



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

Processo nº 11516.004271/2007-25
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.856 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria OBRIGAÇÃO PRINCIPAL
Recorrente FUND CAT EDUCACAO ESPECIAL FCEE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2000 a 30/11/2006

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE
REGULARIDADE DO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.**

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE
LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 -
PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL -
APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN.**

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “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”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 02/1999 a 08/2006, a ciência da NFLD ocorreu em 03.10.2007, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 09/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas preliminares, por unanimidade de votos, em reconhecer a decadência até a competência 09/2002, inclusive, com base no art.150, § 4º do CTN. No mérito por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso afastando a tributação do levantamento VER-DEBITO RETENÇÃO S NFS.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva (suplente). Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 76 a 86, interposto pela Recorrente – FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL - FCEE, contra Acórdão nº 07-12.146 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 69 a 73, que julgou procedente em parte a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.001.220-8, fl. 01, no valor consolidado de R\$ 12.477,71 (doze mil, quatrocentos e setenta e sete reais e setenta e um centavos), retificado para R\$ 12.342,92 (doze mil, trezentos e quarenta e dois reais e noventa e dois centavos).

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à onze por cento (11%) do valor bruto dos serviços contidos em notas fiscais de prestação de serviços, não recolhidos pela contratante - FCEE, quando da emissão das respectivas notas fiscais., no período 02/2000 a 11/2006.

O Relatório Fiscal, às fls. 36 a 40, destaca que em ação fiscal realizada no contribuinte, verificou-se que constituem fatos geradores das contribuições lançadas, o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais de prestação de serviços pelas empresas identificadas As fls. 36/37, sem destaque das retenções, cujos valores deixaram de ser recolhidos pela notificada, contratante dos serviços.

Ainda, o Relatório Fiscal, às fls. 36 a 40, mostra que os levantamentos foram discriminados por empresa prestadora, sob os códigos: ANA, JBC, REF, VER, BEL, MCR, MED, OTO, as quais prestaram seus serviços mediante cessão de mão-de-obra; e APR, COR, DED, PRU, SED e SIG, cujos serviços foram contratados na modalidade de empreitada de mão-de-obra.

A ciência da NFLD ocorreu em 03.10.2007, conforme Aviso de Recebimento – AR nº SE461589839BR, às fls. 48.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo do Débito, às fls. 17, é de 02/2000 a 11/2006.

A Recorrente apresentou Impugnação, às fls. 49 a 59, com Anexos às fls. 60.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, nos termos do **Acórdão nº 07-12.146 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 69 a 73, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2000 a 30/10/2006

NFLD nº. 37.001.220-8 de 17/09/2007.

DECADÊNCIA.

O prazo para Seguridade Social apurar e constituir seus créditos é de dez anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte Aquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

CONTRIBUIÇÕES SOBRE AS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO. OMISSÃO DE RETENÇÕES.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada 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.

RETENÇÕES. SERVIÇOS DE MONTAGEM.

A prestação de serviços de montagem, assim entendido o serviço que envolva a reunião sistemática, conforme disposição predeterminada em processo industrial ou artesanal, das peças de um dispositivo, de um mecanismo ou de qualquer objeto, de modo que possa funcionar ou atingir o fim a que se destina, apenas se sujeita ao instituto da retenção se os serviços forem prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Lançamento Procedente em Parte

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte o lançamento, mantendo o crédito lançado no valor de R\$ 12.342,92 (doze mil, trezentos e quarenta e dois reais e noventa e dois centavos), conforme o Discriminativo do Débito Analítico Retificado (DADR), As fls. 63/68.

Encaminhe-se para a DRF — Florianópolis/SC

Intime-se para ciência da empresa em epígrafe, para pagamento dos créditos lançados no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, em igual prazo.

Sala de Sessões, em 29/02/2008.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 76 a 86, onde alega em apertada síntese:

Em sede Preliminar.

(i) Da regularidade do lançamento.

(ii) Inconstitucionalidades.

Documento assinado digitalmente por Paulo Mauricio Pinheiro Monte, em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

(iii) Decadência.

No Mérito.

(iv) Do não cabimento do recolhimento de 11% sobre os serviços prestados à Recorrente.

A Recorrente traz posicionamento no sentido de que a cessão de mão-de-obra eventual, esporádica, de caráter de urgência e sem subordinação está isenta de contribuição ao INSS, sendo que apenas os serviços contínuos sofrem a incidência de retenção sobre o valor bruto da nota fiscal emitida. Traz, ainda, A fl. 56, o seu entendimento sobre o conceito de cessão de mão-de-obra: "trabalhadores que realizem serviços contínuos (são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante), que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade-fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores." Portanto, inexistiu cessão de mão-de-obra para todos os serviços apontados, não sendo aplicável a exigência.

(v) Da relevação da multa.

Argumenta que a ocorrência em questão está afeta às atribuições da Secretaria de Estado da Administração, restando demonstrada a correção da falta; que preenche as condições fixadas no Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048/99, para a relevação da multa.

(vi) Do pedido de perícia.

fls. 88.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 88.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(i) Da regularidade do lançamento***

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a de segurados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada NFLD nº 37.001.220-8 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.001.220-8)

Lei nº 8.212/91 - Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

f. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

h. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal

i. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

l. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a NFLD nº 37.001.220-8, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(ii) Inconstitucionalidades.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e

19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(iii) Decadência.

Analisemos.

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender 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 nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

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.)."

Portanto, 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, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa 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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva 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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, 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. (g.n.)”

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:

“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 graduaçãoção.

§ 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. (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa: 1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa: 4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN..**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, verifica-se que **há a presença de recolhimentos antecipados a homologar pela Auditoria-Fiscal para as competências 02/1997 a 01/2007, apresentados no processo correlato nº 11516.004270/2007-81, em seu Relatório de Documentos Apresentados – RDA, às fls. 43 a 57.**

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela Recorrente, às fls. 48, se deu em 03.10.2007 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 02/2000 a 11/2006.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 09/2002, inclusive.

No Mérito.

(iv) Do não cabimento do recolhimento de 11% sobre os serviços prestados à Recorrente.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036.

A Recorrente traz posicionamento no sentido de que a cessão de mão-de-obra eventual, esporádica, de caráter de urgência e sem subordinação está isenta de contribuição ao INSS, sendo que apenas os serviços contínuos sofrem a incidência de retenção sobre o valor bruto da nota fiscal emitida. Traz, ainda, A fl. 56, o seu entendimento sobre o conceito de cessão de mão-de-obra: "trabalhadores que realizem serviços contínuos (são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante), que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade-fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores." Portanto, inexistiu cessão de mão-de-obra para todos os serviços apontados, não sendo aplicável a exigência.

Analisemos.

Em apertada síntese, a Recorrente argumenta que a jurisprudência colacionada enfatiza claramente o que venha ser cessão de mão de obra, ou seja, colocação à disposição da empresa contratante em suas dependências ou nas de terceiros de trabalhadores que realizem serviços contínuos (são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores), relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de Trabalho Temporário.

Neste mesmo diapasão, a Recorrente, às fls. 81, aduz que se pode verificar que os serviços prestados à FCEE, segundo a tabela de fls. 24 da NFLD, tratar-se de atividades esporádicas, eventuais, de caráter de urgência, sem qualquer subordinação, podendo citar algumas: a) aulas de psicoballet; b) serviço de construção civil; c) serviço de reboco em salas de aula; d) dedetização / limpeza caixa de água; e) serviço de pedreiro; etc.

Outrossim, conforme o Relatório Fiscal, às fls. 36 a 40, a Auditoria-Fiscal faz a identificação dos serviços prestados pelas empresas contratantes bem como a forma como o foram prestados:

8. A luz da Legislação de competência no período de 02/2000 a 11/2006 e analisando os documentos apresentados, concluiu-se:

• *Que os serviços contratados pela FCEE com relação as empresas (Ana-JBCRef-Ver) foram prestados mediante **CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA**, visto terem sido colocados a disposição da contratante trabalhadores que realizaram serviços contínuos, isto é, serviços que constituem necessidade permanente da empresa, ligados a sua atividade principal na área da educação, como podemos constatar no quadro constante na folha 01 deste. Todas as notas fiscais emitidas por estas empresas discriminaram serviços relacionados a **treinamento ou ensino** como: Ministrar Aulas para alunos da Fundação, Assessoria em Estatística para grupo de pesquisadores da Fundação, Curso de Capacitação para funcionários e Curso "Transtorno Autista" aos professores. Sendo que estas atividades eram realizadas nas dependências da Fundação.*

- *Que os serviços contratados pela FCEE com relação às empresas (Bel-MCRMed-Oto) também foram prestados mediante **CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA**, por serem serviços de necessidade permanente da empresa, ligados a um de seus objetivos, que é executar atividades relacionadas a prevenção e assistência a pessoa portadora de deficiência. As notas emitidas por estas **empresas da Área de saúde** foram de assistência médica aos educandos da FCEE, com profissionais especializados em Oftalmologia e Otorrinolaringologia. Cabendo salientar, que estas consultas eram realizadas nas dependências da Fundação.*
- *Que os serviços contratados pela FCEE com cessão de mão-de-obra nas atividades de (treinamento e ensino) e (saúde, prestados pelas empresas da área da saúde) estão sujeitos a retenção, conforme relação constante no Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, Art. 219, parágrafo 2º.*
- *Que os serviços contratados pela Fundação com relação às empresas (APRCor-Ded-Pru-Sed-Sig) foram prestados mediante **EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA**, pois tiveram como objetivo um fim específico, com prego ajustado e foram realizados nas dependências da contratante. Os serviços constantes nas notas fiscais de serviço, de acordo com a ordem que foram relacionados no quadro de folhas 01, foram os seguintes: **a.** Serviços de Construção Civil executados na piscina da FCEE; **b.** Serviços de mão-de-obra para execução de reboco em salas da fundação; **c.** Dedetização geral do complexo da fundação e desratização, limpeza e desinfecção de 07 reservatórios de água; **d.** Serviços de pedreiro e marceneiro em uma quadra de bocha, drenagem no campo atlético nas dependências da FCEE, demolição e colocação de piso na calçada da FCEE; **e.** Colocação de piso, construção de rampas, construção de calçadas, piso em sala, construção de balcão, tanque e canteiros de horta nas dependências da Fundação; **f.** Montagem de um stand especial com área total de 25m² no evento FECONTEL, incluindo serviços de limpeza e energia.*
- *Que os serviços contratados pela FCEE prestados mediante Empreitada de Mão-de-Obra, nas atividades de Construção Civil e Limpeza estão sujeitos retenção conforme relação constante no Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, Art. 219, parágrafo 2º. 3º. e Instruções Normativas vigentes na época da prestação dos serviços. Convém destacar o conceito de Empreitada constante no Art. 144 da IN-SRP nº 03/2005: "Empreitada é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por prep ajustado, com ou sem fornecimento de material ou uso de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros.*

Observa-se que a decisão de primeira instância afastou a incidência do levantamento (SIG) referente ao serviço de montagem de stand, às fls. 72:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

Com efeito, da análise do lançamento referente ao serviço de montagem de stands, prestado em 10/2000, em confronto com a legislação vigente, entendo não ser procedente o respectivo levantamento (SIG), uma vez que a fiscalização caracterizou o serviço na modalidade de empreitada de mão-de-obra.

A Recorrente argumenta que alguns serviços foram prestados na modalidade de empreitada e não na modalidade de cessão de mão-de-obra, o que afastaria a incidência da retenção:

A Recorrente também aponta que não incidiria a retenção sobre os serviços prestados por cessão de mão-de-obra por não se enquadrarem na hipótese legal de cessão de mão-de-obra, de modo a trazer posicionamento no sentido de que a cessão de mão-de-obra eventual, esporádica, de caráter de urgência e sem subordinação está isenta de contribuição ao INSS, sendo que apenas os serviços contínuos sofrem a incidência de retenção sobre o valor bruto da nota fiscal emitida. Traz, ainda, A fl. 56, o seu entendimento sobre o conceito de cessão de mão-de-obra: "trabalhadores que realizem serviços contínuos (são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante), que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade-fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores." Portanto, inexistiu cessão de mão-de-obra para todos os serviços apontados, não sendo aplicável a exigência.

Neste mesmo diapasão, a Recorrente, às fls. 81, aduz que se pode verificar que os serviços prestados à FCEE, segundo a tabela de fls. 24 da NFLD, tratar-se de atividades esporádicas, eventuais, de caráter de urgência, sem qualquer subordinação, podendo citar algumas: a) aulas de psicoballet; b) serviço de construção civil; c) serviço de reboco em salas de aula; d) dedetização / limpeza caixa de água; e) serviço de pedreiro; etc.

No entanto, tal argumento não prospera porque a legislação, art. 219, § 3º, Decreto 3.048/1999, prevê as hipóteses de retenção de 11% na modalidade de empreitada, a qual se enquadra na hipótese fática dos autos:

*• Que os serviços contratados pela Fundação com relação às empresas (APRCor-Ded-Pru-Sed-Sig) foram prestados mediante **EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA**, pois tiveram como objetivo um fim específico, com prego ajustado e foram realizados nas dependências da contratante. Os serviços constantes nas notas fiscais de serviço, de acordo com a ordem que foram relacionados no quadro de folhas 01, foram os seguintes: **a. Serviços de Construção Civil executados na piscina da FCEE; b. Serviços de mão-de-obra para execução de reboco***

em salas da fundação; c. Dedetização geral do complexo da fundação e desratização, limpeza e desinfecção de 07 reservatórios de água; d. Serviços de pedreiro e marceneiro em uma quadra de bocha, drenagem no campo atlético nas dependências da FCEE, demolição e colocação de piso na calçada da FCEE; e. Colocação de piso, construção de rampas, construção de calçadas, piso em sala, construção de balcão, tanque e canteiros de horta nas dependências da Fundação; f. Montagem de um stand especial com area total de 25m² no evento FECONTEL, incluindo serviços de limpeza e energia.

• Que os serviços contratados pela FCEE prestados mediante Empreitada de Mão-de-Obra, nas atividades de Construção Civil e Limpeza estão sujeitos retenção conforme relação constante no Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, Art. 219, parágrafo 2º. 3º. e Instruções Normativas vigentes na época da prestação dos serviços. Convém destacar o conceito de Empreitada constante no Art. 144 da IN-SRP nº 03/2005: "Empreitada é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por prep ajustado, com ou sem fornecimento de material ou uso de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros.

Ademais, tal argumento também não prospera porque a legislação, art. 31, Lei 8.212/1991 e art. 219, Decreto 3.048/1999, prevê as hipóteses de retenção de 11% na modalidade de cessão de mão-de-obra a qual se enquadra na hipótese fática dos autos:

*• Que os serviços contratados pela FCEE com relação as empresas **(Bel-MCRMEd-Oto)** também foram prestados mediante **CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA**, por serem serviços de necessidade permanente da empresa, ligados a um de seus objetivos, que é executar atividades relacionadas a prevenção e assistência a pessoa portadora de deficiência. As notas emitidas por estas **empresas da Area de saúde** foram de assistência médica aos educandos da FCEE, com profissionais especializados em Oftalmologia e Otorrinolaringologia. Cabendo salientar, que estas consultas eram realizadas nas dependências da Fundação.*

• Que os serviços contratados pela FCEE com cessão de mão-de-obra nas atividades de (treinamento e ensino) e (saúde, prestados pelas empresas da área da saúde) estão sujeitos a retenção, conforme relação constante no Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, Art. 219, parágrafo 2º.

Veja-se a legislação de regência acerca das hipóteses de retenção de 11%, em especial o art. 31, da Lei 8.212/1991 e o art. 219, § 3º, Decreto 3.048/1999:

Lei 8.212/1991 - Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 10 (dez) 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 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007).

1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 3º 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 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 1998).

I-limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III-empregada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV-contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Decreto 3.048/1999 - 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. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, 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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§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;

V-digitação e preparação de dados para processamento;

VI-acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII-cobrança;

VIII-coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX-copa e hotelaria;

X-corte e ligação de serviços públicos;

XI-distribuição;

XII-treinamento e ensino;

XIII-entrega de contas e documentos;

XIV-ligação e leitura de medidores;

XV-manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI-montagem;

XVII-operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII-operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX-operação de transporte de cargas e passageiros;

XIX-operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

XX-portaria, recepção e ascensorista;

XXI-recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII-promoção de vendas e eventos;

XXIII-secretaria e expediente;

XXIV-saúde; e

XXV-telefonía, inclusive telemarketing.

§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.

§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.

§5º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§6º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

§7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos.

§9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente será objeto de restituição, não sujeita ao disposto no §3º do art. 247 e no §1º do art. 251. §9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subseqüentes ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no §3º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

§9º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subseqüentes, inclusive na relativa à gratificação natalina, ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no § 3º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§10. Para fins de recolhimento e de compensação da importância retida, será considerada como competência aquela a que corresponder à data da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

§11. As importâncias retidas não podem ser compensadas com contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social para outras entidades.

*§12º O percentual previsto no **caput** será acrescido de quatro, três ou dois pontos percentuais, relativamente aos serviços prestados pelos segurados empregado, cuja atividade permita a concessão de aposentadoria especial, após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)*

Diante do exposto acima, não prospera a argumentação da Recorrente.

Outrossim, em relação ao Levantamento VER-DEBITO RETENÇÃO S NFS, às fls. 39 do Relatório Fiscal:

*• Que os serviços contratados pela FCEE com relação as empresas (Ana-JBCRef-Ver) foram prestados mediante **CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA**, visto terem sido colocados a disposição da contratante trabalhadores que realizaram serviços contínuos, isto é, serviços que constituem necessidade permanente da empresa, ligados a sua atividade principal na área da educação, como podemos constatar no quadro constante na folha 01 deste. Todas as notas fiscais emitidas por estas empresas discriminaram serviços relacionados a **treinamento ou ensino** como: Ministrar Aulas para alunos da Fundação, Assessoria em Estatística para grupo de pesquisadores da Fundação, Curso de Capacitação para funcionários e Curso "Transtorno Autista" aos professores. Sendo que estas atividades eram realizadas nas dependências da Fundação.*

Neste ponto, a Auditoria-Fiscal não restou comprovado faticamente que os serviços de assessoria em estatística, curso de capacitação etc., foram executados mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do art. 219, § 2º, XII, Decreto 3.048/1999. Ou seja, não se apresentaram as características fáticas que possibilitem a comprovação de que tais serviços foram prestados mediante cessão e não empreitada de mão-de-obra, caso este em que tais serviços não sofreriam a retenção.

Desta forma, prospera a alegação da Recorrente para se afastar a tributação do levantamento VER-DEBITO RETENÇÃO S NFS.

(v) Da relevação da multa.

Argumenta que a ocorrência em questão está afeta às atribuições da Secretaria de Estado da Administração, restando demonstrada a correção da falta; que preenche as condições fixadas no Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048/99, para a relevação da multa.

Analisemos.

A Recorrente neste ponto do recurso Voluntário aduz à relevação da multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, conforme a previsão do art. 291, Decreto 3.048/1999, na redação à época dos fatos geradores.

Desta forma, em razão do presente processo tratar-se de NFLD, obrigação principal, não há que se cogitar da multa por descumprimento de obrigação acessória, portanto, não prosperando tal argumentação da Recorrente.

(vi) Do pedido de perícia.

Analisemos.

Quanto à solicitação de prova pericial, verificamos que a mesma encontra-se em desacordo com o previsto na legislação.

Decreto 70.235/1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Como o pedido de perícia não possui os requisitos previstos na legislação, considero-o não formulado.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de CONHECER do recurso, **NAS PRELIMINARES, RECONHECER A DECADÊNCIA até a competência 09/2002, inclusive, com base no art. 150, § 4º, CTN. NO MÉRITO** em dar provimento parcial ao recurso afastando a tributação do levantamento VER-DEBITO RETENÇÃO S NFS.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro