



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

Processo nº 10920.002862/2007-23
Recurso nº 999999
Resolução nº **2301-000.140 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 28 de julho de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente PERVILLE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA.

Uma vez que a interposição simultânea, pelo contribuinte, de recurso administrativo e de ação judicial sobre a mesma matéria implica o reconhecimento da desistência tácita do primeiro, deve ser determinado ao contribuinte que junte a petição inicial da ação judicial e documento comprobatório da situação atual do processo para análise da identidade de matérias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do(a) Redator(a) Designado. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou dar provimento parcial, a fim de reconhecer a decadência pelo I, Art., 173 do CTN. Redator designado: Leonardo Henrique Pires Lopes.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Leonardo Henrique Pires Lopes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Ausência momentânea: Wilson Antonio De Souza Correa

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 28/06/2012 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 28/06/2012 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 03/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA A, Assinado digitalmente em 03/07/2012 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS
Impresso em 10/07/2012 por ATANAGILDO BARBOSA DE OLIVEIRA - VERSO EM BRANCO

RELATÓRIO

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente a contribuições devidas à Seguridade Social, relativo à retenção de 11% incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviços.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 217), a notificada foi contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra e/ou empreitada na construção civil, e deixou de reter e recolher, em época própria, as contribuições incidentes sobre o valor bruto dos serviços, em desacordo com o que estabelece o art. 31 da Lei 8.212/91.

A autoridade notificante informa que a empresa deixou de apresentar toda a documentação solicitada por meio de TIAD, e que, em alguns casos analisados, efetuou o destaque nas notas fiscais, mas não recolheu a totalidade da contribuição retida.

Discorre sobre as empresas prestadoras e a natureza dos serviços prestados, expondo os motivos pelos quais entende que se aplica, no caso, o instituto da retenção dos 11%, e anexa planilhas que discriminam as empresas contratadas, as notas fiscais, valores, datas de emissão, entre outras informações.

A recorrente apresentou defesa informando que procedeu ao recolhimento de parte do débito e anexando decisão judicial no sentido de que se suspenda a exigibilidade do crédito, cujos fatos geradores ocorreram em período anterior aos cinco anos que antecedem a data da notificação, e determinando que o INSS promova o desmembramento dos valores impugnados.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 07-10.948, da 5ª Turma da DRJ/FNS, (fls. 856), julgou o lançamento procedente em parte, excluindo, do débito, o que se segue:

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 Supei Geies Ltda.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 869), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, insurge-se contra a exigência do depósito prévio.

No mérito, defende a reforma da decisão recorrida para que restem baixadas, por pagamento, as Notas Fiscais mencionadas em requerimento protocolado dia, 29/03/2007, 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.

Entende que 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.

Pugna-se pelo reconhecimento da validade das guias 467, 469, 471, 473, 475, 477, 479, 481, 483, 485, 487 e 490, presentes às fls. 465 dos autos, tendo em vista o recolhimento de contribuição por estas realizado, afastando-se não apenas sua cobrança como também a multa moratória sobre esta calculada.

Reafirma que a empresa 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, pela não colocação de empregados à disposição da empresa notificada, e sim mera prestação de serviço contratado, não se configura presente a cessão de mão-de-obra.

Transcreve o art. 110, do CTN e tece considerações sobre as diferenças existentes entre cessão de mão de obra e empreitada, para afirmar que a Lei 8.212/91 não pode agregar, à cessão de mão-de-obra, o conceito de empreitada, alterando sua definição, tendo em vista que o conceito destes institutos jurídicos são divergentes entre si, sendo tecnicamente impossível que o primeiro venha a englobar o segundo

Reitera que os negócios existentes entre a Recorrente e as empresas Hume Premoldados de Concreto Centrifugado Ltda., B&S Engenharia Ltda, e Rompresores

Locadora de Compressores e Rompedores Ltda não foram pautados pelas regras da cessão de mão-de-obra.

Assevera que o tipo da Nota Fiscal em si não caracteriza elemento suficiente para comprovar a cessão de mão-de-obra, razão pela qual os lançamentos pertinentes a esta empresa devem ser afastados, como também a não apresentação de contratos referentes aos serviços prestados pelas empresas Guindastes Kuhnen Ltda. e Guindastec Guindastes e Serviços Técnicos Ltda não permitem ao Fisco Federal concluir pela irregularidade nos recolhimentos efetuados.

Defende a inaplicabilidade do art. 31, da Lei 8.212/91, para as empresas optantes do SIMPLES, fazendo uma análise de leis e doutrina pertinentes ao tema e trazendo julgados do TRF da 4ª Região e do STJ para tentar demonstrar que, sendo a Recorrente tomadora de serviços junto a empresas optantes pelo SIMPLES, tem-se como necessário o afastamento da obrigatoriedade de retenção argumentada no lançamento em tela frente às optantes por este sistema, independente da data da emissão das Notas Fiscais analisadas na NFLD.

E o relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

O recurso é tempestivo e todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice para seu conhecimento.

Preliminarmente, a recorrente alega inexigibilidade do depósito prévio.

