de Contribuintes no sentido que nos casos de sucessão, o sucessor não pode ser responsabilizado pela Multa de Ofício.

Alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito lançado.

Apresenta a presunção de que os prestadores de serviços tenham comprovado à época, perante a ELETROSUL, a regularidade fiscal dos mesmos e que não restou demonstrado por parte do INSS a existência de contribuições não recolhidas por parte do prestador.

Considera a adoção do critério de cem por cento do valor da nota de prestação de serviço como base de contribuição um absurdo.

A prestadora também manifestou-se (fls. 451/454) onde alega que sempre recolheu os encargos sociais e tributos e apresenta cópias de guias de recolhimento e folhas de pagamento das competências de 02/1996 a 05/1996. Requer a produção de prova testemunhal, cuja negativa importará em cerceamento do direito de defesa garantido pelo art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Pela Decisão-Notificação nº 20.401.4/0520/2006 (fls. 703/716), o lançamento foi considerado procedente, onde o julgador de primeira instância argúi o seguinte, dentre outras questões.

Quanto à afirmação da notificada de que foi imputada à mesma a presente notificação com fundamento em Justificativa de Cisão, foi salientado que existiu todo um procedimento legal e operacional que culminou com a efetiva cisão parcial da ELETROSUL.

Tal procedimento legal inclui as disposições do Programa Nacional de Desestatização, instituído pela Lei nº 8.031/1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/1997. A Medida Provisória nº 1531-11, de 17/10/1997, que foi posteriormente convertida na Lei nº 9.648/1998, onde ficou consignado que o Poder Executivo promoveria, com vistas à privatização, a reestruturação da Eletrobrás e suas subsidiárias por meio de operações de cisão, fusão, incorporação, redução de capital ou constituição de subsidiárias integrais.

No caso da ELETROSUL, o Conselho Nacional de Desestatização, pela Resolução CND 12/1997, aprovou operações de reestruturação, a título de ajuste prévio, para viabilizar a desestatização da mesma, mediante cisão parcial.

A ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S/A determinou a cisão parcial da ELETROSUL, conforme a Resolução nº 856 de 27/10/1997, momento em que se criou nova sociedade por ações com o objeto social de geração de energia e a empresa cindida, permaneceu com o objeto social de transmissão de energia. A primeira, GERASUL, foi posteriormente privatizada e adquirida pela TRACTEBEL.

Conclui o julgador de primeira instância que não se trata de um processo de cisão de uma empresa privada, que mesmo após haver transferido parte de seu patrimônio continua a responder pelos débitos existentes. O caso da notificada se trata de responsabilidade assumida em decorrência das disposições da Lei nº 9.491/1997, que tratou do Programa Nacional de Desestatização, no qual os objetivos eram transferir para a iniciativa privada tanto as atividades desenvolvidas pela atividade estatal, como o ônus desse processo de desestatização.

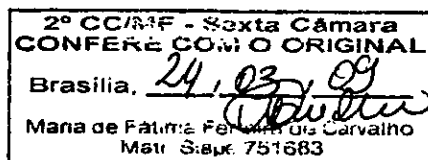
No que tange à data da ocorrência efetiva da cisão, embora a notificada tenha alegado ter ocorrido no 30/11/1997, é argumentado na DN que a cisão teria ocorrido em 23/12/1997, data da 101ª Assembléia Geral Extraordinária, onde foi realizada a cisão parcial da ELETROSUL e a criação da GERASUL.

Irresignada, a tomadora apresentou recurso tempestivo (fls. 722/752) onde alega que não houve, por parte da autoridade julgadora, o enfrentamento de todas as questões suscitadas. No mais, repete as alegações de defesa.

A prestadora também se manifestou (fls. 761/765) efetuando a repetição das alegações já apresentadas na defesa.

O recurso teve seguimento por força de liminar concedida em Mandado de Segurança e a SRP manteve a decisão recorrida.

É o relatório



Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

Os recursos são tempestivos e não há óbice ao conhecimento dos mesmos.

Inicialmente, trato do recurso apresentado pela tomadora.

A recorrente argumenta, em sede de preliminar, que não poderia ser responsabilizada pelas contribuições, cujos fatos geradores ocorreram anteriormente à cisão efetuada e alega que somente lei complementar poderia definir tributos e respectivos contribuintes.

O processo que resultou na cisão da ELETROSUL teve por base todo um amparo legal, conforme argüiu o julgador de primeira instância. Assim, em atendimento às disposições da legislação, inclusive as emanadas do Conselho Nacional de Desestatização, sobretudo a Resolução nº 12/1997, que aprovou as operações de reestruturação, a título de ajuste prévio, para viabilizar a desestatização da ELETROSUL.

As condições ajustadas foram submetidas à Assembléia Geral Extraordinária, as quais foram aprovadas, bem como a cisão efetiva e a criação da GERASUL.

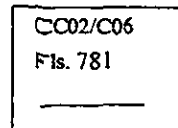
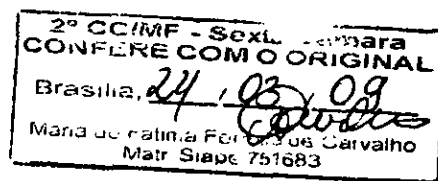
Nas condições para a realização da cisão, estava previsto que dentre os direitos e obrigações decorrentes e advindos das demandas judiciais e administrativas, as fiscais ficariam com a nova sociedade, inclusive aquelas intentadas posteriormente à cisão, mas que se referissem a atos ou fatos anteriores.

Tal condição foi aprovada pela AGE e aceita pela GERASUL, possibilitando a continuidade do processo de desestatização.

Vale salientar que a recorrente não nega a aceitação dos critérios utilizados à época, por meio dos quais efetivou-se a cisão com o objetivo de privatização futura, mas vem atacar a legalidade dos mesmos.

Entretanto, de forma contraditória, quando o Ministério Público Federal questionou a legalidade dos procedimentos que resultaram na desestatização da ELETROSUL, a recorrente, juntamente com a União Federal recorreu da decisão do juiz singular que considerou nula a cisão da ELETROSUL. O recurso foi julgado nos autos da AACP 2002.04.01.049334-4/SC e a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, por unanimidade, reformou a decisão de primeiro grau e considerou legal a reestruturação do setor elétrico realizada pelo governo.

Quanto à decisão judicial suscitada pela recorrente com o objetivo de demonstrar que o Poder Judiciário já teria se manifestado a respeito da impossibilidade da TRACTEBEL ser responsabilizada por débitos anteriores ao processo de cisão, entendo que a situação específica em que ocorreu a decisão não encontra semelhança com o presente lançamento.



A ELETROSUL impetrou mandado de segurança preventivo contra receio de ser fiscalizada e autuada pela então Secretaria da Receita Federal no tocante aos recolhimentos da COFINS e do PIS. Dentre suas argumentações alegou que a GERASUL integraria a lide em razão de litisconsórcio ativo necessário.

Na decisão de Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.72.00.00.004483-6/SC, o juiz entendeu que pelo fato da impetrante haver transferido parte de seu patrimônio para a futura sociedade (GERASUL) e haver se mantido responsável pela retransmissão de energia vinda de Itaipu, não haveria lógica em que a GERASUL, que ficou responsável somente pela geração da energia, integrasse a lide com litisconsorte ativo no caso de contribuições que incidiriam justamente sobre o valor do repasse de energia.

Não obstante, a decisão judicial não demandar qualquer vinculação no âmbito administrativo, esta não tem o condão de demonstrar a improcedência do lançamento.

A meu ver, o entendimento apresentado tanto pelo julgador de primeira instância como pela Procuradoria por meio Parecer nº 20.200.1/175/00 está correto, devendo a recorrente responsabilizar-se pelos débitos relativos ao período anterior à cisão realizada.

De igual forma, não é possível acolher a alegação de que a data a ser considerada como realizada a cisão seria 30/11/1997, quando foi editado o balanço de cisão e os patrimônios das duas empresas já se encontravam efetivamente segregados.

Conforme argüiu o julgador de primeira instância, a Lei nº 6.404/1976 art. 122, inciso VIII, art. 225, e art. 229, § 2º, define que é competência da Assembléia Geral Extraordinária deliberar e aprovar o processo decisório. Assim, somente em 23/12/1997, quando ocorreu a 101ª AGE que deliberou sobre o assunto é que ocorreu a cisão.

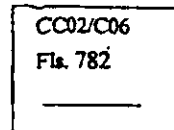
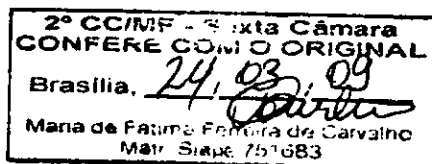
Superada a preliminar quanto à legitimidade passiva da recorrente, passo a apreciar as demais questões suscitadas.

Ainda em sede de preliminar a recorrente alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição do crédito lançado.

As contribuições previdenciárias são uma espécie de tributo sujeito ao lançamento por homologação. De acordo com o 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, nos casos de lançamento por homologação, o sujeito passivo antecipa o pagamento, e a contagem do prazo decadencial tem início na data de ocorrência do fato gerador. Tal dispositivo estabelece que o prazo é de cinco anos, se a lei não fixar prazo à homologação.

No que tange às contribuições previdenciárias em comento, o artigo 45, inciso I, da Lei n.º 8.212/91 é que estabeleceu o prazo mencionado no CTN, onde o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Não obstante a polêmica existente a respeito da constitucionalidade de tal dispositivo legal, o mesmo não foi inquinado de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvidas a respeito da natureza tributária das contribuições sociais, entretanto, ainda que o Código Tributário Nacional tenha status de lei complementar, existe legislação específica para tratar a matéria, qual seja, a Lei nº 8.212/91 e tal diploma legal estabelece o prazo decadencial de dez anos.



A meu ver, não é possível aplicar o disposto no Código Tributário Nacional em detrimento do art. 45, inciso I da Lei nº 8.212/91, uma vez que tal dispositivo encontra-se em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio.

Como o controle da constitucionalidade no Brasil é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo Princípio da Legalidade, deixar de aplicar lei vigente.

Assim, rejeito a preliminar apresentada.

A recorrente alega nulidade da decisão de primeira instância, pois entende que a mesma não enfrentou todas as questões suscitadas pela mesma.

Cumprе ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

"RESP 208302/CE - RECURSO ESPECIAL 1999/0023596-7 – Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.

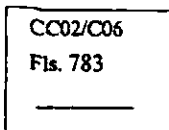
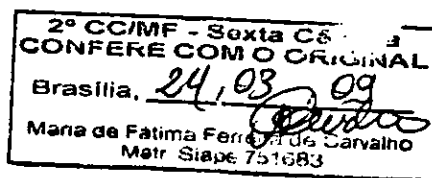
1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para prę questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido."

"REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 – Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.



2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)"

Segundo a recorrente, as alegações não enfrentadas seriam as de suposta ocorrência de *bis in idem* e do fato da prestadora haver apresentado CND.

A meu ver, o julgador de primeira instância tratou a questão ao trazer à colação a legislação que trata da elisão da responsabilidade solidária que não prevê que a apresentação de CND por parte da prestadora seria suficiente para tanto. A DN informa as formas de elisão da responsabilidade solidária, bem como trata da questão da multa aplicada que possui previsão legal e é de caráter irrelevável.

No mérito, a recorrente alega que o art. 31 da Lei nº 8.212/1991 tem caráter sancionatório. A meu ver, não cabe à autoridade julgadora, no âmbito administrativo, deixar de observar legislação vigente com base em entendimento a respeito do caráter sancionatório do dispositivo.

Tal alegação pode ser apresentada perante o poder judiciário que poderia afastar a aplicação de lei sob tal argumentação.

Tampouco se pode acatar a alegação de *bis in idem*.

O lançamento foi efetuado em razão da contratação da prestadora de serviços, sem a apresentação da documentação hábil a elidir a responsabilidade solidária, quais sejam, cópia das guias de recolhimentos quitadas e respectivas folhas de pagamento elaboradas distintamente pelo executor em relação a cada contratante;

In casu, foram prestados serviços de transporte de empregados que por consistir em necessidade permanente da empresa, a qual estabelece os horários e locais para a prestação, é realizado mediante cessão de mão-de-obra.

Os serviços prestados por cessão de mão-de-obra demandam a responsabilidade solidária do contratante nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação seguinte:

"Art. 31. 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 prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23 não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem."

A não elaboração de folhas de pagamento específicas para cada tomador é obrigação tributária acessória definida no § 5º da Lei nº 8.212/91, acrescentado pela MP nº 1.663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/98, cujo descumprimento sujeita o prestador de serviços à lavratura de Auto de Infração.

A apresentação de folhas de pagamento e guias de recolhimento específicas é a forma que a tomadora tem de elidir-se de imediato da responsabilidade solidária por contribuições de responsabilidade do prestador de serviços porventura não recolhidas, cabendo salientar que em caso do salário de contribuição correspondente às guias apresentadas ser inferior aos percentuais estabelecidos pela Autarquia, a tomadora deverá exigir também a comprovação de que a prestadora possui contabilidade formalizada.

A intimação da prestadora de serviços efetuada no presente caso teve por objetivo oportunizar à mesma a manifestação e juntada de documentos que comprovassem a inexistência de contribuições previdenciárias pendentes de recolhimento, desonerando, conseqüentemente, a tomadora de serviços.

No presente caso, a documentação apresentada pela prestadora não demonstrou o recolhimento das contribuições relativas aos serviços prestados à tomadora, uma vez que se tratava de guias genéricas. A prestadora sequer apresentou folhas de pagamento, limitando-se a anexar cópias de recibos de pagamento.

Portanto, uma vez que não restou comprovado que a prestadora teria realizado o recolhimento das contribuições correspondentes à mão de obra contida nas notas fiscais de serviços, não há que se falar em *bis in idem*.

A recorrente ainda alega que não pode responder por multa por infração de conduta que não levou a efeito.

A multa moratória tem caráter irrelevável, conforme dispõe o *caput* art. 35 da Lei nº 8.212/1991:

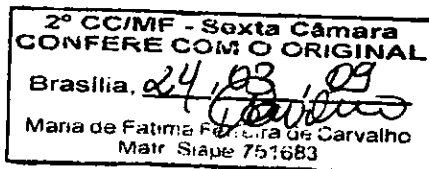
"Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:"

Vale lembrar que a multa em questão é multa de mora e não multa por infrações e que a recorrente ao adquirir a GERASUL, tornou-se sucessora da mesma.

O Código Tributário Nacional dispõe a respeito da responsabilidade dos sucessores no art. 133 e incisos, abaixo transcritos:

"Art.133 - A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continua a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;



II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão."

E importante esclarecer se o mero inadimplemento pode ser considerado infração e a consequência de tal entendimento.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem apresentando em seus julgados a tese de que a simples inadimplência não pode caracterizar infração, conforme ementas abaixo transcritas:

"AgRg no REsp 844890 / RS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0086977-1

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. EMBARGOS INFRINGENTES. REFORMA DO ALICERCE CENTRAL DO ACÓRDÃO. MERO INADIMPLENTO NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO LEGAL. RECURSO ESPECIAL. PERDA DE OBJETO.

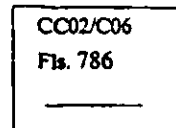
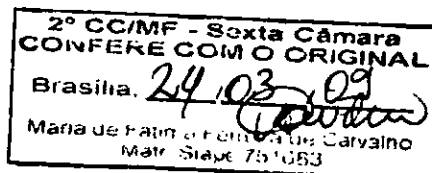
I - O presente recurso especial foi interposto contra a porção unânime do julgamento da apelação, cuja conclusão pode ser assim resumida: o mero inadimplemento tributário constitui-se em infração à lei, o que legitima os sócios da companhia a figurar no pólo passivo da respectiva execução.

II - Interpostos embargos infringentes, nos quais se pugnava pela prevalência do voto divergente proferido na apelação, o qual, em resumo, afirmava que a responsabilidade dos sócios, quando do inadimplemento, resumir-se-ia à multa deste decorrente, não respondendo eles pelo valor do tributo devido propriamente dito.

III - Julgados os embargos infringentes, o Colegiado a quo acabou por reformar em sua totalidade o decidido na apelação, valendo-se de precedentes tanto daquele Sodalício quanto desta Corte Superior pelos quais o redirecionamento da execução (como um todo: tributo somado a seus acessórios (multas e.g.)) aos sócios da companhia somente seria possível se houvesse a comprovação de que estes agiram com excesso de poderes ou de forma a infringir a Lei ou o contrato, não bastando, para tanto, a mera inadimplência para com o pagamento dos tributos.

IV - Em outros termos: o Tribunal de origem no julgamento dos embargos infringentes afastou o suporte fático ("existência de infração legal") que permitia a incidência do ditame do art. 135, III, do CTN, já que esposou o entendimento de que o não-pagamento de tributo, por si só, não configura a infração à lei, daí por que reconheceu a ilegitimidade passiva dos sócios, ora recorrentes, à execução em tela.

V - Assim sendo, exsurge cristalina a perda do objeto do recurso especial sub oculi. VI - Acresça-se ainda que, em sede de agravo de instrumento (nº 492.704/RS) interposto pelo INSS, ora recorrido, contra a decisão que inadmitiu o recurso especial por ele aviado em face do acórdão proferido nos embargos infringentes, esta Corte Superior, já apreciando aquele apelo raro, manteve o posicionamento



adotado pelo Tribunal de origem pela ilegitimidade dos sócios ao pólo passivo da execução em debate, tendo esta decisão proferida por este STJ já transitado em julgado.

VII - Agravo regimental improvido.(g.n.).

AgRg no REsp 308337 / GO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2001/0026543-0

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA. ART. 138 DO CTN.

1. Não se há de confundir a multa de infração de que cuida o art. 138 do CTN, com a multa moratória, sob pena de incentivo à inadimplência.

2. Agravo conhecido e provido. Recurso Especial improvido."

Assim, pode-se concluir que como a multa de mora não se caracteriza como infração, não há que se afastar a aplicação da mesma quando do lançamento contra sucessores.

O entendimento acima pode ser convalidado, sobretudo, se for feita uma análise à luz do que dispõe o art. 161 do CTN que versa que "O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária" (grifei).

Quanto à alegação de que haveria a obrigação de se constituir o crédito primeiramente contra o prestador de serviços, a mesma também não merece melhor sorte.

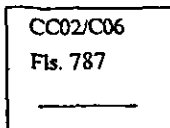
A constituição do crédito pode ocorrer tanto no prestador como no tomador de serviços. Tal questão foi, inclusive, objeto de apreciação pelo Conselho Pleno do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que detinha a competência para julgar os casos da espécie, a qual foi transferida para o Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Por meio do Enunciado nº 30, editado pela Resolução nº 1, de 31 de Janeiro de 2007, publicada no DOU de 05/02/2007, o CRPS assim decidiu:

"Em se tratando de responsabilidade solidária o fisco previdenciário tem a prerrogativa de constituir os créditos no tomador de serviços mesmo que não haja apuração prévia no prestador de serviços."

No que tange ao inconformismo pela adoção de 100% (cem por cento) da nota fiscal de serviços como base de cálculo, evidencia-se o equívoco da recorrente. A auditoria fiscal aplicou um percentual de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da nota fiscal de serviços, para aferir a base de cálculo das contribuições, conforme se verifica na planilha de folha 20.

Processo nº 35600.006998/2006-75
Acórdão nº 206-00.886



Diante de todo o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR AS PRELIMINARES e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de junho de 2008


ANA MARIA BANDEIRA