



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

Processo nº 13005.000655/2007-64
Recurso nº 145.994 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.111 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de agosto de 2009
Matéria Cessão de mão-de-obra
Recorrente MUNICÍPIO DE VENÂNCIO AIRES - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida DRP/SANTA MARIA/RS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/10/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO *A QUO*. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial parte dos fatos geradores apurados pela fiscalização.

RETENÇÃO DOS 11% - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizada.

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros legalmente previstos

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal.

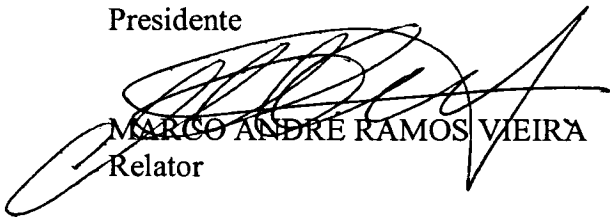
No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso. O Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior acompanha o relator somente nas conclusões, entendendo que se aplicava o artigo 150, § 4º do CTN; e no mérito, por unanimidade de votos, manter os demais valores lançados, nos termos do voto do relator.


LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA
Relator

Participaram do julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Liège Lacroix Thomasi (Presidente).

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela referente à retenção de 11% nos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, que não foram recolhidas pela recorrente, conforme relatório fiscal à fl. 27.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pelo recorrente, fls. 35 a 54.

Após análise da documentação juntada pela recorrente na defesa, a fiscalização sugeriu a retificação do lançamento, conforme fls. 110.

Cientificado da retificação, não foi apresentada defesa pela recorrente, fls. 116 a 119.

A unidade descentralizada da SRP emitiu a Decisão-Notificação (DN), fls. 120 a 124, mantendo o lançamento em parte.

A recorrente não concordando com a DN emitida pelo órgão previdenciário interpôs recurso, fls. 128 a 142, alegando em síntese:

O crédito já foi atingido pela fluência do prazo decadencial;

É inconstitucional a retenção de 11%;

Não restou caracterizada a cessão de mão-de-obra;

Deve ser oportunizada a produção de prova testemunhal;

É inconstitucional a Selic;

Requerendo provimento ao recurso interposto.

É o relatório.



Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fls. 126 e 128; pressuposto de admissibilidade superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO:

Quanto à questão preliminar suscitada pela recorrente, na peça recursal, de que o lançamento já fora atingido pela decadência de acordo com o disposto no art. 173 do CTN, razão lhe confiro em parte.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

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".

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

No presente caso trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; a obrigação não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de maio de 1999 a outubro de 2004. O lançamento foi realizado em 23 de dezembro de 2005.

Seguindo a interpretação da 1ª Seção do STJ, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário quando, a despeito da previsão legal para pagamento antecipado, o mesmo não ocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte.

Pelo exposto encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização ocorridos anteriormente à competência novembro de 1999, inclusive esta. A competência dezembro de 1999 não decaiu, pois o crédito somente poderia ser constituído após o vencimento, ou seja em 2 de janeiro de 2000; assim o prazo de

decadência, para tal competência, possui como termo de início o primeiro dia do exercício seguinte, ou seja o dia 1º de janeiro de 2001, a qual findaria em 1º de janeiro de 2006.

Quanto à retenção de 11% sobre as notas fiscais de prestação de serviços que envolveram cessão de mão-de-obra, melhor sorte também não assiste à recorrente. O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998, nestas palavras:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente não há que se falar em ilegalidade, haja vista a responsabilidade da retenção estar prevista em lei.

Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura. No presente caso, as próprias notas fiscais já indicam os valores a serem retidos, e além do mais houve retenção dos valores, pois a recorrente pagou os valores líquidos (já descontados) às prestadoras de serviços, conforme item 2 do relatório fiscal à fl. 27.

O argumento de estar ou não caracterizada a cessão de mão-de-obra é irrelevante no caso, pois houve a retenção, e uma vez sendo esta realizada, a recorrente deveria ter recolhido aos cofres previdenciários.

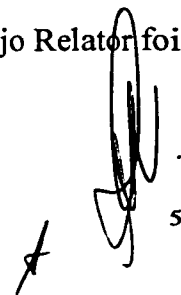
Não procede o argumento da recorrente de que deve ser oportunizada a produção de prova testemunhal. Já há documentos nos autos suficientes para sustentar o lançamento e o fato de que houve desconto dos valores pagos às prestadoras de serviços.

Desse modo, ao contrário do que afirma a recorrente, a notificação pelo não recolhimento se realiza em nome da própria tomadora.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados.

Ao contrário do que afirma a recorrente, o instituto da substituição tributária não viola os preceitos do Código Tributário Nacional. Existe um vínculo da tomadora ao fato gerador da obrigação da retenção, uma vez que a tomadora é quem paga o valor da nota fiscal é plenamente possível o exercício do seu encargo tributário, bastando no momento do pagamento efetuar a retenção. Desse modo, verifica-se que há um liame com o respectivo fato gerador, sendo compatível com o ordenamento jurídico a exigência da retenção.

Nesse sentido segue ementa de recurso especial n. 421.886-0, cujo Relator foi o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 10.6.2002:

 5

Previdenciário – Contribuição previdenciária – Arrecadação complexa – Empresa prestadora de serviço – Substituição tributária – Lei n. 8.212/1991, art. 31, na redação da Lei n. 9.711/1998.

Tributário. Recurso especial. **Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Opção pelo "Simples". Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação.1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1998, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.**

2. A determinação do mencionado **artigo 31 configura**, apenas, uma técnica de arrecadação da **contribuição previdenciária**, colocando as empresas tomadoras **de serviço como responsáveis tributários** pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado **não viola qualquer disposição legal**, haja vista que, apenas, obriga a **empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da Previdência Social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.**

4. A prestadora dos serviços, isto é, a **empresa contratada**, que sofreu a retenção, procede, no **mês de competência**, a uma simples operação aritmética: de posse do **valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento**, diminuirá deste valor o **que foi retido pela tomadora de serviços**; se o valor devido a **título de contribuição previdenciária for menor**, recolhe, **ao GRPS, o montante devedor respectivo**, se o valor retido for maior do **que o devido**, no mês de competência, requererá a **restituição do seu saldo credor**.

5. O que a lei criou foi, apenas, **uma nova sistemática de arrecadação**, embora mais complexa **para o contribuinte**, porém, sem afetar as bases legais da **entidade tributária material da contribuição previdenciária**.

6. Quanto ao "desvirtuamento" da **Lei n. 9.317/1996**, há que se considerar que o fato de ser a **empresa beneficiária do Simples**, altera o efeito que a referida lei **passou a produzir** acerca da contribuição destinada ao **financiamento da Seguridade Social incidente sobre a folha de salários. O Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias**, mas apenas permite **que haja a simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/1991.**

7. Recurso provido.



(REsp n. 421.886-0 – RJ. Relator Ministro JOSÉ DELGADO.
Primeira Turma. Unânime. DJ 10.6.2002).

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997.

Cumpre ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Nesse mesmo sentido segue trecho do Parecer/CJ n.º 2.547, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23/8/2001.

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

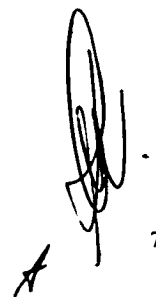
De acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

SÚMULA N.º 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se



refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de n.º 3, nestas palavras:

Súmula N.º 3

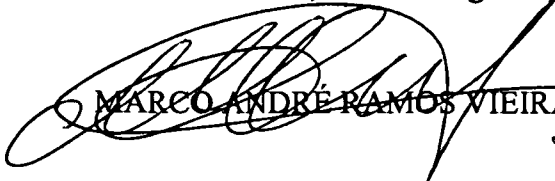
É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais

CONCLUSÃO:

Voto por CONHECER DO RECURSO do notificado para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL, reconhecendo que parte do crédito foi atingido pela fluência do prazo decadencial.

É como voto.

Sala das Sessões, em 19 de agosto de 2009


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Relator


8