



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

Processo nº 35318.001351/2006-42
Recurso nº 146.471 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.028 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2009
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Empresas em Geral
Recorrente SOCIEDADE DE ENSINO DO TRIÂNGULO S.C. LTDA.
Recorrida DRP/NITERÓI/RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1999 a 30/09/2001

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.

DISPENSA DA RETENÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

A retenção é uma obrigação da tomadora de serviços, assim sendo para que não efetue tal obrigação é necessário que no momento do pagamento da nota fiscal haja documentação que comprove uma das hipóteses de dispensa da retenção.

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte

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 nos artigos 150, § 4º e 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso; no mérito, por unanimidade de votos, mantidos os demais valores.


LIÈGE LACROIX THOMASI
Presidente


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA
Relator

Participaram do julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Adriana Sato, Leonardo Henrique Pires Lopes (Suplente), Bernadete de Oliveira Barros (Suplente), Manoel Coelho Arruda Junior e Liège Lacroix Thomasi (Presidente). Ausente a conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da retenção de 11% decorrente da contratação de serviços que teriam envolvido cessão de mão-de-obra, conforme previsão no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências outubro de 1999 a setembro de 2001, fls. 64 a 68.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela sociedade empresária, fls. 100 a 111.

A Decisão da Delegacia da Receita Previdenciária confirmou a procedência do lançamento, fls. 186 a 191.

Não concordando com a decisão do órgão fazendário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 198 a 208; alegando em síntese:

O lançamento tem que ser anulado pois o serviço foi prestado está enumerado no art. 12, inciso I da Ordem de Serviço DAF INSS n.º 209 de 1999 e cumulativamente foi prestado pelo sócio da empresa;

Parte dos créditos tributários já foi atingida pela decadência;

O crédito foi apurado quando já estava em vigor a Instrução Normativa n.º 3, devendo ser observado o disposto no art. 148, inciso III;

Requerendo provimento ao recurso interposto.

A Receita Previdenciária apresentou contra-razões na forma das fls. 212 a 215, sugerindo a manutenção do crédito previdenciário.

É o relatório.

3



Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fls. 193 e 198; 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 outubro de 1999 a setembro de 2001. O lançamento foi realizado em 21 de julho de 2006.

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

2000, inclusive esta. A competência dezembro de 2000 não decaiu, pois o crédito somente poderia ser constituído após o vencimento, ou seja em 2 de janeiro de 2001; 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 2002, a qual findaria em 1º de janeiro de 2007.

Para as competências não decadentes (dezembro de 2000 a setembro de 2001) restou caracterizada a cessão de mão-de-obra, pois a própria recorrente afirmou nos argumentos recursais, fl. 200: “Insta considerar, que os serviços prestados pela empresa contratada eram de orientação de projetos em pesquisa, realização de cursos e seminário, sendo executados de forma contínua e com permanência de professores nas dependências da empresa contratante”.

Uma vez verificando a ocorrência da cessão de mão-de-obra, há que se analisar se a recorrente se enquadra em alguma das hipóteses de dispensa da retenção previstas nas Instruções Normativas que regiam a matéria, conforme a época de ocorrência do fato gerador.

No período do lançamento que abrangeu as competências dezembro de 2000 a setembro de 2001 regia a dispensa da retenção a Ordem de Serviço INSS n.º 209 de 1999, nestas palavras:

26 – A contratante estará dispensada de efetuar a retenção quando:

(...)

III – na contratação de serviços listados no item 12.1 houver serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, desde que prestados pessoalmente pelos sócios ou cooperados, nas sociedades civis ou cooperativas de trabalho, respectivamente, devendo esse fato constar da própria nota fiscal/fatura ou recibo ou em documento apartado.

Os serviços prestados pela contratada não se enquadram como de profissão regulamentada (v.g., advogados, médicos, engenheiros). Conforme contrato social, a atividade do sócio da contratada era de professor.

A retenção é uma obrigação da tomadora de serviços, assim sendo para que não efetue tal obrigação é necessário que no momento do pagamento da nota fiscal haja documentação que comprove uma das hipóteses de dispensa da retenção.

Pelo exposto não ocorreram as hipóteses de dispensa da retenção de 11% previstas nas Instruções que regeram a matéria.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 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

f 5 

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.

Entendo que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária.

Caso a fiscalização sempre tivesse o encargo de diligenciar para fiscalizar a prestadora, não haveria sentido na criação da substituição tributária. A retenção é exigência legal, e como bem asseverado, surgiu para facilitar a arrecadação tributária

Ao contrário do que afirma a recorrente, não é possível aplicação retroativa da Instrução Normativa n.º 3 de 2005. As condições para dispensa da retenção não são normas expressamente interpretativas, mas sim carregam eminentemente um conteúdo material, ligado à dispensa do cumprimento de obrigação tributária. Também não se refere à norma de direito tributário penal, não se tratando de infrações nem penalidades, não há que se aplicar o disposto no art. 106, inciso II do CTN.

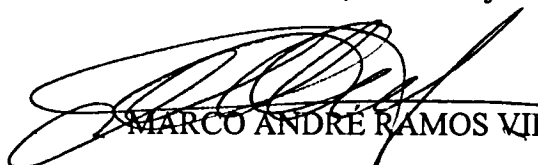
Na época em que a recorrente teria que realizar a retenção não havia as hipóteses de dispensa previstas na Instrução Normativa n.º 3, desse modo na data do fato gerador deveria ter observado a norma cogente, e efetuar a retenção.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL. Devem ser excluídas as competências anteriores a novembro de 2000, inclusive, em virtude da fluência do prazo decadencial.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2009


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Relator


6