



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

Processo n° 10945.007208/2007-28
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2401-003.298 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de novembro de 2013
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAIPULANDIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

EMBARGOS - CONTRADIÇÃO - PROPOSITURA PELA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL.

Existindo omissão no acórdão face a não apreciação do recurso de ofício, a questão deve ser apreciada sanando a falta apontada.

PERÍODO ATINGINDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n° 8, senão vejamos: “**Súmula Vinculante n° 8**“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5° 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””.

Tratando-se de diferença de contribuições correto o posicionamento adotado pelo julgador que aplicou a decadência a luz do art. 150, §4° do CTN.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para suprir a omissão apontada, para negar provimento ao recurso de ofício, mantendo inalterado o julgamento do recurso voluntário. Ausente justificadamente a conselheira Carolina Wanderley Landim e momentaneamente a conselheira Luciana Campos de Carvalho, convocada para substituir a primeira nesta sessão de julgamento.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Considerando a propositura de embargos com fulcro no art. 65 do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, a Fazenda Nacional, opõe, tempestivamente, Embargos de Declaração contra o acórdão 2401-01.820 de 12 de maio de 2011.

Trata-se de embargos opostos pela ilustre procuradora por entender que o acórdão padece de omissão tendo em vista a não apreciação de recurso de ofício, mas tão somente do recurso voluntário.

Esta Turma deu parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte, nos seguintes termos:

"ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, excluir do lançamento, por vício material todos os levantamentos, exceto em relação as diferenças de retenção sobre a coleta de lixo. Vencida Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que votou por excluir os mesmos levantamentos por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo."

Ante a leitura do dispositivo do julgado, bem como de seu inteiro teor, verifica-se que somente foi apreciado o recurso voluntário interposto pelo contribuinte em face da decisão de 1 instância. Ocorre que, em face da exoneração de parte do crédito tributário, houve interposição de recurso de ofício pela DRJ, conforme se lê no seguinte trecho da decisão de fls. 663/674:

"Submeta-se it apreciação do Segundo Conselho de Contribuintes, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e art. 366 do regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, por se tratar de decisão sujeita a recurso de ofício, nos termos do § 2º do artigo 366 do RPS c/c inciso II do art. 1º da Portaria MPS nº 158.

A exoneração do crédito procedida por este acórdão só será definitiva após o julgamento do recurso de ofício em segunda instância."

Como não se manifestou sobre o recurso de ofício interposto, o julgado embargado incorre em relevante omissão, que merece ser sanada por meio desta via recursal.

Ante o exposto, requer a União (Fazenda Nacional) que sejam conhecidos e providos os presentes embargos de declaração, para suprir o vício apontado.

Contudo para adentrar aos pontos que entende a relatora geraram o acatamento dos presente embargos, transcrevo abaixo o relatório do acordão que não sofreu qualquer alteração.

A presente NFLD, lavrada sob o n. 37.101.772-6, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela de 11% sobre as notas fiscais, a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante cessão de mão de obra ou empreitada, inclusive na construção civil. O lançamento compreende competências entre o período de 02/1999 a 12/2006.

Segundo o relatório fiscal, fls. 606 a 608, no decorrer do procedimento fiscal foram apuradas situações em que as retenções de 11% foram feitas a menor, incidindo sobre uma base de cálculo reduzida, em desacordo com as normas do INSS. Em síntese, descreve a autoridade fiscal que as Notas Fiscais de Prestação de Serviços contendo exclusivamente valores de serviços, cuja retenção de 11% foi destacada e recolhida sobre uma base de cálculo inferior, bem como observou Notas Fiscais de Prestação de Serviços sem o destaque e/ou retenção de 11%.

Ao quitar as notas fiscais/faturas apresentadas, o Município deixou de efetuar a retenção de 11% ou efetuou-a sobre uma base de cálculo indevidamente reduzida, razão pela qual estão sendo lançadas as diferenças apuradas. As empresas contratadas deduziram valores referentes a materiais e equipamentos em desacordo com o disposto na legislação (art. 150 e 151 da IN MPS/SRP no. 03, de 14/07/2005, e alterações).

As empresas prestadoras de serviços de coleta de lixo doméstico, são sujeitas ao adicional de 2% ($11\% + 2\% = 13\%$) na retenção em decorrência dos riscos ambientais do trabalho (aposentadoria especial aos 25 anos). Nas retenções efetuadas pelo Município, esses acréscimos não foram aplicados.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 19/12/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 26/12/2007.

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 100 a 112.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência parcial do lançamento, fls.126 a 137, excluindo as competências anteriores até 11/2001, face a aplicação da decadência quinquenal a luz do art. 173, I do CTN.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 159 a , alegando em síntese:

Preliminarmente, que as contribuições anteriores a 12/2002, encontram-se fulminadas pela decadência.

No mérito, argumenta.que não há dúvidas de que a contribuição previdenciária que prevê a retenção de 11 % sobre o valor das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços é constitucional, vez que já restou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o rol constante do §4", do art. 31 da Lei 8.212/91, não é taxativo, tratando-se de relação exemplificativa, o que vale dizer que outras atividades poderão ser abrangidas pela retenção, constituindo-se o contratante em substituto tributário da exação determinada pela lei, contanto que inserida dentro de uma mesma moldura pré-ordenada e limitadora constante do parágrafo 3", do art.31, da mesma Lei.

- Por outro lado, argumenta que, quando o art. 31, § 4", da Lei 8.212/91, com conteúdo exemplificativo, diz que "além de outros estabelecidos em Regulamento" resulta na interpretação de que a enumeração de casos constantes dos incisos I a IV estão sujeitos a inclusões de outros, por meio de regulamento. No entanto, tais inclusões devem se encaixar, ou se enquadrar, perfeitamente às características encontradas no texto da própria lei, sob pena de confrontar o princípio da legalidade tributária, não

sendo cabível que veículos normativos infralegais determinem os sujeitos passivos, nem nas hipóteses das obrigações tributárias, conforme determina o art. 99 do CTN.

Oportuno esclarecer que cessão de mão de obra, por empresa contratada, implica em disponibilização de recursos humanos para a Contratante executar sob sua orientação, os serviços pactuados. Na cessão de mão de obra, para efeitos do § 3º da Lei nº 8.212/91 terá que haver subordinação dos empregados da Contratada às determinações da Contratante e os serviços se realizarem de forma contínua.

Também há que se ponderar que Decreto Regulamentador e/ou Instrução Normativa não podem desbordar da lei. não é cabível que veículos normativos infralegais determinem os sujeitos passivos, nem as hipóteses das obrigações tributárias, conforme determina o Art. 99, do CTN.

Com efeito, não há a menor possibilidade de o detentor da chefia do Poder Executivo emitir decreto inovando, criando obrigações ou extinguindo direitos, menos ainda a Secretaria da Receita Previdenciária, signatária da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, criando pré-condição para i) exercício regular do direito;

Os serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, exercidos pelos próprios profissionais, com ou sem concursos de empregados colocados à disposição da Contratante, não se aplica o instituto da retenção, Pois decorrem de conhecimentos técnicos cuja responsabilidade pela execução não pode ser transferida para terceiros, contratantes; empregados ou não;

Que o rol de empresas que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária de que trata o art. 31 da Lei 8.212/91, por não conter seu objeto, nem as notas fiscais/faturas emitidas, relação com a execução de serviços mediante cessão de mão-de-obra, é significativo:

No presente caso, existindo inequívocos conflitos entre a pretensão fiscal e os interesses do Município Recorrente, consubstanciado na aplicação **INDEVIDA** de exação fiscal relativa a retenção de 11% sobre o SERVIÇOS PRESTADOS PESSOALMENTE POR PROFISSIONAIS DE ATIVIDADES REGULADAS POR LEI, entre outros, a **produção de prova pericial se torna imprescindível** para que haja decisão justa compatível com a lei regente da material.

Indevida retenção na contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.

Por sua vez a execução de obras ou serviços de engenharia implica na identificação do quantitativo de material empregado na execução. Existem casos de execução através de maquinários, variando o percentual de mão de obra, caso a caso, que quando o percentual relativo a mão-de-obra, identificado no contrato, constituem cláusula pética, não ficando ao livre arbítrio do agente público quantificar subjetivamente.

O entendimento de que uma retenção sobre determinada Nota Fiscal/Fatura, foi efetuada a menor, sem parâmetro técnico plausível e consistente, nada mais é do que arbitramento inconseqüente, inaceitável.

O processo foi encaminhado a este Conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Os pressupostos já foram devidamente apreciados quando do julgamento realizado, ora objeto de embargos.

DA ANÁLISE DOS EMBARGOS

Da análise dos elementos expostos, entendo que razão assiste ao embargante, tendo em vista que no acórdão prolatado vislumbra-se omissão apontadas.

Realmente, o julgamento de primeira instância determinou a procedência parcial do crédito, exonerando parte do crédito apurado, razão pela qual, deveria ter o recurso de ofício sido apreciado por parte dessa turma, assim, como o fez em relação ao recurso de voluntário.

Verificada a omissão passemos a análise do recurso de ofício:

Submeta-se à apreciação do Segundo Conselho de Contribuintes, de acordo com o art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e art. 366 do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, por se tratar de decisão sujeita a recurso de ofício, nos termos do § 2º do artigo 366 do RPS c/c inciso II do art. 1º da Portaria MPS nº 158.

A exoneração que ensejou o referido recurso, foi consubstanciada na aplicação da decadência quinquenal, conforme se extrai do trecho do acórdão:

No caso sob exame, considerando que se trata de diferenças apuradas em razão de retenção inferior a 11%, ou seja: o contratante efetuou a retenção sobre uma base de cálculo indevidamente reduzida, e que o crédito previdenciário foi constituído com a ciência do contribuinte em 26/12/2007, a competência mais remota para a qual poderia haver lançamento é 12/2002.

• Desse modo, considerando o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contados do fato gerador, consoante estabelecido no §4º do art. 150 do CTN, impõe-se a retificação do presente lançamento para excluir as competências de 02/1999 a 11/2002.

DA DECADÊNCIA

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido, à decisão do STF utilizada pela autoridade julgadora para afastar os fatos geradores da base de cálculo. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, razão assiste ao contribuinte nos termos abaixo expostos.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 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".

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"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."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de

antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias. Em se tratando de diferença de contribuições, correto o posicionamento do julgador que aplicou o art. 150, § 4º do CTN, não havendo reparo a ser feito no acórdão proferido.

CONCLUSÃO

Voto por acolher os embargos de declaração para suprir a omissão apontada, para negar provimento ao recurso de ofício, mantendo inalterado o julgamento do recurso voluntário.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.