



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

Processo n° 37116.000271/2005-91
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2402-004.580 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2016
Matéria DECADÊNCIA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado MINERAÇÃO CARAÍBA S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1997 a 31/08/1998

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4°; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I. No caso de lançamento por cessão de mão de obra, os fatos geradores de contribuição previdenciária continuam sendo os valores de remuneração pagas aos segurados empregados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: (a) por maioria de votos, julgando questão de ordem levantada pelo Conselheiro Ivacir Julio de Souza, dar prosseguimento ao julgamento, vencido o Conselheiro mencionado e (b) por unanimidade de votos, acolher os embargos da Fazenda e ratificar o acórdão embargado para negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Fez sustentação oral o Dr. Matheus Fontes Monteiro, OAB/BA 33.586.

João Bellini Junior - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: JOAO BELLINI JUNIOR, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, ALICE GRECCHI, IVACIR JULIO DE SOUZA, NATHALIA CORREIA POMPEU, LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REIS, AMILCAR BARCA TEIXEIRA JUNIOR e MARCELO MALAGOLI DA SILVA.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização envolvendo as empresas Mineração Caraiba S/A e AG Drill Equipamentos e Serviços de Mineração Ltda, em virtude da solidariedade decorrente da cessão de mão de obra, por serviços prestados à primeira, recorrente. Ciência ao sujeito passivo do MPF em 12/08/2005 e do lançamento em 03/10/2005. Trazida aos autos a informação de que se trata de lançamento substitutivo em razão da nulidade por vício formal do lançamento anterior datado de 17/05/2002, fls. 483. Reproduz aqui na íntegra os relatórios anteriores.

Após impugnação, a decisão de primeira instância foi no sentido de julgar a autuação procedente em parte. Segue transcrição da ementa do acórdão:

Período de apuração: 01/10/1997 a 30/08/1998 CUSTEIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. OPÇÃO PELO SIMPLES.

CUSTEIO - A empresa é obrigada a arrecadar e recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados empregados que lhe prestem serviços.

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA - 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 previdenciárias, em relação aos serviços a ele prestados.

ELISÃO DA RESPONSABILIDADE SOLIDARIA - A responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo cedente de mão-de-obra o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, na forma e percentuais estabelecidos pela legislação.

OPÇÃO PELO SIMPLES - A pessoa jurídica não optante pelo SIMPLES, sujeita-se a normas de tributação e de arrecadação aplicáveis As empresas em geral.

Lançamento Procedente

Contra a decisão, o recorrente reiterou suas alegações na impugnação; assim sintetizadas pela decisão recorrida:

DECADÊNCIA

Recorrendo à Constituição Federal (artigos 149 e 195), ao Código Tributário Nacional (artigo 150), a empresa notificada questiona decadência do direito de se constituir o Crédito Tributário com relação a Contribuições Sociais para a

Previdência Social, visto este lançamento denominado "por homologação", aplicável aos tributos em que o contribuinte antecipa o pagamento sem prévio exame do fisco, que conta com cinco anos para homologar o pagamento. Ressaltando que findo este prazo sem que haja a homologação opera-se o efeito da decadência, considerando-se homologado o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, extinguindo-se o Crédito Tributário (fls.52/53).

Salienta o contribuinte que o prazo inicial, nesta modalidade de lançamento é contado, a partir da ocorrência do fato gerador, não a partir do primeiro ano do exercício seguinte em que se extinguiu o seu direito de rever e homologar o lançamento, como ocorre nas hipóteses de lançamento direto, onde cita o CTN, em seu artigo 173, inciso I, bem como jurisprudência do STJ, Resp 180.879-SP (fls.54).

INCONSTITUCIONALIDADE

A empresa notificada afirma que a natureza tributária das contribuições foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Deste modo, não pode lei ordinária disciplinar decadência do direito de se constituir o Crédito Tributário com relação a estas contribuições, conforme ocorre com a Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 45 e 46 que trata da referida matéria, DECADÊNCIA, em desacordo com o disposto no CTN que como lei complementar determina a decadência no prazo de cinco anos. Cita jurisprudência do TRF, 4Regido (fls.54/56).

Afirma que, diante do exposto, encontra-se decadente todo período de constituição do crédito previdenciário contido neste lançamento, ou seja: competências 10/1997 a 08/1998.

SOLIDARIEDADE

Neste tópico, a notificada alega que a presente exigência tributária encontra-se desprovida de suporte legal e fático, visto ter a empresa prestadora ter efetuado todos os recolhimentos vinculados ao contrato de prestação de serviços objeto deste lançamento, conforme GPS e folhas de pagamentos de salários acostadas aos autos (fls.56).

Salienta que a constituição do crédito por aferição indireta junto ao tomador dos serviços, utilizando faturas dos serviços contratados, feriu os princípios da ampla defesa e da verdade real. Citando Apelação Cível nº 97.04.71803-9/RS do TRF, la Turma da Quarta Região, (fls.57).

Prosseguindo seu arrazoado, o contribuinte afirma que não se debate a possibilidade de responsabilidade tributária entre tomador e prestador dos serviços assim como na primazia entre os devedores, nas, apenas do "quantum" devido. Ressalta que a responsabilidade solidária se consuma primeiramente com o levantamento real da dívida perante o contribuinte vinculado diretamente ao fato gerador, ou seja, a empresa prestadora de serviços. Salienta que todos os pagamentos vinculados ao contrato de prestação de serviço foram regular e tempestivamente efetivados (fls.57/58).

A notificada assegura que padecem de equívocos os suportes legais ancorados no presente lançamento ao afirmar que a solidariedade ocorre quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigação a dívida toda, pois sendo duas obrigações distintas, uma derivada da folha de pagamento de salário dos empregados regularmente registrados e regularmente adimplida e outra da simulação de débito sobre o montante do faturamento. Afirma que a dupla exigência de Crédito Previdenciário fere o mais elementares dos princípios de direito - o da legalidade (fls.58).

Citando os princípios da legalidade, verdade material, transcrevendo julgado do CRPS a notificada afirma que a exigência de contribuições sociais em duplicidade, decorrente da mesma obrigação, utilizando fatos geradores no tomador dos serviços sem observância daquelas contribuições devidamente recolhidas no prestador dos serviços, foi objeto de apreciação do CRPS que anulou o lançamento (fls.58/61).

Salienta que no presente feito, a prestadora dos serviços possui contabilidade regular, com folha de pagamento e os respectivos recolhimentos das contribuições sociais, afirmando que anexou à impugnação guias de recolhimentos da prestadora de serviços, e que não consta nos autos diligência por parte da Auditoria nas dependências da prestadora de serviços (fls.62).

OPÇÃO PELO SIMPLES

Por final, ressalta a empresa notificada (contratante dos serviços) que a prestadora de serviço encontra-se enquadrada no regime tributário das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

Assim, não se aplica a solidariedade inculpada na Instrução Normativa declinada. Ressalta que o judiciário já se posicionou no sentido de declarar indevida a retenção de 11% sobre o valor da fatura de empresas prestadoras de serviços, optantes pelo SIMPLES, pois tal fato implicaria a supressão do benefício de pagamento unificado por parte das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Cita e transcreve alguns julgados neste sentido (fls.62/67).

Conclui sua peça de defesa requerendo a apresentação de novos documentos e pela produção de provas periciais, se for o caso. Finalmente, requer que seja julgada nula a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, face às razões de fato e de direito expostas.

Submetido a julgamento, a 5ª Câmara de Julgamento do Segundo Conselho de Contribuintes reconheceu a decadência integral do lançamento, provendo o recurso voluntário.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/10/1997 a 31/08/1998
DECADÊNCIA.*

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: Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

Recurso Voluntário Provido.

Após oposição de embargos pela Fazenda Nacional alegando que se tratava de lançamento substituto, o julgamento foi convertido em diligência para que se trouxesse informações sobre o lançamento substituído. Segue transcrição da Resolução:

Conforme despacho às fls. 241/242 o acórdão embargado não considerou que o lançamento era substitutivo do anterior, declarado nulo por vício insanável.

O acórdão data de 26/11/2004 e o lançamento substitutivo de 03/10/2005, logo não houve decadência pela regra do artigo 173, II do CTN.

No entanto, verifica-se às fls. 09/10 que o lançamento abrange os fatos geradores ocorridos de 10/97 a 08/98.

Também verifica-se da informação obtida junto ao CRPS, através do sítio mantido na internet, que o recurso voluntário relativo ao lançamento anulado data de 2003.

Assim, como a última competência foi 08/98 e considerando que não houve pagamento parcial, lis. 04/06, a decadência restaria efetivada em 31/12/2003. Mas, sendo o recurso datado de 2003, conforme acima, ao menos parte do período não foi alcançado pela decadência, artigo 173, I do CTN, quando da emissão da NFLD declarada nula.

Como não consta dos autos a data da emissão da NFLD declarada nula, o que impede a verificação precisa do período alcançado pela decadência, proponho a conversão em diligência para que a informação seja trazida aos autos.

A diligência retorna com a informação de que o lançamento substituído teve ciência do contribuinte em 17/05/2002, fls. 249/250. Ao se manifestar sobre a resposta à diligência o embargado alega que não tomou ciência dos embargos da Fazenda Nacional:

Entretanto, para que se possibilite o pleno exercício do direito a defesa e ao contraditório constitucionalmente assegurado, mister se faz, por óbvio, que se dê ciência A Signatária de todo o conteúdo dos embargos fazendários e do contexto em que os mesmos foram processados e admitidos; não basta a singela informação de que cópia da NFLD nº 35.357.160-1 fora anexada ao processo. Ao invés de esclarecer e facilitar,

tal informação acaba por obstaculizar a defesa e as contra-razões, já que traz elemento totalmente exótico à discussão do processo, sem qualquer explicação plausível.

Mais uma vez o julgamento foi convertido em diligência para que o embargado tomasse ciência de todas as peças processuais desde os embargos opostos pela Fazenda Nacional. Em sua manifestação, o embargado defendeu a nulidade por vício insanável a falta de ciência dos embargos, que a nulidade do lançamento substituído se deu por vício material e que as empresas contratadas são optantes pelo SIMPLES.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Antes do presente julgamento, foram necessárias duas diligências. A primeira com a finalidade de se buscar informações sobre o lançamento substituído; a segunda, porque à época da primeira diligência o contribuinte não tomou conhecimento do inteiro teor dos embargos opostos pela Fazenda. De qualquer forma, não foi proferida decisão definitiva quanto à decadência, conforme trecho da Resolução nº 2402-000.394, de 19/09/2013:

De fato, a embargada não teve ciência do inteiro teor dos embargos, já que a diligência buscou simples informações sobre as datas do lançamento substituído, a fim de que as demais questões preliminares e de mérito fossem examinadas; daí, a tramitação direta ao órgão de fiscalização, sem submissão à sessão de julgamento. Entendo que os princípios da ampla defesa e contraditório estariam cumpridos na plenitude com a ciência do embargado de todos os atos processuais desde o acórdão 205-01.066, fls. 230, já que não houve nenhuma decisão definitiva sequer quanto à decadência.

Entende o embargado que não se aplicaria ao caso o artigo 173, II do CTN uma vez que a nulidade do lançamento teria ocorrido por vício material. No entanto, entendo que essa questão que envolve a decadência não foi devolvida para essa turma, já que o acórdão do CRPS já decidiu que se trata de vício formal a falta de indicação de dispositivo legal, inclusive a parte dispositiva determina a realização de novo lançamento.

É objeto aqui de exame a aplicação da regra decadencial. Ou seja, 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 aplicar ao caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade de pagamento parcial do tributo para que seja aplicada a regra decadencial do artigo 150, §4º do CTN; caso contrário, aplica-se o artigo 173, I do CTN que transfere o termo *a quo* de contagem para o exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Também atribuiu status de repetitivos a todos os processos que se encontram tramitando sobre a matéria. E, por força do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, a decisão deve ser reproduzida nas turmas deste Conselho.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Este CARF sumulou o entendimento acerca do que se entende por pagamento parcial. De acordo com a Súmula nº 99, considera-se que houve pagamento parcial quando os recolhimentos efetuados não se refiram à parcela remuneratória objeto do lançamento:

Súmula CARF nº 99: 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.

Assim, considerando o presente caso, deve ser aplicada a regra no artigo 150, §4º do CTN. No caso de lançamento por responsabilidade solidária na cessão de mão de obra, os fatos geradores de contribuição previdenciária continuam sendo os valores de remuneração pagas aos segurados empregados, aferida por percentual aplicado sobre o valor correspondente aos serviços prestados e constantes na nota fiscal emitida pelo contratado.

Assim, como os fatos geradores ocorreram no período de 01/10/1997 a 31/08/1998 e o lançamento anterior teve ciência em 17/05/2002, não ocorreu decadência.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Quanto à responsabilidade solidária na cessão de mão de obra, o próprio contrato é explícito quanto à prestação de serviços de manutenção nas dependências da contratante:

No item 1.1 e 1.2 (fls.33), as empresas (Mineração Caraiba S.A. e AG Drill Equipamentos e Serviços de Mineração Ltda) acordam que o serviço contratado (manutenção) deverá ser realizado nas dependências da Mineração Caraiba a cada troca de turno, ressaltando que "Os técnicos estarão disponíveis no período normal de trabalho nas instalações da Contratante."

Por fim, o objeto do contrato (fls.33) e "a execução de serviços de manutenção em equipamento Perfuratriz Cubex Megamatic JTH 5.200", conforme explicitado no item 1.2.1 e seguintes.

Superada a questão da caracterização da cessão de mão de obra, outra questão relevante é a opção pelo SIMPLES dos prestadores de serviços. Conforme diligência realizada antes da decisão de primeira instância, não consta nos sistemas informatizados que as empresas prestadores de serviços já tenham em algum momento realizado essa opção:

A empresa contratante dos serviços alega que a prestadora de serviço encontra-se enquadrada no regime tributário das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, denominado Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996.

Ocorre que, consultando o sistema informatizado da Receita Federal do Brasil, ficou constatado que a empresa prestadora dos serviços não foi, nem 6, optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, conforme alega a empresa Mineração Caraiba em sua peça de defesa.

Voto por acolher os embargos e re-ratificar o acórdão embargado para negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

CÓPIA