

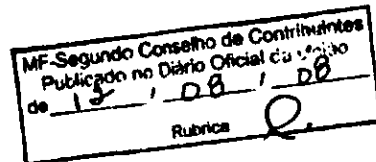


MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09, 06, 08
Síma Góes de Oliveira
Mat.: Sisppe 877262

CC02/C06
Fls. 158

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n°	15954.000116/2007-21
Recurso n°	144.922 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão n°	206-00.345
Sessão de	13 de dezembro de 2007
Recorrente	NOVA UNIÃO S/A AÇÚCAR E ÁLCOOL
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM RIBEIRÃO PRETO - SP



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/07/2001

Ementa: CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RETENÇÃO DE 11% - CESSÃO DE MÃO DE OBRA - AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO DE OBRA - MEDIDA JUDICIAL PARA QUE NÃO SE EFETIVE A RETENÇÃO.

Uma vez que houve medida liminar para que não se efetivasse a retenção de 11% da empresa contratada para execução dos serviços, não pode a empresa contratante ser responsabilizada pelo desconto não realizado.

Necessário indicar como foi realizado o serviços, com o fito de esclarecer a realização mediante cessão de mão de obra.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 15954.000116/2007-21
Acórdão n.º 206-00.345

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 09 / 06 / 08 Sérgio Ayres de Oliveira Mat: Sinape 877882
--

CC02/C06 Fls. 159

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude do instituto da responsabilidade solidária, previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências MAIO A JULHO DE 2001 e refere-se à contratação da empresa WUSTENJET LIMPEZA TÉCNICA E COMERCIAL LTDA. A base de cálculo foram obtidas por meio das notas fiscais emitidas pela empresa durante a prestação dos serviços, tendo a empresa se absterido de efetuar a retenção, fls. 26 a 27.

Foram anexadas a presente NFLD, cópia da solicitação feita a procuradoria, certidão emitida pela diretora da divisão de procedimento do TRF da 3ª região, declaração da Associação Brasileira de Engenharia Industrial – ABEMI e do despacho exarado pela Procuradoria, fls. 28 a 32.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 35 a 39.


A Decisão-Notificação confirmou a procedência integral do lançamento, fls. 75 a 82.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 86 a 95. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- Preliminarmente, que a exigência do depósito recursal, como condição para o exercício do direito de defesa, padece de constitucionalidade;
- Indiscutível que o prazo decadencial para o fisco constituir seus créditos é de 5 anos, pois assim a lei determina, devendo ser aplicado ao caso em questão, o art. 173 do CTN;
- A empresa apenas deixou de reter os 11% da nota fiscal referente aos serviços executados, em função da empresa prestadora estar amparada por medida judicial que a desobrigava de recolher a contribuição previdenciária em referência, apenas cumprindo determinação judicial;
- Requer o acolhimento do presente recurso para que a NFLD seja declarada insubsistente, visto que a empresa só deixou de reter a contribuição de 11% incidente sobre a cessão de mão de obra, com base em sentença judicial, cujos efeitos estavam operantes no período de maio de 2001 a julho de 2001.

A unidade descentralizada da SRP não apresenta suas contra-razões, tendo o processo sido encaminhado a este colegiado sem a devida comprovação de depósito recursal ou arrolamento de bens em função de medida judicial, às fls. 155 a 157.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
 Sílvia Alves de Oliveira Mat. Sape 877862

Voto

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 97.

Foi dado prosseguimento ao recurso sem a efetivação do depósito recursal, por ter o recorrente obtido liminar junto a 5ª Vara da Justiça Federal de Ribeirão SP que autoriza o prosseguimento sem a exigência de depósito ou arrolamento de bens, fls. 153 a 155.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das preliminares ao mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Quanto as preliminares suscitadas, abstenho-me de avaliar a alegação da inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal, por entender superada essa questão pela obtenção da medida liminar descrita acima.

No que pretende ter reconhecida a decadência de 5 anos, também não lhe confiro razão.

Entendo que o prazo decadencial para a autoridade previdenciária constituir os créditos trabalhistas é de 10 anos, e está previsto em lei específica da previdência social, art. 45 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito. Desse modo, foi correta a aplicação do instituto pela autoridade previdenciária:

"Art.45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

A legislação previdenciária marca como início da contagem do prazo decadencial, o primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o crédito poderia ter sido constituído. No caso de o contribuinte ter efetivado o recolhimento parcial ou não ter realizado recolhimento, assiste ao fisco o dever de constituir o crédito, bem como as diferenças que por ventura sejam devidas, dentro do mesmo prazo, bem como exigir a apresentação dos documentos necessários a verificação do cumprimento do dispositivo legal.

No entanto, gostaria de esclarecer ao recorrente a diferença entre prescrição e decadência, visto que o mesmo, em seu recurso, por vezes mistura os dois institutos. No caso em tela, entendo que melhor aplicação o instituto da decadência, caso, não existisse disposição legal expressa, atribuindo ao fisco previdenciário, prazo decadencial de 10 anos para constituir os créditos decorrentes da inobservância da legislação previdenciária.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09, 06, 08
Silma Aguiar de Oliveira Mat.: Sipa 877862

Segundo o professor Vittorio Cassone, em seu livro *Direito Tributário*, editora Jurídico Atlas, 15ª edição, podemos assim diferenciar os dois institutos:

"Decadência é a perda de um direito em consequência de seu titular não tê-lo exercido durante determinado período. O prazo corre sem solução de continuidade (...).

Prescrição é a perda do direito de ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo.

O CTN cuida desses dois institutos nos art. 173 e 174. No primeiro artigo temos a decadência e depois a prescrição. Claro está que, se ocorrer a decadência, decaiu o próprio direito, pelo que não haverá de se falar em prescrição.

Isto porque, do fato gerador começa a correr prazo de decadência, que vai até a data do lançamento (auto de infração e notificação são considerados lançamentos) (...)."

Considerando que o Código Tributário Nacional - CTN dispõe sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente acerca da prescrição e da decadência, não há impedimento para que legislação ordinária disponha sobre normas específicas e assim o prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei nº 8.212/1991 é compatível com o ordenamento jurídico, conforme demonstrar-se-á a seguir.

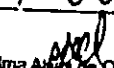
Mesmo restringindo a análise apenas ao CTN, para a melhor interpretação dessa lei devemos observar a relação existente entre os diversos artigos, evitando a interpretação isolada de um único dispositivo. Assim, o art. 150, § 4º do CTN, não deve ser analisado de forma isolada, mas sim combinado com o artigo 173 do próprio CTN que dispõe sobre o instituto da decadência.

Em mesmo sendo argüida pela recorrente a inconstitucionalidade da lei previdenciária que dispõe sobre o prazo decadencial de 10 anos, incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei nº 8.212/1991 em matéria de decadência e prescrição relativas às contribuições administradas e arrecadadas pelo INSS.

Em relação ao prazo decadencial, o entendimento firmado pelo STJ é o de que nos casos de tributos cujo lançamento seja por homologação, o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário é de 5 anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais um quinquênio, o que totalizariam os 10 anos. Essa interpretação combina os arts. 173, I e 150, § 4º, do CTN (Resp nº 132.329). Inexistindo pagamento não há que se falar em homologação tácita, conforme entende o STJ. Nesse sentido, segue ementa do Recurso Especial nº 132.329, cujo relator foi o Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ de 7/6/1999.

"TRIBUTÁRIO - TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - PRAZO.

Estabelece o artigo 73 (sic), inciso I do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
 Síma Aires de Oliveira Mat.: Sape 877562

lançamento por homologação poderia ter sido efetuado. Se não houve pagamento, inexistente homologação tácita. Com o encerramento do prazo para homologação, inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário. Conclui-se que, quando se tratar de tributos a serem constituídos por lançamento por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Embargos recebidos."

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ nº 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."

No mesmo sentido posiciona-se este 2º Conselho de Contribuintes ao publicar a súmula nº 2 aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28:

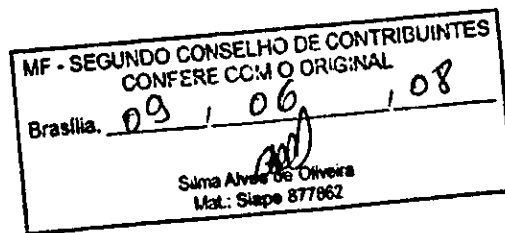
"SÚMULA N. 2

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

Não se pode esquecer que a Constituição Federal em seu artigo 146, III reservou à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária. Dessa forma, as normas gerais estão dispostas no CTN, entretanto, normas específicas se estiverem de acordo com o disposto no CTN adquirem sua validade. Assim, o próprio CTN em seu artigo 97, VI dispõe que somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. O instituto da decadência é modalidade de extinção do crédito tributário, conforme previsto no art. 156, V do CTN, e sendo assim pode ser regulado por lei ordinária.

Além do mais, o art. 150, § 4º do CTN dispõe que a lei pode alterar o prazo à homologação do tributo, que pelo CTN é de 5 anos. Sabemos que em regra, as contribuições previdenciárias são lançadas por homologação, e assim a Lei nº 8.212/1991, poderia alterar o prazo para 10 anos, conforme previsão no próprio CTN.





DO MÉRITO

Mesmo já estando superadas às alegações preliminares da recorrente, entendo devam ser avaliados outros pressupostos indispensáveis a apreciação do mérito.

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."

Em tendo o recorrente tomado serviços que envolveram cessão de mão-de-obra, 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.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.


"Art. 33 (...).

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei."

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. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

No entanto, analisando o relatório fiscal verifiquei uma primeira irregularidade, qual seja:, a falta de caracterização da cessão de mão-de-obra. A obrigação da retenção disposta no art. 31 da Lei 8.212/91 ocorre somente nos casos em que há o envolvimento da cessão de mão-de-obra. Dessa forma, deveria constar do relatório fiscal a caracterização correspondente. O relatório indicou a continuidade dos serviços, mas não descreveu a forma como os serviços foram prestados (colocação à disposição), mesmo porque não foram anexados os contratos de prestação de serviços, que possibilitariam auxiliar nessa conclusão. A autoridade fiscal, sempre deve buscar esclarecer o motivo pelo qual é imputada a obrigação ao contribuinte, o que neste caso, seria realizado pela caracterização da realização dos serviços.

Não se pode confundir uma simples prestação de serviços com a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Somente o fato de constar na lista prevista no Regulamento da Previdência Social não é suficiente para que surja a obrigação da retenção.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília. 09 / 06 / 08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 877962

Porém, entendo não ser esse o único vício na presente notificação. Da análise do caso, deve-se tomar cuidado com a extensão da perda da eficácia da medida judicial que desobrigava a retenção dos 11% da empresa Wustenjet Limpeza Técnica e Comercial Ltda.

Quando da contratação dos serviços, em restando caracterizada a contratação mediante cessão da mão de obra, estaria a contratante obrigada a reter 11% do valor da nota fiscal e recolher o fruto dessa retenção até o dia dois do mês subsequente à emissão da nota fiscal. Vale destacar que o valor da retenção deve ser recolhido em nome da prestadora dos serviços. No caso, objeto desta notificação a empresa Nova União S/A não poderia efetuar a retenção, à época da prestação dos serviços, sob pena de descumprir medida judicial até então válida. Neste caso, entendo incabível a realização do lançamento na forma como foi constituído, por entender que desobrigada estava a empresa de efetuar a retenção, não por vontade sua, mas de terceiro contratado.


Não discordo do posicionamento da procuradoria, quanto aos efeitos de uma medida liminar retroagirem quando de sua cassação, ou mudança de decisão em fase recursal, porém não entendo ser esse o caso. Se a empresa notificada fosse a autora de mandado de segurança e viesse a ter essa medida liminar cassada posteriormente, teria que assumir o ônus pela perda de sua eficácia, retroagindo seus efeitos a época em que foi impetrada. Porém, não pode ser aplicado o mesmo entendimento a ações judiciais advindas de terceiros, onde a empresa notificada simplesmente cumpriu determinação judicial.

Dessa forma, os fatos geradores constantes desta notificação não devem perdurar, visto inexistirem, por estar a empresa contratante à época da ocorrência dos mesmos, impedida de efetuar a retenção da empresa contratante e por conseguinte de satisfazer a obrigação tributária que ora lhe é imposta.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO face inexistir por parte da empresa notificada a obrigação de efetuar a retenção pelos serviços prestados pela empresa Wustenjet Limpeza Técnica e Comercial Ltda.

Sala das Sessões, em 13 de dezembro de 2007



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA