



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

Processo nº 10920.002862/2007-23
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-002.704 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2013
Matéria Cessão de mão de obra
Recorrente PERVILLE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2005

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 6.830/1980 E ART. 216, 3º DA LEI Nº 8.213/1991.

A propositura de ação judicial pelo contribuinte anteriormente ou posteriormente a autuação, cujo objeto seja o mesmo da discussão administrativa, acarreta na renúncia à instância administrativa, conforme determina o artigo 38, parágrafo único da Lei 6.830/1980 e o art. 216, §3º da Lei nº 8.213/1991.

Recurso Voluntário Não Conhecido
Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos em não conhecer do recurso pela desistência em consequência da interposição de ação judicial, de acordo com o relatório e voto que integram o presente julgado.

Liege Lacroix Thomasi - Presidente

Leonardo Henrique Pires Lopes – Relator

Presentes à sessão de julgamento os Conselheiros LIEGE LACROIX THOMASI (Presidente), LEO MEIRELLES DO AMARAL, ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, FABIO PALLARETTI CALCINI, ARLINDO DA COSTA E SILVA e LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.060.605-1, lavrada em 31.01.2007, em face de PERVILLE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A, no valor de R\$ 155.664,80 (cento e cinquenta e cinco mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta centavos), referente às contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social, concernentes à retenção de 11% incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviços tomados pela empresa.

Segundo o Relatório Fiscal, a empresa contratou serviços executados mediante cessão de mão de obra e/ou empreitada na construção civil, contudo, deixou de reter e recolher, em época própria, as contribuições incidentes sobre o valor dos serviços, conforme determina o art. 31 da Lei 8.212/91.

Ciente da autuação, a empresa apresentou impugnação às fls. informando o recolhimento de parte do débito e anexando decisão judicial no sentido de que se suspenda a exigibilidade do crédito referente a fatos geradores ocorridos em período anterior aos cinco anos que antecedem a data da presente notificação, além de determinar ao INSS que promova o desmembramento dos valores impugnados.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC, através do Acórdão de fls. 856 e seguintes, julgou o lançamento procedente em parte, excluindo do lançamento o seguinte:

I) a parte da retenção lançada sobre a nota fiscal nº 1084, da sociedade empresária HUME Premoldados de Concreto Centrifugado Ltda. (28), relativa ao pagamento de serviços de impermeabilização, uma vez que tais serviços não se sujeitavam, à época que foram prestados, à retenção prevista no artigo 31, da Lei 8.212/91;

II) as retenções lançadas com base nas notas fiscais 3542, 3923 e 4015, da Dedetizadora e Imunizadora Joinville Ltda. (09), uma vez que os serviços não eram sujeitos, no ano em que foram prestados, 2003, à retenção de onze por cento;

III) as retenções lançadas com base nas notas fiscais 173, 176, 183, 189, 195, 198 e 204, da MAPE Componentes Metálicos Ltda, já que as atividades, da maneira como foram prestadas, não se enquadram dentre àquelas sujeitas a retenção prevista no artigo 31, da Lei no 8.212/91;

IV) as retenções lançadas com base nas notas fiscais 4983, 5010 e 5014, da Terraplenagem Medeiros Ltda. (R54);

V) as retenções lançadas com base em notas fiscais emitidas pela QUALYS Ambiental Ltda. (46), pela DPM Cine Vídeo Ltda. (11) e pela Irmãos Redivo Serviços de Terraplenagem e Construção Ltda. (34), uma vez que a

recorrente ou já efetuou o recolhimento das retenções de acordo com o disposto no artigo 106, II, da IN 71/2002, ou porque os valores, se tivessem sido corretamente calculados com a base de cálculo de 30%, não ultrapassariam o limite mínimo estabelecido pelo INSS;

VI) devido a apresentação das GPS's de fls. 460 e 463, que não foram consideradas no lançamento, parte das retenções lançadas com base em notas fiscais emitidas pela empresa FORTEC Manutenção Técnica de Superfícies Geies Ltda.

A ementa do referido julgado assim dispôs:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2005

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. EMPREITADA. RETENÇÃO.

A empresa contratante de serviços relacionados no §2º, do art. 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, executados mediante cessão de mão-de-obra, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada. Os serviços relacionados nos incisos I a V, do citado parágrafo, também estão sujeitos à retenção dos 11% quando contratados mediante empreitada.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2005

As intimações, em sede de processo administrativo fiscal que trate de créditos previdenciários, devem ser efetuadas conforme o prescrito no artigo 29, da Portaria RFB nº 10.875/2007.

Irresignada, a empresa apresentou Recurso Voluntário, sob exame, às fls. 869 e seguintes, cujas razões podem ser resumidas às seguintes:

- a) É inexigível o depósito prévio de 30% do débito para prosseguimento do Recurso.
- b) As notas fiscais constantes do requerimento protocolado em 29/03/2007 devem ser baixadas por pagamento, sob pena de impor ao contribuinte a realização de pagamento sobre montantes que considera indevidos, pois o pagamento realizado pela Recorrente mediante guia fornecida pelo próprio Setor de Arrecadação do INSS foi equivocadamente computado pelas autoridades fiscais responsáveis, conforme se verifica da análise do requerimento apresentado (anexo II), nos quais as Notas Fiscais indicadas não condizem com aquelas mencionadas como baixadas por pagamento na decisão proferida;

- c) Desconsiderar o pagamento realizado em função do simples equívoco na indicação do CNPJ na guia importa em valorizar excessivamente o rigorismo da forma, esquecendo-se do mais importante, que é a entrega de numerário aos cofres públicos a título de pagamento do tributo devido;
- d) Deve ser reconhecida a validade das guias 467, 469, 471, 473, 475, 477, 479, 481, 483, 485, 487 e 490, tendo em vista o recolhimento de contribuição por estas realizado, afastando-se não apenas sua cobrança como também a multa moratória sobre esta calculada;
- e) Não se configura a cessão de mão de obra, pois a Recorrente contratou os serviços da Nota Fiscal n. 08 (emitida por Adolfo Correa & Cia Ltda) sem gerenciar os serviços prestados para colocação de forro e parede em gesso acartonado, o que foi feito pela empresa contratada para tanto, o que também ocorreu em relação aos serviços técnicos de instalação de sistemas hidráulicos de combate a incêndio relacionados na Nota Fiscal n. 137, emitida pela empresa Firesul Sistemas de Prevenção de Incêndio Ltda, a exemplo de todas as demais, nas quais se nota que não houve colocação de empregados à disposição da empresa notificada, e sim mera prestação de serviço contratado.
- f) A Lei 8.212/91 não pode agregar, à cessão de mão-de-obra, o conceito de empreitada, alterando sua definição, conforme proíbe o art. 110 do CTN, tendo em vista que o conceito destes institutos jurídicos são divergentes entre si, sendo tecnicamente impossível que o primeiro venha a englobar o segundo;
- g) Os negócios existentes entre a Recorrente e as empresas Hume Premoldados de Concreto Centrifugado Ltda., B&S Engenharia Ltda, e Rompressores Locadora de Compressores e Rompedores Ltda não foram pautados pelas regras da cessão de mão-de-obra;
- h) O tipo de nota fiscal emitida, em si, não caracteriza elemento suficiente para comprovar a cessão de mão-de-obra, razão pela qual os lançamentos pertinentes a Rompressores Locadora de Compressores e Rompedores Ltda. devem ser afastados, como também a não apresentação de contratos referentes aos serviços prestados pelas empresas Guindastes Kuhnlen Ltda. e Guindastec Guindastes e Serviços Técnicos Ltda não permitem ao Fisco Federal concluir pela irregularidade nos recolhimentos efetuados;
- i) É inaplicável o art. 31, da Lei 8.212/91, para as empresas optantes pelo SIMPLES, conforme julgados do TRF da 4ª Região e do STJ.

Às fls. 943 a Recorrente requereu a desistência parcial do presente Recurso Voluntária, apenas em relação a todos os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2002.

O julgamento do Recurso Voluntário em epígrafe foi convertido em diligência, por unanimidade dos votos, para que fosse verificada a interposição simultânea, pelo contribuinte, de recurso administrativo e ação judicial sobre a mesma matéria, qual seja, a ocorrência da decadência quanto aos períodos de 04/1999 a 12/2001, ensejando o reconhecimento de desistência tácita do recurso da via administrativa.

Em cumprimento à diligência determinada, o contribuinte apresentou certidão narrativa atualizada do processo de nº 2007.72.01.001059-3, em trâmite perante a Justiça

Federal da subseção judiciária de Joinville/SC, bem como cópia da petição inicial que deu origem ao referido processo, através da qual requereu a anulação dos lançamentos efetuados através da NFLD em exame após o decurso prazo decadencial, a saber, todos os anteriores a 31/12/2001.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo o Recurso tempestivo, passo ao seu exame.

Da renúncia à matéria

Consta dos autos a interposição, pela Recorrente, de Ação Anulatória com o objetivo de ver decretada a decadência dos lançamentos constantes da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.060.605-1 referentes a fatos geradores ocorridos nos períodos de 04/1999 a 12/2001.

Verifica-se, assim, uma hipótese de renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa, a teor do disposto no art. 126, §3º, da Lei nº 8.213/91 combinado com o art. 307 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento.

(...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98).

O art. 38, parágrafo único da Lei nº 6.830/1980 traz dispositivo semelhante:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta

precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

O fundamento de tais dispositivos legais é evitar decisões conflitantes entre o órgão administrativo e o judicial. O Princípio da Tutela Jurisdicional Absoluta, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, veda que sejam afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Quem se sentir ameaçado ou violado em seus direitos pode recorrer ao judiciário e este não pode eximir-se da apreciação e solução da matéria.

Sobrepondo-se suas decisões às soluções na esfera administrativa sobre a mesma matéria, seria inócuo um julgamento por este colegiado que, após a decisão judicial, observaria o afastamento da solução proposta.

Assim, se a parte apresentou a matéria na sua defesa e recurso e, posteriormente, ingressou com ação judicial, deve ser reconhecida a renúncia ao contencioso administrativo, que deve ficar limitada, evidentemente, à matéria que lhes forem idênticas.

No caso dos autos, a Recorrente interpôs Ação Anulatória com o objetivo de ver decretada a decadência dos lançamentos constantes da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.060.605-1 referentes a fatos geradores ocorridos nos períodos de 04/1999 a 12/2001, não devendo esta matéria ser apreciada neste Recurso Voluntário.

No que diz respeito aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2002, houve pedido de desistência do processo administrativo em exame, conforme se verifica às fls. 943 dos autos, motivo pelo qual se observa a renúncia total ao presente Recurso Voluntário.

Da Conclusão

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do Recurso Voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2013

Leonardo Henrique Pires Lopes

Processo nº 10920.002862/2007-23
Acórdão n.º **2302-002.704**

S2-C3T2
Fl. 8

CÓPIA