



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

Processo nº 10830.014215/2010-79
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-02.921 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de julho de 2012
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO.
Recorrente MUNICÍPIO DE HORTOLANDIA PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO.

O contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura e recolher a importância em nome da prestadora.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão do lançamento dos valores apropriados em cada levantamento para os quais tenha havido pagamento parcial e se refiram ao período até 09/2005, inclusive.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente em parte o lançamento fiscal com base nos valores escriturados contabilmente, conforme relatório fiscal e discriminativo do débito. O lançamento foi realizado em 27/10/2010 e constitui crédito sobre serviços prestados ao recorrente mediante cessão de mão-de-obra. Seguem trechos da acórdão recorrida:

LANÇAMENTO FISCAL. RETENÇÃO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA/ EMPREITADA A empresa e equiparada é obrigada a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal de serviço quando da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra/ empreitada e recolher a importância retida em nome da empresa contratada.

PROVAS. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS As provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções legais.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA O pedido de diligência e perícia deve ser motivado e acompanhado dos quesitos necessários para o exame da matéria, sob pena de seu indeferimento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

...

Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte identificado em epígrafe, no montante de R\$ 613.427,07 (seiscentos e treze mil quatrocentos e vinte e sete reais e sete centavos) compreendendo o período de 01/2005 a 12/2005, relativo às contribuições devidas quando da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra empreitada, que a autuada na qualidade de contratante deveria ter retido e recolhido de acordo com o determinado no artigo 31, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Destaca o Relatório Fiscal, fls. 86/92, que a Prefeitura Municipal de Hortolândia para atender as necessidades do Município realizou diversas obras na área de construção civil, contratando prestadoras de serviços nas áreas de pavimentação, construção, saneamento e terraplenagem, além de ter contratado empresas de transportes de passageiros, publicidade e limpeza.

Segundo a fiscalização “os contratos firmados, na sua maioria, foram de empreitada com fornecimento de material, mão de obra e equipamentos necessários para a execução dos serviços”.

Extrai-se da referida Ordem de Serviço que uma das finalidades do preenchimento correto da GPS é a apropriação correta da receita previdenciária, ainda porque sem os dados corretos não se comprova o efetivo recolhimento das contribuições devidas.

Contudo, havendo comprovação do recolhimento em nome da prestadora dos serviços, em relação às notas fiscais discriminadas no Relatório de Lançamentos, e considerando o princípio da verdade material, as competências discriminadas no Demonstrativo Anexo devem ser excluídas do lançamento.

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera as alegações trazidas na impugnação:

Em preliminar sustenta a nulidade da autuação por inexistência de justa causa e inocorrência de qualquer ilicitude, além de “os dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento esposado na exação”, devendo ser arquivado o processo.

Afirma que não houve análise de toda a documentação, como se vê dos documentos juntados, o que macula o procedimento e oferece incertezas para se chegar a conclusão da suposta infração cometida, uma vez que os demonstrativos não tem validade jurídica .

Reputa indevida a exigência por erros no lançamento de ofício e ainda por afronta ao disposto nos artigos 112 e 142, ambos do Código Tributário Nacional/CTN, sendo ilegal a autuação uma vez que efetuou os recolhimentos dos tributos ora questionados, conforme documentação anexa.

E também que não pode ser obrigada a novo pagamento apenas por tê-lo feito em código distinto ao previsto no ato normativo.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Uma vez cumpridos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Procedimentos formais

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 de procedimento capazes de tornarem nulos 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.

Decadência

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Assim sendo, independente de meu entendimento pessoal sobre a matéria, manifestado em meus votos anteriores, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08.

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.

Assim, considerando o presente caso, as competências até 09/2005 com comprovado pagamento parcial devem ser excluídas do lançamento.

No mérito

A recorrente não se insurge contra a forma de prestação de serviço, isto é, da presença de características da cessão de mão de obra (segurados colocados à disposição do contratante em suas dependências), apenas que teria realizado o pagamento em código diferente e por essa razão não deveria ser realizado o lançamento. Acontece que a decisão recorrida, embora tenha enfatizado a importância do código de pagamento para fins de identificação do cumprimento da obrigação, considerou-os reduzindo o crédito constituído.

As demais alegações trazidas pela recorrente centram-se na inconstitucionalidade das exações discriminadas no lançamento; no entanto, o artigo 26-A do

Processo nº 10830.014215/2010-79
Acórdão n.º **2402-02.921**

S2-C4T2
Fl. 630

Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão do lançamento dos valores apropriados em cada levantamento para os quais tenha havido pagamento parcial e se refiram ao período até 09/2005, inclusive.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes