



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

Processo n° 10380.006734/2010-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-003.192 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de novembro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICÍPIO DE MARACANAÚ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA PARCIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. TAXA SELIC.

Não há cerceamento do direito de defesa quando estão explicitados todos os elementos do lançamento e quando o contribuinte tem preservado seu direito à apresentação do recurso.

Os tomadores de serviço devem efetuar a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra.

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 04/2010, anteriores a 05/2010, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva, que votaram pela aplicação do I, Art. 173 do CTN; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Wilson Antonio de Souza Correa

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo MUNICÍPIO DE MARACANAÚ em face da decisão que julgou procedente em parte a impugnação apresentada, do período de 01/01/2005 a 31/12/2006.

2. Narra o relatório fiscal que o auto de infração teve como objeto as contribuições devidas, destinadas à Seguridade Social, equivalentes a 11% incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra e serviços de construção civil, não descontadas pelo órgão quando era seu dever fazê-lo, uma vez que se trata de uma substituição tributária prevista no art. 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98.

3. Pelo que dispõe o Relatório, ff. 128/133, os procedimentos adotados pela fiscalização foram os seguintes:

“DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS

6.3. A auditoria (sic) apresentou parte dos documentos solicitados, da seguinte forma:

a) em relação aos contratos solicitados, apresentou uma parte e deixou de apresentar a maior parte. A auditoria relacionou em planilha anexa, todos os contratos solicitados, indicando quais os que foram e os que não foram apresentados;

b) em relação às notas fiscais de prestação de serviço e GPS, o órgão apresentou em CD, parte desses documentos os quais a auditoria examinou um a um, excluindo do crédito tributário tudo aquilo que restou provado o efetivo recolhimento;

c) excluído o que restou provado o recolhimento, o remanescente a auditoria calculou o valor da contribuição que deveria ter sido retida da empresa prestadora de serviço, cobrando essa contribuição do órgão na qualidade de responsável tributário;

EM RELAÇÃO A COOPERATIVAS DE TRABALHO

6.4. A auditoria constatou na contabilidade do órgão, a contratação de COOPERATIVAS DE TRABALHO, sendo uma (COSER – COOPERAT DE SERV. DE LIMPEZA E URBANIZAÇÃO) prestadora de serviço de transporte e outros serviços médicos, tais como (...). o órgão apresentou apenas o contrato da COSER, deixando de apresentar os demais contratos.”

4. Para os serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, a contribuição foi cobrada à alíquota de quinze por cento sobre o total da nota fiscal de prestação de serviço, à exceção do serviço de transporte, em que a alíquota de 15% incidiu sobre a base de cálculo de vinte por cento do total da nota fiscal de prestação de serviço.

5. Serviram de base para a presente autuação, os lançamentos contábeis, as notas de empenho, notas de liquidação e notas de pagamento.

6. Foram anexadas ao relatório fiscal planilhas com discriminação de serviços prestados por cooperados por meio de cooperativa de trabalho, não declarados em GFIP, ff. 134/165, de serviços terceirizados e de construção civil sem recolhimento, ff. 166/213, e cópias de termos de contrato, ff. 214/317.

7. O acórdão de primeira instância refutou os argumentos trazidos pelo contribuinte, restando ementado nos termos que transcrevo abaixo:

“RETENÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS COM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

O órgão público, contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

CONTRIBUIÇÃO. SERVIÇOS PRESTADOS POR COOPERADOS POR MEIO DE COOPERATIVA.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não há cerceamento do direito de defesa quando estão explicitados todos os elementos do lançamento e quando o contribuinte tem preservado seu direito à apresentação de impugnação.

ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO APRECIÇÃO.