Com efeito, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 390.513 e 389383, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8213/91, cujos acórdãos possuem a seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.”

A situação acima aplica-se ao caso concreto e o efeito *erga omnes* somente se daria após a publicação de Resolução do Senado Federal conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Ocorre que o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, prevê, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, o seguinte:

Art. 62. *Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Portanto, com amparo no dispositivo acima, acato a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.

Em relação à decadência, verifica-se que a recorrente ingressou com ação judicial ordinária contra o INSS cujo objeto é o reconhecimento da decadência do crédito, cujos fatos geradores ocorreram em período anterior aos cinco anos que antecedem a data da notificação, mencionando que os créditos tributários anteriores à data de 31/12/2001 tiveram sua exigibilidade suspensa.

É fato que as instâncias administrativas não podem analisar matéria objeto de ação judicial, pois o que for decidido no âmbito do Judiciário deverá prevalecer sobre as decisões do CARF, uma vez que as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas e, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não poderia ser analisada na esfera administrativa, pois o que vai valer é o que for decidido na ação judicial proposta.

No entanto, no caso da decadência, já houve uma decisão judicial definitiva, já que o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8.212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 *“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”*

Cumprе ressaltar que o art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *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.*

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Assim, não há como ignorar a decisão do STF no presente processo administrativo fiscal e, sendo a decadência matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Entretanto, o caso em tela se trata de valores relativo a retenção não realizada, tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, para o qual não houve adiantamento do tributo, caso em que se aplica o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

***Art. 173** - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Verifica-se, da análise dos autos, que a ciência da NFLD pelo contribuinte se deu em 14/02/2007, conforme folha 01, do processo, e o débito se refere às competências compreendidas no período de 04/1999 a 12/2005.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências compreendidas entre 04/1999 a 12/2001.

É oportuno registrar que, em que pese esta Conselheira entender que para a competência 12/2001, o crédito tributário poderia ter sido lançado em 01/2002, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos temos do dispositivo legal citado acima (art. 173, I, CTN), deixo de aplicá-lo tendo em vista o disposto no art. 62-A, do Regimento deste CARF, que obriga a todos os Conselheiros reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STJ, julgados na sistemática do art. 543-C..

Portanto, reconheço a decadência de parte do débito.

No mérito, a recorrente alega que 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.

Contudo, verifica-se que o Acórdão recorrido não merece reforma.

Os valores constantes do requerimento apresentado pelo contribuinte (anexo II, fls. 895/896), são exatamente os mesmos referidos na decisão combatida, às fls. 858.

Ou seja, o julgador de primeira instância deixou claro que a empresa pagou, após a lavratura da NFLD, as retenções devidas relativas às notas fiscais ali relacionadas, o que foi confirmado pelo sistema de cobrança da DATAPREV.

Assim, não houve equívoco nenhum no entendimento do relator da decisão recorrida, que deixou devidamente registrado que aquele julgamento achava-se restrito à parte contestada, tendo sido liquidada a parcela incontroversa, mediante pagamento.

Cumpra esclarecer que o valor de R\$ 25.989,68, recolhido pela notificada para a competência 03/2007, não foi excluído do débito pelo Relator do Acórdão recorrido, pois trata-se de pagamento realizado após a lavratura da NFLD e o encerramento da ação fiscal, devendo, portanto, ser convertido em pagamento parcial do presente lançamento somente após o trâmite administrativo fiscal.

Os valores excluídos do débito, conforme o DADR, se referem à guias recolhidas pela recorrente anteriormente à lavratura da NFLD e que, por algum equívoco, não foram utilizados pela fiscalização na apuração do débito.

A notificada entende que 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 e pugna pelo reconhecimento da validade das guias 467, 469, 471, 473, 475, 477, 479, 481, 483, 485, 487 e 490, presentes às fls. 465 dos autos, tendo em vista o recolhimento de contribuição por estas realizado, afastando-se não apenas sua cobrança como também a multa moratória sobre ela calculada.

Todavia, conforme se verifica dos autos, as referidas guias foram recolhidas no CNPJ nº85.355.600/0001-25, e não no CNPJ da F.T. Serviços Ltda (CNPJ nº85.364.990.0001/08).

Portanto, não há como apropriar um valor recolhido em um CNPJ para outra empresa, mesmo porque, conforme estabelecido nos normativos legais que tratam da retenção, a prestadora de serviços em nome da qual os valores retidos foram recolhidos poderá compensar a quantia relativa à retenção prevista no art. 31, da Lei 8.212/91.

A IN 03/2005 estabelece que:

Art. 203. A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, conforme previsto nos arts. 140 e 172, poderá compensar o valor retido quando do recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

(...)

§ 1º Se a retenção não tiver sido destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a empresa contratada poderá efetuar a compensação do valor retido, desde que a contratante tenha efetuado o recolhimento desse valor.

(...)

§ 6º A compensação do valor retido deverá ser feita no documento de arrecadação do estabelecimento da empresa que sofreu a retenção, sendo vedada a compensação em documento de arrecadação referente a outro estabelecimento.

O Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, que dispõe:

Art. 219 (...)

§ 4º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

Portanto, a prestadora dos serviços que sofreu a retenção poderá efetuar a compensação, sendo vedada a compensação referente a outro estabelecimento.

Assim, a fiscalização não poderia aproveitar guias recolhidas em um CNPJ para abater débito de outra empresa, com CNPJ distinto, como quer a recorrente, por absoluta falta de amparo legal.

A recorrente alega que, para alguns dos serviços contratados, não houve gerenciamento dos serviços prestados, como é o caso de colocação de forro e parede em gesso acartonado, de instalação de sistemas hidráulicos de combate a incêndio, a exemplo de todas as demais em que não houve colocação de empregados à disposição da empresa notificada, e sim mera prestação de serviço contratado, não se configura presente a cessão de mão-de-obra.

Transcreve o art. 110, do CTN e tece considerações sobre as diferenças existentes entre cessão de mão de obra e empreitada, para afirmar que a Lei 8.212/91 não pode agregar, à cessão de mão-de-obra, o conceito de empreitada, alterando sua definição, tendo em vista que o conceito destes institutos jurídicos são divergentes entre si, sendo tecnicamente impossível que o primeiro venha a englobar o segundo

Porém, nem a Lei e nem o Decreto pretenderam alterar definições ou conceitos de cessão de mão de obra, conforme entendeu de forma equivocada a recorrente, mas apenas estabeleceram que tanto os serviços com cessão de mão de obra, como o de empreitada, estarão sujeitos à retenção de que trata o art. 31, da Lei 8.212/91.

O referido dispositivo legal, estabelece que:

Art. 31 A empresa contratante de serviços executados 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 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, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

(...)

§3 Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, **quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.** (Parágrafo renumerado e alterado pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

§ 4º **Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:** (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (grifei)

Portanto, a empreitada de mão de obra também está sujeita à retenção, por determinação legal.

E o Decreto 3.048/99, cumprindo o seu papel regulamentador, dispõe, em seu art. 219 que:

Art.219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, 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, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Nova redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003)

§ 1º (...)

§ 2º **Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:**

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

IV - serviços rurais;

(...)

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.(grifei).

Dessa forma, os serviços de construção civil, como é o caso de colocação de forro e parede em gesso e de instalação de sistemas hidráulicos de combate a incêndio, mesmo quando contratados por empreitada, estão sujeitos ao instituto da retenção, por expressa determinação legal.

A notificada argumenta, ainda, que o tipo da Nota Fiscal em si não caracteriza elemento suficiente para comprovar a cessão de mão-de-obra.

Entretanto, cumpre ressaltar que, conforme consta, a recorrente não apresentou os documentos solicitados pela fiscalização, necessários à comprovação da forma e natureza da prestação do serviço (se houve ou não cessão de mão-de-obra).

Assim procedendo, a recorrente impossibilitou ao fiscal a demonstração da existência da cessão de mão-de-obra, invertendo o ônus da prova.

Portanto, no caso da não apresentação de documentos, entendo que cabe à recorrente, e não à fiscalização, comprovar a inexistência da cessão de mão-de-obra.

Com relação ao entendimento de que o art. 31 da Lei 8.212/91 é inaplicável para as empresas optantes do SIMPLES, é oportuno esclarecer que os normativos emanados da Previdência Social, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, estabeleciam que as empresas optantes pelo SIMPLES que prestassem serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, estariam sujeitas à retenção, exceto no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

Cumpre destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais.

Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: “o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço e a falta da retenção ou do recolhimento dos valores retidos, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991:

Art. 33.

(...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do valor do débito, por decadência, os valores lançados nas competências compreendidas entre 04/1999 a 12/2001, inclusive.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Redator

Peço *venia* a ilustre Relatora para discordar quanto à possibilidade de reconhecimento, neste momento, da decadência dos créditos tributários objeto do lançamento em questão.

Isto porque a exigência de uma ação judicial que tem por objeto a análise de tal questão e como fulcro o reconhecimento da decadência dos mesmos períodos impede que este órgão administrativo aprecie a matéria de forma contrária ao que será decidido judicialmente.

Por outro lado, sabe-se que a concomitância de ação judicial com recurso do contribuinte pode ocasionar a desistência implícita deste, quando se verificar a identidade de matérias, já que não é possível a prolação de decisão administrativa em contrariedade ao entendimento judicial.

Deste modo, torna-se necessária a análise da petição inicial da ação judicial e a posição atual do processo, para que se verifique se existe identidade entre as ações propostas, bem como se houve julgamento pelo Poder Judiciário sobre a matéria.

Ante o exposto, determino que seja intimado o contribuinte para que:

I) Junte cópia da petição inicial da ação judicial em que se postula o reconhecimento da decadência de créditos tributários ocorridos antes dos cinco anos que antecedem a data da notificação;

II) Junte documento que comprove a posição atual do processo.

Em seguida, retornem os autos a este Conselho de Recursos Fiscais.

Por todo o exposto, conheço do recurso e determino a conversão do julgamento em diligência para determinar que a fiscalização cumpra o acima narrado.