



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

Processo nº 10980.008548/2007-40
Recurso nº 154.323 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.358 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente INHUMAS COMERCIO DE IMOVEIS
Recorrida DRJ-CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF. PRAZO DE 05 (CINCO) ANOS. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN. É de 05 (cinco) anos o prazo decadencial para o Fisco efetuar o lançamento das contribuições previdenciárias.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO 11%

A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, para, nas preliminares, não acolher a decadência, com fundamento no artigo 173, I do CTN, conforme o voto do relator. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Marcelo Freitas de Souza Costa, que votaram em aplicar o § 4º, Art. 150 do CTN. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

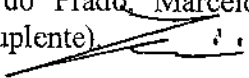


MARCELO OLIVEIRA - Presidente



LOURENÇO FERREIRA DO PRADO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado em NFLD contra a empresa acima identificada, referente à obrigação da empresa, como contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra, de reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviço.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 25 a 26), a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto a empresas, sem, contudo, efetuar a retenção de 11% do valor bruto das notas/faturas emitidas pela contratada, contrariando os normativos legais que regem a matéria.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 46 a 60, aduzindo:

1. *em preliminar a decadência;*
2. *no mérito que os serviços prestados não caracterizam cessão de mão-de-obra posto que a empresa forneceu o material e foi responsável pela colocação do mesmo;*
3. *que a notificação é insubsistente pois foi lavrada contra a tomadora dos serviços sem que houvesse a fiscalização na prestadora dos serviços;*
4. *que não incide retenção sobre empresas optantes do SIMPLES.*

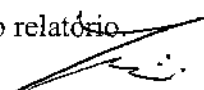
A DRJ de Curitiba, pelo acórdão de fls.72/80 considerando as alegações deu procedência parcial à impugnação e determinou a retificação do crédito previdenciário, excluindo as parcelas relativas ao período no qual a empresa que realizou a empreitada era optante do SIMPLES.

Desta decisão recorre a empresa (fl. 83/99) alegando:

1. *preliminarmente a decadência;*
2. *~~no mérito que as atividades desempenhadas pelas prestadoras dos serviços passam longe dos elementos qualificadores da cessão de mão-de-obra;~~*
3. *que não houve fiscalização junto ao tomador do serviço;*
4. *que é incabível a retenção de 11% quando os serviços são prestados por empresas optantes do SIMPLES, em todos os períodos.*

Às fls. 100/102 foram juntadas cópia da liminar em Mandado de Segurança determinando o prosseguimento do recurso independentemente do depósito recursal.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

Atendidos os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso.

Preliminarmente passo à análise da alegação de decadência.

A fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, 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. 8212/91,.

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. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda 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. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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; (g.n.)"

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"

Verifica-se que, no caso em comento, a empresa não efetuou o recolhimento da retenção por entender que não se trata de cessão de mão de obra nos serviços a ela prestados pelas contratadas.

Assim, trata-se de lançamento de ofício onde não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, 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.

Tratam os autos das competências compreendidas entre 01/2001 a 12/2004 e a cientificação do sujeito passivo se deu em 03/05/2007, conforme AR de fl. 37. Entendo que deve ser declarada decadência relativamente às competências anteriores a 12/2001.

No mérito, a recorrente tenta descaracterizar a cessão de mão de obra conceito no qual se enquadram perfeitamente os serviços prestados pelas empresas contratadas, conforme descrição constantes das notas juntadas aos autos pela fiscalização.

E no presente caso entendo despicienda a caracterização da cessão de mão-de-obra, pois a mesma decorre diretamente de preceito legal. Assim, diante da colocação de trabalhadores à disposição da contratante resta configurada a cessão de mão-de-obra, e conseqüentemente a aplicação do instituto da solidariedade prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212.

A notificada poderia se elidir, afastar a solidariedade nos termos do art. 46 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 612/1991 ou art. 43 do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 2.173/1997, ou art. 220, § 3º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, conforme a época de ocorrência do fato gerador, mas não o fez. Assim, por tudo que consta dos autos, entendo que restou caracterizada a situação prevista no art. 31, da Lei 8.212/91, bem como a obrigatoriedade de a recorrente efetuar a retenção de que trata o referido dispositivo legal.

MANTENHO

A notificada entende que não poderiam ser exigidas as contribuições previdenciárias do tomador de serviços sem que houvesse fiscalização junto ao prestador, já que o contratante não possui poder de ingerência sobre os documentos elaborados por terceiros

No entanto, tal entendimento trazido pela recorrente está desprovido de amparo legal. A Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção. O seu art. 31 assim dispõe:

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 devida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5.º do art. 33.

A retenção é uma obrigação principal legal imposta à empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra. Portanto, a recorrente descumpriu obrigação a ela dirigida, não podendo se falar em fiscalização na prestadora.

Portanto, após o advento da retenção não há mais que se falar em responsabilidade solidária do tomador para com o contratante de serviços mediante cessão de

mão-de-obra, pois aquele passa a ter como obrigação reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal de serviços.

Assim, a tomadora está obrigada a tal procedimento, independente do fato de a prestadora ter efetuado ou não o recolhimento das contribuições. **MANTENHO.**

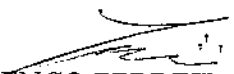
E por derradeiro a empresa alega ser indevida a retenção de 11% quando a prestadora de serviços é optante do SIMPLES. Parcial razão assiste à recorrente.

Com efeito, no acórdão da DRJ de Curitiba (fls 72/80) há um pedido de retificação aonde se considera o período no qual a prestadora encontrava-se como optante do SIMPLES, excluindo do crédito previdenciário. Entretanto, na ocasião não restou considerado o disposto no artigo 142 da IN 03/2005 da SRP que veda a retenção no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002 (vide fls.79). Assim determino a exclusão das competências erroneamente incluídas, declarando que restam apenas as competências de 09/2002 a 11/2002.

Com estas considerações, voto no sentido de **CONHECER** do recurso rejeitar a preliminar de decadência e no mérito **NEGAR PROVIMENTO.**

É como voto.

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2009


LOURENÇO FERREIRA DO PRADO – Relator