Não cabe apreciação, pela instância administrativa, de alegações de ilegalidade e ou inconstitucionalidade de leis e atos normativos em vigor, a qual incumbe ao Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

7. Buscando reverter a decisão *a quo*, que manteve o lançamento do débito, o contribuinte interpôs recurso voluntário alegando em síntese:

a) nulidade absoluta do processo, sobre o argumento de que o prazo de apenas 30 dias para a apresentação de 8 recursos impossibilita o contraditório e a ampla defesa nos moldes em que devem ocorrer;

b) os valores pagos aos empregados nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença ou invalidez ou como auxílio-acidente não integram o salário-de-contribuição, por não terem natureza salarial;

c) os valores das contribuições incidentes sobre a remuneração de exercentes de mandatos eletivos deveriam ter sido compensados com as contribuições porventura devidas, com base na Instrução Normativa SRP n.º 15 de 2006, procedimento que não foi adotado pela auditoria;

d) o termo de parcelamento foi assinado em 2001, com base na medida Provisória 2.187/2001, em que autorizava o INSS a efetuar a retenção dos valores correspondentes às suas obrigações previdenciárias correntes diretamente do Fundo de Participação dos Municípios, não cabendo o recolhimento das referidas contribuições;

d) os contratos objetos dos lançamentos efetuados pelo auditor referem-se à execução de obras serviços de construção civil por empreitada total, não sendo obrigatória a aplicação da retenção do artigo 31 da Lei 8.212/91;

e) a competência para descobrir e definir os valores reais devidos e efetuar as respectivas retenções seria do INSS, não podendo o sujeito passivo ser penalizado com multa e juros.

8. Não houve apresentação de contrarrazões pelo fisco e os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Damiano Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

2. Sobre a decadência, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, *verbis*:

“(...) 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.”

3. 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.”

4. Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“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.”

5. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, 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.

6. Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(…) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“(…) 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao

lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o 'primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, 'Decadência e Prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199)

(...)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

7. Compulsando os autos, depreende-se do Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados (RADA), ff. 64/71, que foram analisados pela fiscalização: GRPS, GPS, LDC, CRED (créditos diversos) e DNF (valores destacados em nota fiscal ainda não recolhidos). Também se observa as GPS apresentadas por meio do Relatório de Documentos Apresentados (RDA). Assim, verifica-se que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

8. O CARF, por intermédio de uma de suas Câmaras Superiores, corroborou tal entendimento ao aplicar a regra do art. 150, "eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal)". (Processo nº 36918.002963/200575; Recurso nº 243.707 Especial do Procurador Acórdão nº 920201.418)

9. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada ao lançamento fiscal a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

10 E com base nas informações expostas acima, tendo em vista que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 26/05/2010, referente às contribuições do período de 01/04/2005 a 31/12/2006 fica alcançada pela decadência quinquenal a competência 04/2005, restando mantidas as competências 05/2005 a 12/2006.

DA INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA

11. Aduz o contribuinte que o lançamento deve ser anulado devido ao exíguo prazo concedido para a apresentação de oito recursos (30 dias), o que teria impossibilitado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa: *“está claramente caracterizado o cerceamento de defesa pela situação fática, como ocorre nos presentes autos, todo o processo administrativo fica eivado de nulidade absoluta, a qual pode e deve ser conhecida, para anularem-se todos os atos do processo, posto que contrários à Constituição Federal (...)”*. (f. 94)

12. Ocorre que a legislação que rege o processo administrativo fiscal prevê expressamente o prazo para interposição de recurso, como determina o art. 33 do Decreto n.º 70.235/72, independentemente do número de decisões lavradas contra o contribuinte: *“Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.”*

13. Ademais, compulsando os autos verifica-se que o contribuinte foi regularmente notificado da decisão, por meio da cópia do Acórdão 09-33.988, em 17/06/2011, f. 404, e foi apresentado recurso enfrentando efetivamente a autuação fiscal, em 07/07/2011, f. 383, ou seja, dentro do prazo legal.

14. Dessa forma, esvaziam as argumentações trazidas pelo contribuinte no sentido de defender a existência de nulidade do processo administrativo. Além disso, não consta nos autos nenhum incidente processual que comprove a dificuldade da recorrente em se defender, o que demonstra o acerto do agente fiscal.

