



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

Processo nº 35275.000437/2006-00
Recurso nº 247.956 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.155 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de julho de 2010
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/11/2004

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 8/STF.

Não havendo pagamento antecipado dos tributos, o prazo para a constituição do crédito tributário é de cinco anos, contados nos termos do art. 173, I, CTN.

DISPENSA DE RETENÇÃO DE OPTANTES PELO SIMPLES. CONDIÇÃO.

Apenas nas hipóteses em que o prestador de serviços apresentar Declaração de optante pelo Simples é que o contratante poderá deixar de efetuar a retenção.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, em preliminar, reconhecendo a decadência do lançamento no período de 02/1999 a 11/1999, nos termos do voto do(a) relator(a).


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE - Relatora.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (suplente), Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada contra a Universidade Federal de Pelotas, pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra cedida por empresas prestadoras de serviços, em razão da sua condição de tomadora dos serviços, no percentual de 11% sobre o valor dos serviços contidos nas Notas Fiscais, no período compreendido entre 02/1999 a 11/2004. Nestes termos, teria a ora Recorrente incorrido na violação ao disposto no art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Em sede de impugnação (fls. 156/187), a ora Recorrente argüiu, preliminarmente:

(a) a nulidade da NFLD por ter sido lavrada por autoridade incompetente, em razão de as disposições contidas na Medida Provisória nº. 258-2005 terem sido cassadas com a promulgação do Ato Declaratório da Mesa do Congresso Nacional nº 40/2005;

(b) a ilegitimidade passiva da Universidade Federal de Pelotas, tendo em vista que a gestão para admissão de funcionários, folha de pagamentos, encargos de toda natureza, demissão, contratações temporárias, dentre outras atividades são de responsabilidade, consoante determina a Lei nº 10.683/03, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Recursos Humanos (SRH/MP);

(c) a nulidade da NFLD por erro material, uma vez que no campo de identificação do sujeito passivo deveria constar o nome do ente federativo, seguido da designação do órgão notificado, ou seja, União – Universidade Federal de Pelotas, nos termos do disposto no art. 14 da Instrução Normativa nº 65/02;

(d) cerceamento de defesa, já que a ora Recorrente dispõe de apenas 15 (quinze) dias para impugnar um procedimento fiscalizatório que perdurou durante dois anos, e pior, nos últimos 15 dias do ano, época em que os órgãos públicos estão envolvidos no encerramento do exercícios, especificamente para a prestação de contas;

(e) a ausência de informações na NFLD, tais como, descrição pormenorizada das infrações, base de cálculo, alíquota, o que culminaria na afronta ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No mérito alegou que a documentação apresentada é apta a comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias e, ainda, que o ônus da prova deveria ser da Fiscalização para demonstrar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Por fim, questionou a incidência de juros abusivos em patamar superior a 1% ao mês e a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic.

A Fiscalização, após realização de diligências, confirmou que não houve descrição clara e precisa dos elementos que formaram a convicção concernente a presença da cessão ou empreitada da mão-de-obra. Isso porque, inicialmente, a Fiscalização não teria relacionado quais os serviços discriminados nos artigos 31, § 4º da Lei nº 8.212/91 c/c art. 269 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, que estariam

enquadrados nos serviços contratados pela Universidade Federal de Pelotas e, portanto, considerados como cessão/empreitada de mão-de-obra.

Assim, após a realização de diligência, foi elaborado Relatório Fiscal complementar (124/203), restando relacionado todos os serviços contratados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, dentre eles: a) serviços de limpeza, conservação e zeladoria, com cessão de mão-de-obra, b) serviços de limpeza, conservação e zeladoria, com empreitada, c) serviços de empreitada de construção civil, d) serviços de vigilância e segurança, com cessão de mão-de-obra; e) serviços de manutenção de instalações, máquinas equipamentos, com cessão de mão-de-obra, f) serviços de transporte de passageiros, com cessão de mão-de-obra, g) serviços de operação de máquinas e equipamentos, com cessão de mão-de-obra.

Foi concedido, então, novo prazo ao sujeito passivo para apresentação de defesa, em estrita observância ao princípio do contraditório.

A ora Recorrente apresentou nova impugnação renovando os argumentos já trazidos aos autos, notadamente no que se refere à sua ilegitimidade passiva, à ilegalidade da cobrança de juros e à inobservância dos princípios aplicáveis ao processo administrativo fiscal. Alegou também que:

(a) o Relatório Fiscal Complementar apenas teria especificado, dentre as empresas prestadoras de serviços, quais teriam sido contratadas por cessão de mão-de-obra ou de empreitada, não tipificando adequadamente os fatos geradores;

(b) a imprescindibilidade de comunicação aos Ministros de Estado da Educação e da Previdência Social sobre o presente procedimento fiscalizatório;

(c) o Relatório Fiscal não estaria em conformidade com os fatos ocorridos, exemplificando, para tanto, o lançamento de débito correspondente a não retenção de 11% sobre o valor pago à empresa Exposui Feiras e Eventos Ltda., que, por ser optante pelo Simples, (art. 151 da IN nº 100/2003) não deveria se sujeitar à retenção do tributo;

(d) que as informações contidas no Relatório Fiscal Complementar não teriam sido suficientes para suprir as omissões constantes no Relatório inicial;

(e) ao final, reitera os pedidos de nulidade da notificação fiscal, redução de juros e multa, deferimento do parcelamento do valor apurado e produção de prova pericial.

Quando do julgamento da Impugnação (fls. 252/266), o i. Auditor Fiscal afirmou que, ao contrário do que alegou a Recorrente, não houve edição de decreto legislativo, e portanto, os atos praticados pela Receita Federal do Brasil mantiveram-se plenamente válidos. Quanto à alegação de ilegitimidade, afirmou que somente os órgãos públicos da Administração Direta deverão obedecer ao comando do art. 340 da IN nº 3/2005, sendo a Universidade Federal de Pelotas órgão integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica com autonomia administrativa e financeira. Já no que diz respeito aos vícios formais, entendeu a autoridade julgadora que não teria sido demonstrada qualquer irregularidade que implicasse em cerceamento de defesa, estando esclarecidos todos os fatos geradores da obrigação previdenciária lançada. Informou, ainda, que o art. 11 da MP nº 2.180-35/2001 não teria o condão de obstar o lançamento, não havendo que se falar em controvérsia jurídica no âmbito administrativo. Assim, após o encerramento do procedimento administrativo, e por meio de parecer emitido pelas consultorias jurídicas do respectivos

Ministérios, e concluindo o Sr. Advogado Geral da União pela existência de controvérsia jurídica, é que poder-se-ia criar uma Câmara de Arbitramento Especial com a finalidade de dirimir as questões pendentes entre os órgãos públicos. Por fim, alegou que a legislação previdenciária prevê, expressamente, a aplicação da taxa Selic.

Ao analisar as questões meritórias, a autoridade fiscal julgou improcedentes as alegações da ora Recorrente, por considerar que as informações constates no Relatório Fiscal Complementar seriam suficientes para demonstrar a ocorrência de cessão de mão-de-obra, informando, mês a mês, os valores e os números das notas fiscais que serviram de base de cálculo. Apenas com relação à empresa Exposui Feiras e Eventos Ltda., afastou o instituto da retenção no período compreendido de 01/01/2000 a 31/08/2002, por se tratar de pessoa jurídica optante pelo Simples, sendo declarado o valor remanescente de R\$ 167.750,40 (cento e sessenta e sete mil e setecentos e cinquenta reais e quarenta centavos). Por fim, indeferiu o pedido de pericia, por não haver a indicação de quais os pagamentos de contribuições previdenciárias que teriam sido desconsiderados pela Fiscalização.

Contra essa decisão, a atuada interpôs Recurso Voluntário, reiterando os termos da impugnação, especificamente com relação (i) à violação do direito ao contraditório e ampla defesa, bem como dos princípios que regem o processo administrativo fiscal; (ii) a irregularidade no procedimento fiscal que culminou na lavratura da NFLD, por não ter sido apurada a situação particular de cada nota fiscal; e, por fim, (iii) a exigência de juros em patamares abusivos. Por se tratar de instituição pública federal, requereu a dispensa do depósito administrativo para recorrer.

Apresentada contra-razões, alegou a Fiscalização, em síntese, que a Recorrente não apresentou nenhum elemento novo, apenas a renovação dos argumentos contidos na defesa; que todas as argumentações apresentadas foram minuciosamente analisadas quando do julgamento da impugnação, e ao final requereu a ratificação da NFLD postulando pela sua manutenção, nos termos da decisão exarada em primeira instância.

É o relatório.

Voto

Relatora

Conselheira CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE,

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo. Apenas a título de esclarecimento, a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da exigência de depósito prévio, no valor mínimo de 30% da exigência fiscal, como condição para seguimento do recurso voluntário, deu ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 21, DOU de 10/11/2009, tornando prejudicada a verificação da possibilidade de dispensa da referida exigência de órgãos públicos.

Antes de se adentrar à análise das alegações contidas no Recurso Voluntário, faz-se necessário examinar se os tributos lançados na NFLD em questão podem ser exigidos do contribuinte. A questão relativa ao prazo decadencial para a constituição de créditos previdenciários foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante de nº 8, nos seguintes termos:

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 de 1988, o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal terá efeito vinculante para todos os órgãos da Administração Pública, inclusive para este Conselho:

"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."

Nestes termos, por não ser possível aplicar ao caso concreto a hipótese prevista no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, em razão do entendimento contido na Súmula Vinculante nº 8, há que se analisar a questão à luz das regras previstas no Código Tributário Nacional.

Os tributos sujeitos ao lançamento por homologação estão regulados pelo art. 150 do Código Tributário Nacional. Consoante o que estabelece o § 4º do mencionado dispositivo legal, havendo pagamento antecipado do tributo devido, considera-se extinto o crédito tributário com a homologação expressa ou tácita, que se dará com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador. Todavia, caso não haja o pagamento antecipado, dever-se-á observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN, que determina que o prazo para a constituição dos créditos tributários é de cinco anos, contados do primeiro dia útil do ano subsequente àquele no qual poderia ter havido a sua exigência.

Esse, inclusive, o entendimento que vem sendo adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INCIDÊNCIA DO ART. 173, INC. I, DO CTN. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 DA LEI N. 8.212/91. SÚMULA VINCULANTE N. 8 DO STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, na Sessão Plenária de 12.6.2008, editou a Súmula Vinculante n. 8, publicada no DO de 20.6.2008, com este teor: "são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"

2. Nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem

do prazo decadencial. No REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, reafirmou-se tal posicionamento

3 Recurso especial não provido." (REsp 1090021/PE, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJ 05/05/2010)

A NFLD foi lavrada em 07/12/2005 para exigir os créditos tributários relativos às competências de 02/1999 a 11/2004. Nestes termos, com fundamento no que dispõe o art. 173, I, CTN, em razão de não ter havido o pagamento antecipado do tributo devido, houve a decadência do direito do Fisco de promover a constituição do crédito tributário apurado no período de 02/1999 a 11/1999.

Em sede de preliminar, alega a autuada a existência de vícios formais que implicariam no cerceamento do seu direito de defesa. *Data maxima venia*, entendo que não assiste razão à Recorrente. Constam da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito todos os elementos necessários à identificação dos fatos geradores que ensejaram a sua lavratura, seu correto fundamento legal, bem como o detalhamento dos valores apurados pela Fiscalização.

Ademais, tanto em sua impugnação, quanto em seu Recurso Voluntário, a parte não logrou demonstrar a insuficiência de dados capaz de inviabilizar a sua defesa. Esse, inclusive, o entendimento que vem sendo reiteradamente adotado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. DESCABIMENTO. A exposição das razões de fato e de direito utilizadas pela requerente em sua plenitude, por todos os meios inerentes, comprova a inexistência do prejuízo alegado, descaracteriza o cerceamento ao direito de defesa." (CSRF/03-04.323, Terceira Câmara, Relator: Otácilio Dantas Curtaxo, DOU. 08/08/2007)

A presente NFLD se refere a retenções obrigatórias previstas no art. 31, da Lei nº 8.212/1991, quais sejam, retenções em decorrência da na cessão de mão de obra, pela prestação de serviços à Recorrente no período de 02/1999 a 11/2004.

Conforme o relatório fiscal de fls. 194/206, o lançamento das contribuições previdenciárias foi efetuado com base no que consta na escrita contábil, nos contratos de prestação de serviço e na documentação de caixa.

A irresignação se resume ao fato de o Auditor autuante ter solicitado, sem motivação, esclarecimentos sobre determinadas notas fiscais e, em razão da não apresentação destes esclarecimentos, os serviços ali constantes terem sido considerados como sujeitos a retenção.

Da análise dos autos, é possível inferir que a Decisão-Notificação não merece reparos. A Lei nº 8.212/91, em seu art. 33, obriga a exibição de todos os documentos e livros relacionados às obrigações principais (pagamento das contribuições previdenciárias) e às obrigações acessórias, de tal sorte que o Auditor Fiscal tem a prerrogativa legal de exigir a apresentação dos documentos fiscais do contribuinte e os respectivos esclarecimentos, não lhe cabendo decidir sobre a oportunidade ou não de atender a intimação fiscal, e sim cumprir o que preceitua a norma. Agindo de forma diferente, deve arcar com as consequências, prevendo a lei

a possibilidade de os tributos serem lançados de ofício. É o que se verifica da disposição contida no § 3º do mencionado dispositivo legal, com a redação vigente à época:

"Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário "
(Original sem grifos)

Se existe escrituração, em contabilidade, do pagamento por serviços prestados ao contribuinte, bem como a existência de notas fiscais, o auditor fiscal tem o poder/dever de intimar a empresa a esclarecer se houve a retenção das contribuições previdenciárias devidas, até mesmo por se tratar de obrigação legalmente prevista. Na falta dos esclarecimentos requeridos, justifica-se o lançamento, cabendo ao contribuinte trazer elementos que desnaturem o que determinado pelo Fisco, e isso não foi feito nos autos.

Nesse ponto, manifestou o contribuinte pela necessidade de apuração de cada uma das situações que deram ensejo a emissão das notas fiscais, em razão da possibilidade de existirem justificativas para a ausência de retenção, como é o caso das empresas optantes pelo SIMPLES. Nesse sentido, vale transcrever o argumento constante na peça recursal:

"Solicitamos que o mesmo seja anulado na totalidade porque os demais pagamentos feitos a fornecedores e que a Fiscalização arrolou como não feitos a retenção podem estar na mesma situação deste, já que ficamos impossibilitados de ter acesso a DECLARAÇÕES DO SIMPLES das respectivas Empresas na época do pagamento já que as mesmas atualmente não possuem

tal declaração mas a data do fato gerador poderiam ter, no entanto o Sistema da Receita Federal, só emite DECLARAÇÃO DE SIMPLES das Empresas que possuem na data presente."

Ora, também nesse caso não assiste razão ao contribuinte, pois a dispensa da retenção apenas poderia se justificar se houvesse sido apresentada a documentação que lhe deu suporte, o que não se verificou. Não cabe à Administração Fiscal fazer o levantamento de tais informações, como tentou fazer crer o contribuinte. Apenas os dados que estão no processo podem servir de convicção ao julgador. Essa é inclusive a razão pela qual se admite a juntada de documentos comprobatórios dos fatos alegados mesmo após o julgamento em primeira instância. Se, a partir das informações contidas nos autos, considerar o órgão administrativo que é desnecessária a produção de novas provas, poderá promover o julgamento da manifestação do contribuinte, convalidando o lançamento fiscal realizado, se for o caso.

Por fim, no que diz respeito ao questionamento dos acréscimos legais, especificamente da Taxa Selic, também não restam dúvidas de que a atuação fiscal baseou-se nos preceitos legais que regulamentam a matéria.

A exigência de juros, nas hipóteses de recolhimento a destempo de contribuições previdenciárias, encontra-se prevista no art. 34 da Lei nº 8.212/91, que assim estabelece:

"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 a 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."

No mesmo sentido, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, preceitua, em seu art. 239:

"Art 239. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento de débito, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas a:

II - juros de mora, de caráter irrelevável, incidentes sobre o valor atualizado, equivalentes a:

- a) um por cento no mês de vencimento*
- b) taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia nos meses intermediários e*
- c) um por cento no mês do pagamento".*

Como se depreende do exposto, a exigência de juros incidente sobre as contribuições previdenciárias em atraso é decorrente de lei e não pode o Fisco Previdenciário furtar-se de sua obrigação de aplicar a lei, já que o ato administrativo de lançamento é totalmente vinculado à norma. A cobrança do referido acréscimo legal, assim, tem previsão legal que ampara sua exigência e, portanto, sua aplicação obedece ao princípio da legalidade, essencial ao funcionamento da Administração Pública.

CA

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo interessado, reconhecendo, de ofício, a decadência do direito do Fisco de promover o lançamento das contribuições previdenciárias decorrentes de fatos geradores praticados no período de 02/1999 a 11/1999.


CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE - Relatora