



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

Processo nº 35339.001538/2006-06
Recurso nº 244.424 Voluntário
Acórdão nº 2302-002.246 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de novembro de 2012
Matéria Remuneração dos segurados parcelas em folha de pagamento
Recorrente SINDICATODOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DA CONSTRUÇÃO E DO MOBILIÁRIO DE BRUSQUE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 28/02/2005

DECADÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

O indeferimento do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, quando demonstrada sua prescindibilidade.

Considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

AJUDA DE CUSTO REMUNERAÇÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Os valores pagos aos segurados a título de ajuda de custo, em mais de uma parcela e sem comprovação de que foram recebidos em decorrência da mudança do local de trabalho do empregado, integram a base de cálculo das contribuições para todos os fins e efeitos, nos termos do artigo 28, I, da Lei nº 8.212/91.

CONTRIBUENTES INDIVIDUAIS.

Incidem contribuições previdenciárias sobre a remuneração e demais rendimentos do trabalho recebidos pelas pessoas físicas.

VÍCIO MATERIAL

A falta de comprovação da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, acarreta a nulidade do lançamento por vício material.

A falta de demonstração pelo fisco da existência dos pressupostos contidos na hipótese legal da antecipação compensável referente à retenção de 11% incidente sobre notas fiscais ou faturas de prestação de serviço com cessão de mão de obra, levou à nulidade do levantamento RET.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, pela fluência do prazo decadencial exposto no artigo 173, I do Código Tributário Nacional e para excluir o lançamento RET por vício material, frente à não comprovação da existência do fato gerador, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Juliana Campos de Carvalho Cruz, divergiram quanto à decadência, entendendo que se aplicava ao caso, o artigo 150§4º do Código Tributário Nacional.

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente Substituta

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Junior, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Paulo Roberto Lara dos Santos.

A conselheira Adriana Sato declarou-se impedida de participar do julgamento.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada em 10/05/2005 e cientificada ao sujeito passivo em 20/05/2005, refere-se às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, contribuintes individuais e às retenções de 11%, sobre serviços prestados com cessão de mão de obra, tudo no período de 01/1995 a 02/2005.

O relatório fiscal de fls.510/520, traz que a contabilidade da recorrente não foi aproveitada como elemento de prova a seu favor, por demonstrar inúmeras inconsistências, o que levou a lavratura dos pertinentes autos de infração por descumprimento de obrigação acessória, inclusive, por ter deixado de apresentar o Livro Diário do exercício de 2004. Aduz que o levantamento refere-se a pagamento de valores extra-folha aos segurados empregados a título de ajuda de custo, horas extras e salários; à caracterização de segurados como empregados, às diferenças de salário relativas aos dirigentes sindicais, considerados pela fiscalização como empregados e, por presunção, à parcela de 11%, descontada dos recibos pagos às empreiteiras de mão de obra.

Após a impugnação, os autos baixaram em diligência, fls. 752, para que restasse evidenciada a existência dos pressupostos necessários à caracterização dos segurados considerados pela fiscalização como empregados.

Informação Fiscal de fls. 754/761, manteve o crédito como lançado, pugnando pela caracterização dos segurados como empregados, por preencherem os requisitos necessários para tanto.

A notificada foi cientificada do resultado da diligência, manifestou-se e Decisão-Notificação de fls. 867/879, julgou o lançamento procedente em parte para excluir os segurados tidos como empregados à exceção da segurada Ivone Maria Machado, que prestava serviços como servente, contratada por hora, com pagamentos de salário, 13º salário e férias.

Ainda inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, onde alega em apertada síntese:

- a) a decadência quinquenal;
- b) que é entidade sem fins lucrativos adotando o regime de caixa para sua escrituração, sendo que não há lei que obrigue a adoção do regime por competência;
- c) que seus resultados contábeis exibem fielmente a realidade, que não há mácula na sua contabilidade, reiterando o pedido efetuado na defesa e indeferido, quanto à realização de perícia contábil;
- d) a nulidade da decisão recorrida por cerceamento de defesa, ao não deferir a perícia e nem fundamentar o indeferimento;

- e) que a segurada Ivone não é empregada, juntando escritura pública onde está declarado que presta serviço em dois dias , de forma descontínua, e sem subordinação, pois é ela que decide sobre a limpeza;
- f) que ajuda de custo é verba indenizatória;
- g) que os honorários advocatícios não podem ser acrescidos da verbas sucumbenciais , porque foram repassadas de livre vontade ao advogado;
- h) que não tem obrigação de recolher 11% de retenção porque a obrigação legal da retenção só existe a partir de 04/2003, e os recibos são anteriores, assim como são relativos à pessoas jurídicas;
- i) que os dirigentes sindicais foram considerados autônomos, na forma prescrita pela Ordem de Serviço N° 564/97.

Requer o reconhecimento da decadência, a realização de perícia, a procedência das razões recursais e a relevação da multa, na forma disposta pelo artigo 291§1º do Decreto n.º 3048/99, por ser primária e não ter incorrido em agravantes.

Após a apreciação do recurso na primeira instância, foi emitida outra Decisão-Notificação para reformar a decisão anterior , fls.993/999, para excluir do lançamento as contribuições relativas aos dirigentes sindicais nas competências 08/1997 a 11/1997, onde reconhecidamente os mesmos são considerados contribuintes individuais (autônomos).

O contribuinte foi cientificado da nova decisão e não se manifestou.

O Fisco apresentou as contrarrazões pela manutenção do lançamento remanescente.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

O recurso apresentado às fls.884/913, cumpriu com o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, devendo ser conhecido e examinado.

Da Preliminar

A notificação refere-se ao período de 09/1995 a 02/2005 e foi lavrada em 17/05/2005, com ciência pelo sujeito passivo em 20/05/2005.

A recorrente arguiu a aplicação da decadência quinquenal e com efeito, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem observar a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, somente se homologa pagamento, caso esse não exista, não há o que ser homologado, devendo ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

No caso presente, não há recolhimentos parciais relativos ao crédito lançado nesta notificação, assim, aplica-se o artigo 173, I do CTN, devendo ser excluídas do levantamento as competências até 11/1999, inclusive:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Quanto à arguição da recorrente acerca da nulidade da decisão recorrida por cerceamento de defesa em não deferir a realização de perícia, ressalto a inexistência do mesmo, posto que a notificação de débito, seus anexos e o relatório fiscal explicitam claramente a origem e o valor do débito, o procedimento fiscal foi desenvolvido dentro da empresa, à vista de seus administradores e empregados, tanto que foi possível à notificada contestar totalmente o débito, o que demonstra perfeita compreensão do mesmo.

O relatório fiscal de fls.510/520, expressa que a base imponible para a cobrança das contribuições previdenciárias, consubstanciadas nesta notificação, foi retirada dos documentos elaborados pela recorrente, de sua posse e guarda. Os recibos de pagamentos de valores que foram considerados como remuneração também constam dos autos, volume I e II, planilhas anexas ao levantamento às fls. 164/179, trazem todas as bases levantadas e consideradas como remuneração de empregados ou contribuintes individuais, não configurando cerceamento de defesa.

Assim, o direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurado pela Constituição federal, não foi maculado em razão do levantamento ter sido efetuado através do exame dos documentos de posse da notificada, por ela elaborados, o que lhe permite contradizer e defender-se sem qualquer restrição, já que são de seu conhecimento os elementos oferecidos para exame.

Ainda, quanto ao contraditório e à ampla defesa, preleciona Hugo de Brito Machado in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 304:

Os conceitos de contraditório, e de ampla defesa, são interligados, até porque o contraditório é, de certa forma, um meio, ou um instrumento inerente à ampla defesa.

Por contraditório entende-se a garantia de que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são parte no conflito. No processo administrativo fiscal a garantia do contraditório quer dizer que o contribuinte tem direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes do fisco, antes da decisão. E também que os agentes do fisco devem ser ouvidos sobre a defesa oferecida pelo contribuinte.

A ampla defesa quer dizer que o contribuinte não pode ter contra ele constituído um crédito tributário sem que lhe seja assegurada oportunidade para demonstrar que o mesmo é indevido.

Portanto, a argumentação da recorrente não deve prosperar. O cerceamento de defesa e a violação ao princípio do contraditório e ao princípio da ampla defesa não restaram caracterizados, pois, o interessado foi notificado de todos os atos e procedimentos efetivados durante o trâmite administrativo e apresentou impugnação e recurso à notificação lavrada.

Quanto à solicitação de perícia para demonstrar a veracidade da escrita contábil, primeiramente, é de se ver que tal alegação caberia nos autos de infração que foram lavrados pelo descumprimento de obrigação acessória de apresentar ao fisco a contabilidade regular e de escriturar todos os fatos geradores de contribuição previdenciária, na forma como disposto pelos artigos 32 e 33, da Lei n.º 8.212/91, e não nesta notificação que refere-se ao descumprimento da obrigação principal de recolher as contribuições devidas à Seguridade Social.

Ademais, à autoridade julgadora de primeira instância é que compete a determinação para a realização de perícia se julgá-la necessária ou conveniente, conforme a legislação que disciplina o processo administrativo tributário, *in verbis*:

DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)

PORTARIA Nº 520, DE 19 DE MAIO DE 2004

Art. 11. A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

Portanto, o pedido de perícia não se constitui em direito subjetivo do notificado e a prova do fato de eventual erro nos valores lançados, independe de conhecimento técnico, sendo, inclusive, o crédito já retificado na primeira instância para aquelas alegações do recorrente que se mostraram procedentes.

Destarte, considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

Do Mérito

Com referência ao mérito do levantamento, deixo de me manifestar quanto às contribuições dos dirigentes sindicais por já estarem alcançadas pela fluência do prazo decadencial.

A recorrente confirma nas razões recursais que efetuava pagamentos a títulos ajuda de custo que não eram oferecidos a incidência contributiva previdenciária pois a recorrente os considerava excluídos do salário de contribuição. Porém, o salário indireto se constitui em um ganho habitual que amplia o patrimônio do trabalhador. Consiste, no dizer da melhor doutrina, em toda e qualquer vantagem atribuída ao empregado, sem a qual, para alcançá-la, teria que arcar com o respectivo ônus. Decorre do contrato de trabalho e é ajustado por meio de acordo expresso ou tácito. O ganho habitual, por sua natureza, é sempre remuneratório.

A matéria de ordem tributária é de interesse público, por isso é a lei que determina as hipóteses em que valores pagos aos empregados não integram o salário de contribuição, ficando isentos da incidência de contribuições sociais.

Nessa linha, da análise dos autos, verifica-se que os valores pagos pela empresa aos segurados a título de ajuda de custo não se enquadram nas hipóteses previstas em Lei como isentas de contribuições sociais; a Lei 8.212/91, em seu art. 28 inciso IV § 9º alínea "g", que assim determina:

"Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Assim, os valores pagos por liberalidade da recorrente não se enquadram na alínea "g" do § 9º do art. 28 supra citado, posto que não foram pagos em parcela única e não foram recebidos em decorrência da mudança do local de trabalho do empregado, sendo passíveis da incidência da contribuição previdenciária, pela sua habitualidade, por ter caráter remuneratório e não indenizatório, representando uma vantagem patrimonial para o trabalhador.

Na mesma linha de raciocínio os valores pagos à advogada da recorrente a títulos de verbas de sucumbência integram o salário de contribuição do segurado contribuinte

individual, na forma disposta pelo artigo 28, inciso III, da Lei n.º 8.212/91. A própria recorrente afirma que repassa as verbas de livre espontânea vontade para a segurada, não havendo qualquer restrição para que as mesmas integrem o salário de contribuição da segurada, contribuinte individual. A liberalidade do pagamento não exclui a obrigatoriedade da incidência da contribuição previdenciária:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º

No que concerne à segurada Ivone Maria Machado, entendo que não há reparos a fazer no lançamento efetuado que a considerou como empregada, posto que contratada por hora, recebendo através de recibos valores de salário, décimo-terceiro salário, férias e constando das fls. 519, acordo firmado na Justiça do Trabalho, onde lhe foi pago FGTS.

As alegações da recorrente quanto à eventualidade do trabalho, a não subordinação e à escritura pública declaratória firmada pela segurada onde afirma prestar serviços de diarista duas vezes por semana, não tem o condão de ilidir ou desvirtuar a forma pela qual o serviço é prestado, ou seja com habitualidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação e pessoalidade, todos elementos caracterizadores da relação de emprego, que perdura por treze anos, com cumprimento de horário das 08:00 hs às 13:00 hs, duas vezes por semana, conforme consta dos autos, na já citada escritura pública declaratória.

O fato do serviço não ser prestado diariamente não implica em eventualidade, pois a natureza do serviço é permanente, ou seja, a recorrente necessita que o serviço seja prestado “sempre” nos dias e horários agendados. A eventualidade restaria demonstrada se, esporadicamente, houvesse uma pessoa para efetuar os serviços de limpeza na sede da recorrente, mas não como no caso em tela, onde a segurada presta serviço de maneira regular, cumprindo horário, recebendo remuneração, férias e décimo-terceiro salário, de forma que se mostra inócua a assertiva de que a segurada não recebe ordens, decidindo por si acerca da limpeza. Por óbvio, a assertiva não foi comprovada e não merece maior destaque, frente à natureza do serviço prestado que por si só, subordina-se ao mando do empregador.

Quanto às retenções de 11%, incidentes sobre recibos de mão de obra que não foram objeto de recolhimento por parte da recorrente, na condição de tomadora desses serviços, o fisco diz que o lançamento se deu por presunção.

A recorrente nas suas razões não discorre sobre este assunto, arguindo que a retenção de 11%, relativa a parte do segurado e incidente sobre a remuneração do contribuinte individual, somente entrou em vigor a partir de 04/2003, pelo que não se aplica ao lançamento que é de período anterior. Entretanto, o lançamento não diz respeito à retenção do contribuinte individual.

A Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra.

A partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, alterou-se a natureza jurídica da relação entre o INSS e a empresa tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra, deixando de existir a solidariedade, criando-se a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN.

O artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9.711/1998, diz que a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá proceder à retenção incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da cedente de mão-de-obra:

*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.*

É a esta retenção que o lançamento se refere.

Todavia, é de se ver que o lançamento não está estribado em notas fiscais ou faturas de prestação de serviços, porque segundo consta do relatório fiscal, não foram emitidas, de forma que o levantamento RET foi efetuado por presunção, como diz o fisco a partir de recibos pagos a empreiteiras.

Neste aspecto entendo que não restou demonstrada a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, qual seja a prestação de serviço com cessão de mão de obra, que sujeita-se à retenção de 11%, estipulada pelo artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 9711/98.

O relatório fiscal, fls.510/520, também não faz referência a apuração do crédito por aferição indireta, que tampouco consta do discriminativo FLD - Fundamentos Legais do Débito.

Destarte, o procedimento fiscal não evidenciou a subsunção ao que prescreve o artigo 33, §§ 2º e 3º da Lei n.º 8.212/91.

Art. 33

(...)

§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 o seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extra-judicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§3º Havendo 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.

É certo que compete à fiscalização solicitar e examinar livros e documentos da empresa a fim de assegurar o correto e eficaz cumprimento das obrigações principais e acessórias, relativamente às contribuições previdenciárias e na falta de documentos regulares e formalizados, arbitrar o débito, mas isto deve estar explícito no lançamento para que o contribuinte tenha conhecimento do que lhe foi imputado e por que.

O relatório descreveu a existência de recibos pagos a empreiteiras de onde presumiu a existência de serviços prestados com cessão de mão de obra e lançou o crédito de retenção. Contudo, falta a comprovação de que o fato efetivamente ocorreu, os pressupostos fáticos até podem ter ocorrido, mas ausentes as provas da sua subsunção, entendo que o lançamento deve ser anulado por vício material.

O motivo do lançamento, a efetiva comprovação da ocorrência do fato gerador, a demonstração da existência dos pressupostos contidos na hipótese legal da antecipação compensável referente à retenção de 11% incidente sobre notas fiscais ou faturas de prestação de serviço com cessão de mão de obra, não restou demonstrada pelo fisco, levando a nulidade do levantamento RET.

Por derradeiro, não há que se falar em relevação da multa, com base no artigo 291, parágrafo 1º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, pois o dispositivo, hoje revogado, referia-se à multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, que vem definida em legislação, não se confundindo com a multa de mora imposta nesta notificação pelo descumprimento da obrigação principal de recolher as contribuições previdenciárias devidas.

Por todo o exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso para acatar o prazo decadencial exposto no artigo 173, I do Código Tributário Nacional e excluir do lançamento as competências até 11/1999, inclusive e o levantamento RET, deve ser anulado por vício material.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora