



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

Processo nº 12963.000381/2007-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **2803-00.460 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 07 de fevereiro de 2011
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO.
Recorrente SOBERANA ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 01/06/2007

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PAF. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CRÉDITO.

VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. RETENÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA PARCIAL RECONHECIDA DE OFÍCIO.

Recurso Voluntário Provido em Parte de Ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD – DEBCAD 37.081.642-0, tem como objeto o lançamento das contribuições sociais previdenciárias, conforme discriminado no Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 179 a 184.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 07/12/2007, conforme Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, fls. 01.

A empresa apresentou impugnação, as fls. 597 a 602, acompanhada dos documentos, de fls. 603 a 793; 796 a 917. A defesa foi considerada tempestiva, fls. 919, uma vez que o contribuinte foi cientificado da NFLD, em 07/12/2007, e, em 08/01/2008, fls. 597, a impugnação foi recepcionada.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão 09-19.138 - 6ª Turma da DRJ/JFA, de fls. 977 a 986, em 27/03/2008. No qual o lançamento foi considerado procedente em parte, tendo sido retificado, conforme Relatório Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, fls. 938 a 976.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 27/05/2008, AR, de fls. 990.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, em 20/06/2008, petição recursal, fls. 993, com razões recursais, as fls. 994 a 1.002, acompanhado, dos documentos, de fls. 1.003 a 1.078. A recorrente alega em síntese no recurso.

Em preliminar.

- Que o Auto de Infração apresenta vícios de formalidade;
- Que o ato não traz segurança e transparência, sendo as razões da impugnante acatada pelo julgado *a quo* que desclassifica em várias passagens o lançamento;
- Que este motivo seria suficiente para cancelar o lançamento, pois eivado de vícios, que ferem os princípios da Administração Pública;

No mérito.

- Que o aluguel de carro não é fato gerador da exação, pois é despesa operacional e não salário;
- Que o valor é verba civil, decorrente de contrato de aluguel;
- Que a aferição dos 11% de prestação de serviço, não demonstrou que a empresa estaria obrigada a tal recolhimento;

-
- Que a contratada é empresa de processamento de dados, enquadrando-se esta, na regra de dispensa legal, pois seu faturamento é inferior a duas o limite máximo do salário de contribuição, hoje, R\$ 6.077,98;
 - Que além de dispensado do recolhimento a empresa faria jus a redução da base de cálculo, pois o serviço é realizado com equipamento cedidos pela contratante;
 - Que a legislação trata desigualmente os contribuintes, pois concede redução da base de cálculo para alguns o que fere a isonomia;
 - Que a retenção causa insegurança jurídica, tendo sido declarada inconstitucional diversas vezes;
 - Que há evidentes erros no lançamento reconhecidos pelo julgador *a quo*, o que desacredita todo o trabalho realizado, pois ou está tudo certo ou tudo errado, não há meio termo
 - Por fim pede:- a) que a autuação seja julgada improcedente, pois há vícios que a tornam nula.

O presente foi remetido ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 1.080.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira – Relator.

O recurso foi interposto tempestivamente, em 20/06/2008, conforme, fls. 993, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 27/05/2008, AR, fls 990. No que tange ao depósito recursal este foi extinto pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

Em sede preliminar.

O vício argüido pelo recorrente da falta de atributo do ato deve ser por este provado, pois o ato nasce com a presunção de sua legitimidade. Observe-se as palavras do Mestre Hely Lopes Meirelles,¹, onde diz:

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade.

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para que a invoca.

O procedimento fiscalizatório que culminou com o ato administrativo atacado, ou seja, o lançamento foi realizado dentro dos cânones determinado pela legislação, ou seja, precedido de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, por agente fiscal competente, visando certa finalidade, para atingir motivação determinada em lei, observando a forma legal e, ainda, com certo objeto.

As imperfeições que possam ter sido localizadas no lançamento, em relação aos critérios jurídicos da tributação são passíveis de correção e é por isso que o artigo 145, I, II e III c/c o 149, I a IX, ambos, da Lei 5.172/66 permitem a retificação ou correção do lançamento, via revisão. Aliás, o artigo 203, da Lei 5.172/66 e o artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830 permitem o saneamento da Certidão de Dívida Ativa inclusive na fase judicial.

Se há equívoco este é do contribuinte que chama notificação de autuação e trata uma como se fosse a outra.