15. Por fim, cumpre ressaltar que o lançamento encontra-se devidamente fundamentado e motivado, em consonância com o que determina a legislação que rege o processo administrativo fiscal, notadamente o art. 50, da Lei n.º 9.784/99 e art. 38, do Decreto 7.574/2011. Assim, não há que se falar em anulação do lançamento fiscal, no que rejeito a preliminar levantada pelo contribuinte.

Do auxílio-doença e auxílio-acidente

16. Alega o contribuinte que os valores pagos aos empregados nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença ou invalidez ou como auxílio-acidente não possuem natureza salarial, e, portanto, não integram o salário-de-contribuição.

17. Todavia, constata-se que o lançamento restringe-se às contribuições incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos contribuintes individuais das categorias transportadores autônomos, não fazendo nenhuma menção às rubricas questionadas pelo contribuinte. A própria decisão recorrida já traz esta informação: *“isto porque tais valores não foram objeto do presente lançamento, que considerou como base de cálculo das contribuições previdenciárias apenas os valores pagos a título de frete aos transportadores autônomos, contribuintes individuais”*. (f. 82)

18. Desta forma, a insurgência do contribuinte com relação à natureza não salarial das verbas pagas nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado não é cabível, pois não é objeto do lançamento em discussão.

Da compensação de valores relativos a mandatos eletivos

19. Segundo o contribuinte, os valores das contribuições incidentes sobre a remuneração de exercentes de mandatos eletivos deveriam ter sido compensados com as contribuições porventura devidas, com base na Instrução Normativa SRP n.º 15 de 2006, procedimento este não adotado pela auditoria.

20. Sobre a questão, a decisão de primeira instância afastou os argumentos do recorrente da seguinte forma: *“Deve-se esclarecer que a compensação das referidas contribuições é um procedimento facultado ao contribuinte, nos termos do art. 6º da mencionada IN SRP n.º 15, de 2006, o qual deve seguir rito próprio, não podendo a autoridade administrativa realizá-lo de ofício por ocasião da constituição do crédito tributário, por falta de previsão legal.”*

21. Com efeito, a compensação é um procedimento realizado pelo contribuinte nos casos de pagamento indevido ou a maior, estando sujeito à revisão fiscal. E, caso haja descumprimento das normas tributárias vigentes, cabe ao fisco notificar o contribuinte nos termos do art. 37 da Lei 8.212/91.

22. O art.170 do Código Tributário Nacional (CTN) dispõe sobre o instituto nos seguintes termos:

“Art. 170 - A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.”

23. Assim, fica caracterizado que o CTN remete-nos à existência de previsão legal expressa para que haja a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, não havendo a compensação de forma automática como deseja a empresa, uma vez que a Administração Pública zela pelo princípio da legalidade estrita, segundo o qual deve obediência ao que a lei explicitamente dispõe.

24. Observa-se que a Instrução Normativa n.º 15 da Secretaria da Receita Federal (SRF) dispõe sobre a compensação, mas em moldes específicos, conforme seu art. 6º:

“Art. 6º É facultado ao ente federativo, observado o disposto no art. 3º, compensar os valores pagos à Previdência Social com base no dispositivo referido no art. 1º, observadas as seguintes condições:

I - a compensação deverá ser precedida de retificação das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados, bem como, a remuneração proporcional ao período de 1º a 18 na competência setembro de 2004 relativa aos referidos exercentes;

*II - deverá ser realizada com contribuições previdenciárias declaradas em GFIP; (Nova redação dada pela **IN RFB N° 909, DE 14/01/2009**). (...).”*

25. Bem como, o art. 4º da Portaria 133 de 02/05/2006 estabelece condições à eventual compensação por parte do ente federativo:

“O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso de suas atribuições legais e regulamentares, especialmente o art. 131 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, Considerando a Resolução nº 26 do Senado Federal, de 21 de Junho de 2005, que suspende a execução da alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1 - Paraná, e Considerando que a suspensão da execução determinada pela Resolução nº 26 do Senado Federal produz efeitos ex tunc, ou seja, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, de acordo com o § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, resolve:

(...)

Art. 4º Eventual compensação ou pedido de restituição por parte do ente federativo observará as seguintes condições:

I - será precedido de retificação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social - GFIP;

II - quando envolver valores descontados, será necessariamente precedido de declaração do exercente de mandato eletivo de que está ciente que esse período não será computado no seu tempo de contribuição para efeito de benefícios de Regime Geral de Previdência Social, bem como da comprovação de devolução dos recursos ao segurado ou de autorização deste; e

III- obedecerá ao prazo prescricional previsto em lei.”

26. Desse modo, deve ser mantida a decisão de primeira instância, em razão do não atendimento aos requisitos legalmente exigidos para a compensação, com rito próprio, que se iniciar com o pedido do contribuinte para compensar seus créditos.

Da retenção

27. Conforme as alegações do contribuinte, a competência para descobrir e definir os valores reais devidos e efetuar as respectivas retenções seria do INSS, não podendo o sujeito passivo ser penalizado com multa e juros.

28. Sobre a matéria, não obstante o arrazoado trazido, a decisão recorrida afasta qualquer dúvida acerca do lançamento fiscal de tais valores, de maneira que não há como invalidar o lançamento: *“Quanto à retenção do FPM, alardeada pelo impugnante, então prevista no art. 38 da Lei n.º 8.212/91, revogado pela Lei n.º 11.941/2009, cumpre esclarecer que tratava-se de retenção de valores objeto de acordo para pagamento parcelado, o que não é o caso das contribuições apuradas no presente lançamento, que sequer foram consideradas bases de cálculo pelo impugnante.”*

29. Assim, compartilho do mesmo entendimento da decisão *a quo*, posto que este argumento do contribuinte não merece prosperar.

Dos levantamentos

30. Alega o contribuinte que vários contratos, objetos dos lançamentos efetuados pelo auditor, referem-se à execução de obras e serviços de construção civil por empreitada total, não sendo obrigatória a aplicação da retenção do art. 31 da Lei 8.212/91, não existindo, portanto, amparo legal para o seu lançamento, independentemente de ter sido ou não efetuada a retenção.

31. Ocorre que o Município deixou de apresentar alguns documentos, dentre eles parte dos contratos e das notas fiscais, o que autoriza a auditoria a arbitrar os valores na forma do disposto no art. 33, § 2º e §3º da Lei 8.212/91. Pois houve solicitação no Termo de Início de Procedimento Fiscal (TPF) da apresentação de: contratos de obras de construção civil acompanhados de projeto, ART, matrícula CEI, nota fiscal de prestação de serviço, bem como a apresentação da GPS de recolhimentos dos valores retidos, caso a contratação fosse efetuada com retenção prévia prevista no art. 31 da Lei 8.212/91; contratos de prestação de serviço celebrados com terceiros e mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra acompanhados das GPS da retenção, GFIP e respectivas CND do INSS, f 129.

32. Por conseguinte, a auditoria apresentou parte dos documentos solicitados, como consta do Relatório Fiscal, da seguinte forma, f. 129:

a) em relação aos contratos solicitados, apresentou uma parte e deixou de apresentar a maior parte. A auditoria relacionou em planilha anexa, todos os contratos solicitados, indicando quais os que foram e os que não foram apresentados;

b) em relação às notas fiscais de prestação de serviço e GPS, o órgão apresentou em CD, parte desses documentos os quais a auditoria examinou um a um, excluindo do crédito tributário tudo aquilo que restou provado o efetivo recolhimento;

c) excluído o que restou provado o recolhimento, o remanescente a auditoria calculou o valor da contribuição que deveria ter sido retida da empresa prestadora de serviço, cobrando essa contribuição do órgão na qualidade de responsável tributário.

33. Em vista disso, foram adotados os procedimentos a seguir expostos em relação a serviços terceirizados mediante cessão de mão-de-obra e serviços de construção civil, como segue, f. 130:

“6.6. No cálculo da contribuição, considerando a falta de apresentação dos contratos e das notas fiscais de prestação de serviço, cabe à auditoria lançar as importâncias que julgar cabíveis, ressaltando-se que, nesse caso, a retenção deveria recair sobre o total da nota fiscal de prestação de serviço. Entretanto, aplicando o princípio constitucional da razoabilidade, auditoria cobrou 11% sobre a base de cálculo, considerando os percentuais abaixo:

a) em relação ao serviço de transporte de passageiros, a retenção de 11% incidiu sobre 30% do valor de cada nota de empenho/liquidação, em decorrência do disposto no inciso II, do art. 150 da INSTRUÇÃO

NORMATIVA (IN) Nº 3, DE 14 DE julho DE 2005 DOU DE 15/07/2005, na redação dada pela IN 20, de 11/01/2007.

b) Em relação aos serviços de terceirização de mão de obra em geral para diversos cargos nas diversas Secretarias e serviços de treinamento/capacitação, a retenção de 11% incidiu sobre o TOTAL da nota de empenho liquidada;

c) Em relação aos demais serviço de construção civil, foi aplicada a retenção de 11 % sobre 50% do valor total de cada nota de empenho/liquidação, em decorrência do disposto no inciso I, do art. 150 da INSTRUÇÃO NORMATIVA (IN) Nº 3, DE 14 DE julho DE 2005 DOU DE 15/07/2005, na redação dada pela IN 20, de 11/01/2007;

d) Em relação ao serviço de aluguel de máquinas com operador para a realização de serviços de construção civil, foi aplicada a retenção de 11% sobre 35% do valor total de cada nota de empenho/liquidação, em decorrência do disposto na alínea "e" do inciso II, do § 1º do art. 150 da INSTRUÇÃO NORMATIVA (IN) Nº 3, DE 14 DE julho DE 2005 DOU DE 15/07/2005, na redação dada pela IN 20, de 11/01/2007;

e) Em relação demais serviços de limpeza, tal como o de coleta de lixo, foi aplicada a retenção de 11% sobre 80% do valor total de cada nota de empenho/liquidação, em decorrência do disposto no inciso III, do art. 150 da INSTRUÇÃO NORMATIVA (IN) Nº 3, DE 14 DE julho de 2005 DOU DE 15/07/2005, na redação dada pela IN 20, de 11/01/2007.

34. Em se tratando de ausência da devida apresentação dos documentos pelo contribuinte, faz-se importante salientar que a arbitragem dos valores pelo fisco ocorreu pautada na legislação vigente, e, portanto, está revestida das formalidades necessárias.

35. Desse modo, considerando o aspecto temporal dos fatos geradores objetos do lançamento, devemos observar que a Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra. Assim, a partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, alterou-se a natureza jurídica da relação entre fisco e a empresa tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra, deixando de existir a solidariedade e criando-se a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN.

36. Pelo exposto, a adução do contribuinte pela não caracterização da cessão de mão-de-obra, no caso em análise, não merece prosperar, restando mantida a decisão de primeira instância neste ponto.

DA UTILIZAÇÃO DA TAXA SELIC

37. A utilização da taxa SELIC não é indevida no caso em análise. À época do fato gerador, a utilização da referida taxa era expressamente autorizada pelo art. 34 da Lei 8.212/91.

38. A matéria, inclusive, já foi sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, verbis:

“Súmula CARF Nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”

39. Além disso, em julgado recente, o STF decidiu pela incidência da taxa SELIC para a atualização de débitos tributários:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. (...)” (g.n.)

(RE 582.461/SP. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJe 18.08.2011, p. 177)

CONCLUSÃO

40. Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para decotar do lançamento o período alcançado pela decadência quinquenal, qual seja 04/2005, restando mantidas as demais competências, conforme determinado no art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator