



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

Processo nº 35948.000389/2006-81
Recurso nº 246.053 Voluntário
Acórdão nº **2301-02.074 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de maio de 2011
Matéria Decadência
Recorrente PHILIP MORRIS BRASIL S/A E OUTRO
Recorrida DRP EM CURITIBA - PR

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/03/1995 a 31/01/1999

DECADÊNCIA. STF. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS. LEI 8.212/91.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, todo o lançamento fiscal foi alcançado pela decadência quinquenal, tanto pela regra estabelecida no art. 150, §4º do CTN, quanto pela disposição do art. 173, inciso I, do mesmo *Codex*.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: a) em não conhecer do Recurso nas questões sobre as contribuições lançadas na competência 01/1999, devido a pedido de desistência, nos termos do voto do Relator; e por maioria de votos: a) em dar provimento ao recurso, devido a decadência, nos termos do voto do Relator(a). Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou pelo provimento parcial do Recurso, devido a contagem do prazo decadencial ser executada a partir da primeira ciência do lançamento.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

NOME DO REDATOR - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Damião Cordeiro de Moraes (Vice-Presidente), Bernadete de Oliveira Barros, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes, Wilson Antônio de Souza Correa.

Relatório

1. Trata-se de recursos voluntários interpostos pelas empresas PHILIP MORRIS BRASIL S/A e GSI SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA contra decisão monocrática que julgou procedente o lançamento fiscal correspondente à contribuição dos segurados empregados e a contribuição patronal incidente sobre a remuneração dos segurados empregados, a destinada ao custeio do Seguro Acidente de Trabalho, até a competência de junho/97, e a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos do meio ambiente do trabalho, a partir da competência julho/97, que o contribuinte encontrava-se sujeito em razão da responsabilidade solidária devido à contratação de serviços de processamento de dados mediante cessão de mão-de-obra no período de 03/1995 a 01/1999, com a empresa GSI SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA.

2. A ementa da decisão de primeira instância restou vazada nos seguintes termos:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra responde solidariamente com o executor pelas contribuições devidas à Seguridade Social, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

3. Em seu recurso voluntário, a contratante Philip Morris Brasil S/A, aduziu, em síntese, o que ora transcrevo das contrarrazões fiscais:

“Dos Fatos:

Que a recorrente tem por objeto, dentre outros, o exercício das atividades de promoção, comercialização, venda e distribuição de produtos de fumos e derivados.

Que com objetivo de ver cumpridas certas atividades alheias àquelas descritas em seu contrato social, terceiriza a prestação de determinados serviços e que nesse sentido celebrou contrato com a empresa GSI Serviços de Informática Ltda.

Que foi intimada da lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD n.º 35.582.333-0, decorrente da existência de suposto débito referente ao não recolhimento da empresa prestadora de serviços.

Apresentou impugnação onde, diz, demonstrou que:

- configura equívoco impor aos administradores a responsabilidade direta por supostos débitos por pessoas jurídicas;

- *é improcedente a interpretação do art. 134 do CTN;*
- *estão extintos pela decadência os créditos tributários referentes ao período de março a abril de 1998;*
- *não cabe à tomadora fiscalizar os procedimentos da prestadora;*
- *deve-se aplicar aos créditos os juros previstos no art. 161, do CTN.*

Que a Delegacia da Receita Federal do Brasil – Previdenciária, em Curitiba, entendeu por bem julgar improcedente a impugnação. Solicita a reforma da decisão.

Preliminarmente.

Da ilegitimidade passiva dos administradores da empresa:

No que se refere à responsabilidade pessoal dos sócios por obrigações tributárias da pessoa jurídica, diz que tal responsabilidade somente se configura nas hipóteses de práticas de atos que constituam excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou estatutos.

Que os débitos em discussão se referem ao não recolhimento de contribuição que são indevidas. E não há como caracterização do administrador como responsável solidário ao pagamento da dívida tributária assumida pela sociedade.

Que se faz necessária a exclusão dos administradores do polo passivo da NFLD.

Da decadência do direito de lançar:

Sendo as contribuições previdenciárias tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, a regra pertinente à decadência do direito de constituir seus créditos encontra-se consubstanciada no art. 150, § 4º do CTN.

Tendo a NFLD sido lavrada em 28/10/2003, houve a decadência do direito do INSS constituir os supostos créditos relativos aos fatos geradores ocorridos no período de março de 1995 a setembro de 1998.

Da nulidade da autuação:

Que as autoridades fiscais deveriam ter verificado a existência de débito junto à empresa prestadora.

Que no presente caso inexistiu qualquer dos requisitos que poderiam ensejar o arbitramento. A alegação de existência de débito não comprovada pelo órgão previdenciário. Que há de se observar que a atividade do fisco é vinculada e adstrita aos termos da lei, daí porque é defeso lançar tributos com base em suspeitas. Não se pode admitir que a fiscalização passe a presumir que a prestadora de serviços deixou de recolher a contribuição ao INSS apenas porque o tomador não dispunha das Guias de Recolhimento.

Que durante período autuado inexistia para a contratante a obrigação de arquivar as GRPS e folhas de pagamento das empresas que lhe prestaram trabalho temporário.

Cita o § 1º do artigo 42 do Regulamento da Previdência Social e o artigo 142 do CTN.

Diz que a auditoria autuou a empresa pela não apresentação de documentos que passaram a ser exigidos após o período autuado.

Do direito.

Do ilegal alargamento dos conceitos de cessão de mão de obra e empreitada:

Trata do conceito de cessão de mão de obra, empreitada de mão de obra e prestação de serviços.

Cita o artigo 31 da Lei 8.212/91 e diz que diante da abrangência do conceito de cessão de mão de obra, poderia concluir que toda e qualquer prestação de serviços estaria incluída nessa definição. Que se trata de uma ilegalidade, afrontando o artigo 110 do CTN.

Que em virtude da natureza dos serviços não existe, neste caso, para a prestadora a hipótese de cessão de mão de obra, porque os serviços são prestados de forma independente e por pessoa especializada.

Que tais assertivas estão respaldadas através dos documentos comprobatórios de que a prestação de serviços se encontra respaldada por contrato de prestação de serviços e os respectivos serviços não foram prestados mediante cessão de mão de obra.

Que tal situação restou definida através do Termo Aditivo nº 03/97, ao referido contrato de prestação de serviços SAO/1108, que alterou a cláusula forma de pagamento do contrato.

Equivocada instituição de modalidade de responsabilidade tributária – afronta ao art. 128 do CTN:

Que o artigo 31 da lei 8.212/91 elegeu como responsável pelo cumprimento da obrigação pessoa estranha ao fato gerador da obrigação tributária, elegendo como responsável o tomador dos serviços.

O conceito de responsável tributário deve ser alcançado numa interpretação sistemática dos artigos 121, II e 128 do CTN.

Pergunta: qual é a vinculação da recorrente (tomadora) com o fato gerador da contribuição previdenciária – o pagamento de salário aos empregados da prestadora. Responde: nenhuma, pois a relação entre o tomador e o prestador é puramente contratual, caracterizada por uma obrigação de fazer.

Por isto, não merece acolhida a não atribuição de responsabilidade solidária pelo recolhimento das contribuições previdenciárias à recorrente.

Da responsabilidade solidária e da inexistência da obrigação da recorrente de arquivar as GRPS e as folhas de pagamento das empresas que lhe prestam serviços:

Diz que não há solidariedade porque o agente fiscalizador não se dirigiu ao estabelecimento da prestadora de serviço para verificar o cumprimento da obrigação e porque também não há pluralidade de devedores, pois o crédito não foi constituído contra o contribuinte principal.

Ademais, diz a empresa, durante o período autuado, inexistia para a contratante dos serviços a obrigação de arquivar as GRPS e folhas de pagamento das empresas que lhe prestam serviços.

Conclui afirmando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que no período objeto da notificação inexistia obrigação da recorrente de arquivar as GRPS e as folhas de pagamento das empresas que lhe prestaram serviços, sendo que a NFLD tem por fundamento a falta dessa documentação e que é improcedente a presente notificação, pois viola o princípio da legalidade.

Diferença entre devedor e responsável solidário:

A seguir a empresa trata sobre devedor e responsável solidário. Que no presente caso existe apenas o empregador como devedor sujeito passivo da obrigação principal. Pergunta: qual o motivo que impossibilitou a exigência pelas autoridades administrativas do cumprimento da obrigação pela prestadora de serviços. Diz que nenhuma.

Que o INSS não averiguou se o cumprimento da obrigação tributária era exigível da empresa prestadora.

Do arbitramento e a violação ao princípio da legalidade:

Diz que a qualificação do tributo deve guardar relação entre o fato gerador e a respectiva base de cálculo. Que a contribuição previdenciária é calculada sobre salários, não podendo se estabelecer base de cálculo mediante o arbitramento de percentual de 40% sobre o valor do serviço prestado.

A imposição da base de cálculo não pode ficar ao sabor da arbitrariedade da administração.

Que o arbitramento só é cabível nas situações em que houver recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o que ocorreu no caso em tela.

Da impossibilidade da utilização da taxa SELIC na espécie:

Neste sentido diz a recorrente que não há como admitir a aplicação de juros moratórios equivalentes à taxa SELIC para correção dos respectivos créditos em exigência.

Segue argumentando contrariamente a aplicação do SELIC e conclui afirmando que são evidentes sua ilegalidade e inconstitucionalidade, seja como taxa de juros de mora ou como índice de correção monetária.

Requerimento:

- *que o presente recurso seja acolhido;*
- *que seja determinada a reforma por completo da decisão de 1ª instância;*
- *que seja declarada a improcedência da NFLD, cancelando-se o débito nela lançado;*
- *a produção de quaisquer provas que se façam necessárias.”(518/521)*

4. A seu turno, a empresa GSI SERVIÇOS DE INFORMÁTICA LTDA
alega que:

“... é total o cumprimento das obrigações previdenciárias pela empresa, conforme comprovam as guias anexas. Que junta certidão negativa de débito demonstrando que os valores estão quitados.

Inocorrência da cessão de mão de obra:

Que nos termos da redação original do artigo 31 da lei 8.212/91, para que houvesse cessão de mão de obra havia necessidade de colocação de segurados à disposição da contratante, em estabelecimento desta ou de terceiros, na realização de serviços contínuos. Que não houve a alocação de segurados à disposição da tomadora.

Que o objeto do contrato de prestação de serviços é padrão, sendo que se junta uma cópia desses contratos para análise.

Que os funcionários não ficavam à disposição da Philip Morris Brasil SA, de modo que não pode ficar caracterizada a cessão de mão de obra.

Do instituto da solidariedade:

Repete que no presente caso não houve cessão de mão de obra, e que para os contratantes fossem considerados co-responsáveis seria necessário que a fiscalização se desse na empresa executora dos serviços.

Que no presente caso só a tomadora foi submetida à ação fiscal.

Diz que o processo e o procedimento administrativos são regidos por princípios constitucionais, dentre os quais o da verdade material e o da legalidade.

Que é inadmissível exigir-se valores que não se sabe ao certo se foram recolhidos, pois o contribuinte de fato e de direito não foi submetido à ação fiscal.

Que o instituto da solidariedade não se confunde com a da responsabilidade tributária.

Da inclusão dos co-responsáveis:

Diz que a inclusão dos sócios das pessoas jurídicas de direito privado na qualidade de co-responsáveis revela-se ilegal. Que os administradores da pessoa jurídica não podem responder com seus bens pelas obrigações tributárias da empresa.

Que se os diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídicas não agirem com excesso de poderes, infringindo a lei, contrato social ou estatutos da empresa, não poderão ser responsabilizados pelo adimplemento das obrigações tributárias.

Não pode a administração pública presumir que o sócio, gerente ou administrador tenha agido com excesso pelo adimplemento das obrigações tributárias.

Que a inclusão dos supostos co-responsáveis configura-se ato ilegal.

Que a imparcialidade na função de julgar é um dever jurídico e que qualquer comportamento comprovadamente parcial estará configurando atentado à moralidade administrativa, podendo inclusive ser alvo das competentes medidas judiciais e administrativas.

Do pedido:

Requer:

- acolhimento do recurso;*
- reforma da decisão-notificação;*
- anulação da NFLD;*
- que sejam excluídas as pessoas físicas da condição de co-responsáveis.”(fl. 521/522)*

5. O fisco, por sua vez, apresentou suas contrarrazões no sentido de que seja mantido o lançamento, tendo em vista que as empresas não elidiram a responsabilidade solidária e o auditor fiscal agiu corretamente ao lavrar a notificação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1. Considerando pedido de desistência parcial da empresa recorrente em relação à competência 01/1999, não conheço do recurso nesta parte.

2. Em relação às demais competências, conheço dos recursos voluntários, uma vez que atendem aos pressupostos de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

3. Conforme alegação da empresa contratante, o prazo decadencial para o fisco constituir o crédito tributário é de cinco anos nos termos do artigo 150, §4º, do CTN.

4. E no que se refere a esse instituto, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade de votos, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, nos seguintes termos:

“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”.

5. Assim, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais como prescrição e decadência em matéria tributária, inclusive na fixação de prazos e na definição das causas de suspensão ou interrupção da prescrição. Portanto, pode-se definir, conforme a Súmula Vinculante nº 08 acima descrita, a aplicabilidade dos prazos de 05 (cinco) anos, previstos no CTN. (Leading case: RE nº 560.626, RE nº 556.664 e RE nº 559.882, Min. Gilmar Mendes; RE nº 559.943, Min. Cármen Lúcia)

5. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados 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.

(...)”

6. Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante nº 08.

7. Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto. Compulsando os autos, constata-se que independentemente das regras dos artigos 173, inciso I ou 150, §4º, encontram-se decaídas as parcelas ora discutidas.

8. No caso em apreço, considerando, para efeitos de cálculo da decadência, a data da 2ª ciência da recorrente em relação ao lançamento fiscal ocorrida em 01/09/2004, correspondente às contribuições das competências 03/1995 a 12/1998 (inclusive décimo terceiro), fica alcançado pela decadência quinquenal todo o período fiscalizado remanescente.

9. Feitas essas considerações, acato a preliminar de decadência.

CONCLUSÃO

10. Assim, conheço dos recursos voluntários e dou PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes

Processo nº 35948.000389/2006-81
Acórdão nº **2301-02.074**

S2-C3T1
Fl. 6