Assim sendo, rejeito esta preliminar, pois não há vício a determinar a anulação ou nulidade da notificação

No mérito.

A primeira questão a ser enfrentada deve ser a relativa à fluência do prazo decadencial, haja vista que esta leva ao julgamento com resolução do mérito, artigo 269, IV, da Lei 5.869/73,.

O reconhecimento da decadência encontra eco na legislação, devendo ser reconhecido de ofício, quando não alegado, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante Nº 08/2008, abaixo transcrita:

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”.

E conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 tal norma vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

No caso em estudo a questão é saber qual deve ser o marco inicial da decadência, ou seja, a contagem dar-se-ia pelo artigo 150, 4º ou 173, I, ambos do CTN. Aplica-se o primeiro no caso de antecipação de pagamento e o segundo em não havendo tal antecipação, conforme já definido pelo STJ, sendo a teoria mais aceita e que, também, adoto, como a seguir explicitada:

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Ausente qualquer pagamento por parte do contribuinte, e iniciado o procedimento administrativo de fiscalização, o fisco dispõe de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para proceder ao lançamento direto substitutivo a que se refere o art. 149 do CTN, sob pena de decadência

Conclui-se das informações do processo em especial Discriminativo Analítico de Débito - DAD, de fls. 05 a 52, e Relatório de Documentos Apresentados – RDA, de fls. 116 a 123, bem como do item 8, do Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, de fls. 183, que diz: “...As diferenças verificadas, entre as

contribuições devidas e os respectivos recolhimentos mensais, perfazem o débito demonstrado no Discriminativo Analítico de Débito – DAD.”, que houve pagamento, ainda, que parcial.

Desta forma, evidencia-se a existência de recolhimentos considerados pela agente notificante, o que faz incidir a regra do artigo 150, § 4º, do CTN, para as rubricas incluídas em folha de pagamento.

No entanto, para a contribuição decorrente da retenção de 11% que tem metodologia própria, deve incidir quanto a esta a regra do artigo 173, I, da Lei 5.172/66 – CTN, pois não houve antecipação de pagamento para este rubrica.

A decadência das contribuições opera-se no presente crédito da seguinte forma:

1. para as parcelas incidentes sobre os salários de contribuição levantamentos DAL; HFD; HFF; HFG; HGF; HGI e HPG, para os que tiverem competências anteriores a 11/2002, estão estas decadentes, inclusive, pela regra do artigo 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que o lançamento foi em 07/12/2007 (primeiro dia passível de cobrança 08/12/2002);
2. para as parcelas do levantamento RET estão decadentes todas as competências anteriores a 11/2001, inclusive, pela regra do artigo 173, I, da Lei 5.172/66 – CTN (primeiro dia passível de cobrança 01/01/2002), ou seja, **não ocorre decadência, pois a primeira contribuição exigida aqui no levantamento RET é 01/2002, fls 962**, (grifo nosso).

Os argumentos do contribuinte em relação ao tópico 2.1 – Do fornecimento de Veículo Próprio, não será analisado, pois de acordo como o Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 77 a 80, tal rubrica foi incorporada ao levantamento HFD – HOMOLOGA BC CONTRIB S/ DIÁRIO, este abrange as competências 01/1997 a 12/1998, estando estas competências totalmente consumidas pela decadência, o que torna despropositada a apreciação de qualquer argumentação sobre esta rubrica.

No que se refere ao levantamento RET como não ocorre decadência, os argumentos do contribuinte serão apreciados.

A Lei 9.711/98 criou a retenção sobre a cessão e mão de obra, trazendo rol exemplificativo e deixando ao regulamento a atribuição de listar os demais. O Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99, no artigo 219, § 2º, inciso V, traz – “digitação e preparação de dados para processamento”, sendo assim é evidente a submissão do fato a norma.

A empresa contratada prestadora do serviço não preenche os requisitos de dispensa da retenção nos termos do artigo 104, da IN/INSS/DC 71/2002; artigo 157, da IN/INSS/DC Nº 100/2003 e do artigo 148 da IN/SRP 03/2005, cada qual em sua devida época, conforme abaixo transcrito.

Subseção V
Da Dispensa da Retenção

Art. 104. Em respeito ao princípio da economicidade, a empresa contratante estará dispensada de fazer a retenção, quando:

I – o valor retido em nota fiscal, fatura ou recibo for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

II – a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e quando o faturamento do mês anterior for igual ou inferior a 2 (duas) vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente.

Parágrafo único. O disposto no inciso I não se aplica à contratante que se utilizar do Sistema Integrado da Administração Financeira (SIAFI), devendo a contratada, neste caso, efetuar o destaque da retenção quando da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo, qualquer que seja o valor a ser retido.

Seção IV Da Dispensa da Retenção

Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

§ 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, profissional de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais ou consignando o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, entre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos.

Seção IV

Dispensa da Retenção

Art. 148. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pela SRP para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 146, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição.

§ 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, no exercício de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou contribuintes individuais ou consignará o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, dentre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos.

Torna-se evidente que a empresa não preenche as condições de dispensa da retenção estabelecidas, quais sejam:

- valor de recolhimento inferior a R\$ 29,00;
- não possuir empregados; ser o serviço prestado pelo sócio e o faturamento do mês anterior ser menor ou igual a duas vezes o valor máximo do salário de contribuição, de forma cumulativa, neste tópico;
- serviços prestados por profissional liberal ou de treinamento e ensino.

A recorrente tem razão quanto a possibilidade de redução da base de cálculo, mas esta deve estar apoiada em lastro documental, tal como conter previsão no contrato de prestação de serviço, descrição na nota, conforme legislação. O que não ocorre no presente caso.

A retenção é técnica de arrecadação amplamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal – STF, conforme abaixo transcrito.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.711/98 - LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO, PELO TOMADOR DE SERVIÇO, PARA FINS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DO PERCENTUAL DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PRECEDENTE (PLENÁRIO) - RECURSO IMPROVIDO (RE-AgR 438856, CELSO DE MELLO, STF)

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Admissibilidade. Contribuição previdenciária. Retenção de 11% sobre o valor das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço. Constitucionalidade do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.711/98. Jurisprudência assentada. Ausência

de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (AI-AgR 486127, CEZAR PELUSO, STF)

EMENTA: Contribuição previdenciária: retenção do percentual de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços pela tomadora do serviço executado mediante cessão de mão de obra, nos termos do art. 31 da L. 8.212/91, com a redação dada pela L. 9.711/98: legitimidade, conforme entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE 393.946, 3.11.2004, Velloso, Inf./STF 368 (RE-AgR 435566, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF)

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - VALIDADE JURÍDICO- -CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.711/98 - LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO, PELO TOMADOR DE SERVIÇO, PARA FINS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DO PERCENTUAL DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PRECEDENTE (PLENÁRIO) - RECURSO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 393.946/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, reputando legítima a retenção, por parte do tomador do serviço, do percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços para fins de contribuição previdenciária. A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AUTORIZA O JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS QUE VERSEM O MESMO TEMA. - A ausência de publicação do acórdão - que firmou o precedente no "leading case" - não constitui obstáculo processual ao imediato julgamento monocrático da causa, por seu Relator, desde que se trate do mesmo litígio já apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (AI-AgR 484418, CELSO DE MELLO, STF)

As falhas existentes no lançamento, foram reconhecidas e excluídas no primeiro grau, pois o crédito foi retificado, conforme DADR, de fls. 938 a 976, e Acórdão 09-

19.138, de fls. 977 a 986, bem como foi a decadência parcial existente reconhecida no presente julgamento, sendo determinada a exclusão das competências decadentes.

O Processo Administrativo Fiscal – PAF existe justamente para se expurgar do crédito qualquer impropriedade com que este possa ter nascido, pois o crédito só conta com a presunção de certeza e liquidez, após inscrição em dívida ativa, artigo 204 do CTN e artigo 3º da lei 6.830/80, contudo tal presunção é apenas relativa. Aliás, a correção do crédito pode ocorrer, ainda, na fase judicial, conforme a Lei 6.830/80 não existindo base para a alegação de que ou tudo esta certo ou tudo esta errado.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL DE OFÍCIO**, a fim de reconhecer a ocorrência da decadência e determinar a exclusão das competências anteriores a 11/2002, inclusive, do presente crédito, para as parcelas incidentes sobre os salários de contribuição, levantamentos DAL; HFD; HFF; HFG; HGF; HGI e HPG, o que não inclui o levantamento RET para o qual não ocorre decadência.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.