



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	35564.004167/2006-42
Recurso nº	141.465 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão nº	206-00.605
Sessão de	13 de março de 2008
Recorrente	DE MEO COMERCIAL E IMPORTADORA LTDA
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO PAULO CENTRO - SP

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/1999 a 28/02/2001

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO. DECISÃO JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1-De acordo com o artigo 34 da Lei nº 8.212/91, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal e lançamento, pagas com atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Preliminar de ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC rejeitada.

2- Decadência decenal, aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91.nos termos do art. 49 do Regimento Interno deste Conselho é vedado ao Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob o fundamento de inconstitucionalidade, sem que tenham sido assim declaradas pelos órgãos competentes. A matéria encontra-se sumulada, de acordo com a Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes. Preliminar de decadência rejeita.

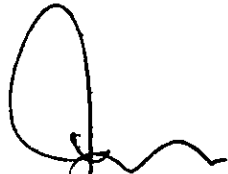
2

3- Havendo decisão judicial, em ação proposta pela empresa contratada, que impossibilite a observância do dever de retenção por parte da empresa contratante dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, o lançamento deve ser lavrado em nome do contribuinte e não do responsável.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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



ELIAS SAMPAIO FREIRE

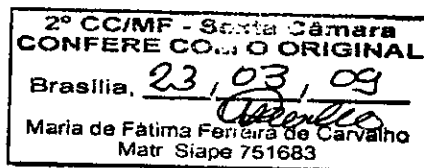
Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

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



Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 49/52, refere-se às contribuições destinadas à Seguridade Social, as quais são devidas em virtude da retenção dos 11% (onze por cento) do valor bruto contido em nota fiscal de na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 04/1999 a 02/2001, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Segundo o Relatório Fiscal, constituem os fatos geradores das contribuições objeto do presente lançamento, os pagamentos efetuados a empresa EMBRASE – Empresa Brasileira de Serviços Gerais S/C LTDA. CNPJ nº 64.162.795/0001-17, pelos serviços de limpeza, enquadrando no artigo 31, § 4º, inciso I, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

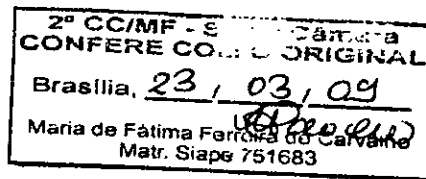
De acordo com o citado relatório fiscal, a empresa prestadora de serviço interpôs Mandado de Segurança nº 1999.61.00.010561-0, com liminar deferida em 19/03/1999, para suspender a exigibilidade da retenção. O INSS agravou da decisão, sendo concedido no Agravo de Instrumento o “efeito suspensivo ativo” em 16/04/1999.

A suspensão da exigibilidade do crédito previdenciário originada de medida liminar em mandado de segurança possui caráter precário e quando revogadas tem efeitos retroativos para o seu lançamento. Da mesma forma, denegada a segurança por sentença, ou no julgamento do recurso interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária. O crédito tributário torna-se, portanto, exigível.

Informa, ainda, o relatório fiscal que o presente lançamento é efetuado com o intuito de prevenir a possível e eventual decadência das contribuições referidas nesta NFLD, pois até a presente data não houve o trânsito em julgado da decisão, que concedeu a segurança à empresa contratada, assegurando-lhe o direito de proceder ao recolhimento da contribuição na incidência da folha de pagamentos.

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua impugnação alegando que todo o crédito lançado na presente NFLD encontra-se fulminado pela decadência, de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como as contribuições ora cobradas, o prazo para a constituição do crédito tributário é de cinco anos contados da data do fato gerador; que as disposições da Lei nº 8.212/91, acerca do prazo para constituição e cobrança dos créditos previdenciários violam o disposto no art. 146, III, alínea “b” da Constituição Federal;

Que a liminar foi deferida e confirmada, eis que foi julgada procedente a ação. Desse modo, por se tratar de Mandado de Segurança, o recurso do INSS não tem efeito suspensivo. Dessa forma não procede o lançamento; Que outro aspecto que demonstra a ilegitimidade da presente cobrança é a aplicação da taxa SELIC como juros moratórios ao crédito lançado. Que a taxa SELIC é uma figura híbrida, já que composta de correção monetária, juros e valores correspondentes a remuneração de serviços das instituições financeiras, o que demonstra estar-se diante de uma verdadeira taxa de remuneração de capital e concluiu argumentando que a substituição do teto dos juros de mora de 12% ao ano pela taxa



SELIC maquiou ilegal e inconstitucionalmente o crédito tributário pretendido, o que, conseqüentemente, implica a iliquidez e nulidade da apuração do crédito lançado.

Requeru seja acolhida a impugnação, cancelando-se a presente NFLD e arquivando-se o processo administrativo.

A secretaria da Receita Previdenciária em São Paulo -centro, por meio da Decisão-Notificação n.º 21.401.4/403/2006 (fls.145/150), julgou procedente o lançamento, ementando assim sua decisão:

**“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. AÇÃO JUDICIAL.
DECADÊNCIA. TAXA SELIC.**

Mesmo com ação judicial é pertinente o contencioso administrativo se a matéria impugnada é diversa, ainda que acessória de contribuição lançada;

Taxa SELIC é legalmente prevista; e

Nos termos do art. 45 da Lei n.º 8212/91 o prazo para a constituição do crédito tributário previdenciário é de 10 anos.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Intimada da decisão e com ela não se conformando, a empresa contratante ingressou com recurso a este Conselho, reproduzindo os argumentos aduzidos em sua impugnação, donde se destaca, em síntese, o seguinte:

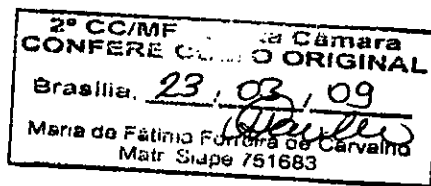
Que o presente lançamento é ineficaz, tendo havido equívoco quando da lavratura da NFLD, sendo ilegítimo o intuito pretendido pela fiscalização de atribuir excoercedoriedade ao lançamento quanto a esse período, por atender erroneamente não estar ele abarcado pela liminar. Ademais o recurso de apelação do INSS não tem efeito suspensivo, assim como ocorre no caso dos recursos extraordinário e especial.

Que como bem evidenciado na defesa administrativa, todo o crédito encontra-se fulminado pela decadência; Que muito se equivocou a I. Autoridade julgadora, pois apesar de prevista em lei, o vício que impede a utilização da taxa SELIC para fins tributários está na circunstância de que os critérios para a fixação dos percentuais não estão estabelecidos em lei.

Reiterou tudo quanto disposto na defesa administrativa e requer sejam acolhidas as razões do presente recurso, reformando-se a Decisão-Notificação, de modo a cancelar a NFLD em questão, arquivando-se o processo administrativo.

A Secretaria da Receita Previdenciária ofereceu contra-razões.

É o Relatório.



Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e, embora havendo sido negada a liminar no Ms N° 2006.61.00.017263-0, a concessão do efeito suspensivo ativo no Agravo de Instrumento n° 2006.003.00.082407-0, a exigência do depósito recursal foi afastada.

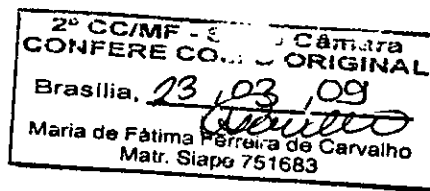
Antes de proceder à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar as preliminares suscitadas: a primeira delas diz respeito à alegação de que o lançamento foi todo alcançado pela decadência, de acordo com o art. 150, § 4º do CTN, pois em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como as contribuições ora cobradas, o prazo para a constituição do crédito tributário é de cinco anos contados da data do fato gerador; que as disposições da Lei n° 8.212/91, acerca do prazo para constituição e cobrança dos créditos previdenciários violam o disposto no art. 146, III, alínea "b" da Constituição Federal; Nesse sentido, vale ressaltar que a constituição dos créditos previdenciários se rege por lei específica e não é possível, no tocante ao prazo decadencial, negar a vigência do art. 45 da Lei n° 8.212/91, que estabelece que *o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se em após dez anos a contar do 1º dia do exercício seguinte àquele que o crédito poderia ter sido constituído.*

No que tange argüição de inconstitucionalidade trazida pela recorrente, quanto à aplicação da taxa de SELIC no cálculo dos juros de mora. Alega a Recorrente que a forma de cálculo da SELIC não se encontra prevista em lei e que a substituição do teto dos juros de mora de 12% ao ano pela taxa SELIC maquiou ilegal e inconstitucionalmente o crédito tributário pretendido, o que, conseqüentemente, implica a iliquidez e nulidade da apuração do crédito lançado. Nesse sentido, há que lembrar que os juros de mora exigidos no presente lançamento, de fato, decorrem de legislação específica, em plena vigência, conforme fundamentada no artigo 34 da Lei n° 8212/91, 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 à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei n° 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos em caráter irrelevável".

Em ambos os casos, aplica-se as regras contidas no artigo 49 do Regimento Interno dos Conselhos dos Contribuintes, que determina que no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade. Além disso, a matéria encontra-se sumulada, conforme Súmula n° 02 deste 2º Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos: "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária". Com isso, rejeito a preliminar decadência e de inconstitucionalidade de aplicação da taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora.

1



Superadas as preliminares suscitadas, passo à análise das razões de mérito aduzidas no presente recurso. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 49/52, refere-se às contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 04/1999 a 02/2002, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

"Art. 31- A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de contrato 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.

§ (...).

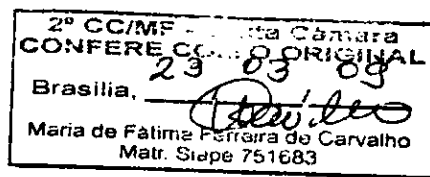
§ 3º -para os fins desta lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

Nesse contexto não é lícito à empresa alegar omissão para se eximir do recolhimento da importância retida nos termos do art. 31, *caput* da Lei nº 8.212/91 c/c art. 33 § 5º, *in verbis*:

"Art. 33 § 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa 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."

Por força do referido dispositivo legal, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra passou a ser responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais decorrentes da prestação de serviços na razão de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, assim a legislação previdenciária lhe comina a responsabilidade pela arrecadação das respectivas contribuições sociais na forma de retenção e, tendo descumprido tal obrigação, torna-se responsável pela importância que deixou de arrecadar.

É cediço que a Lei nº 9.711/98 que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com eficácia a partir de 02/1999, estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços e cujo fundamento legal é a autorização contida no art. 128 do Código Tributário Nacional.



Assim, o instituto da Retenção é uma “hipótese de substituição tributária, cuja criação é autorizada pelo art. 128 do CTN, que permite ao legislador estabelecer hipóteses de responsabilidade tributária, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, terceiro este que passa, então, a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável” (art. 121, parágrafo único, II, do CTN).

A figura da substituição tributaria existe, justamente, para atender a princípios da racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando as garantias de recebimento do crédito. Não se tem aqui a instituição de nova “contribuição” (in Paulsen Leandro, Direito Tributário, 6ª edição, Livraria do Advogado Editora, p. 937).

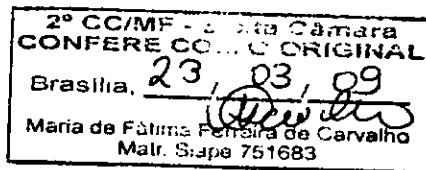
Nesse sentido, é oportuno trazermos a colação os ensinamentos do professor Luciano Amaro, *in Direito Tributário Brasileiro, 12ª Ed. Saraiva, pág. 312*, para quem a responsabilidade em estudo, somente poderá ser conferida a terceiros vinculados ao fato gerador *quando a natureza do vínculo permitir a esse terceiro, elegível como responsável, fazer com que o tributo seja recolhido sem onerar seu próprio bolso*. E segue o abalizado Doutrinador afirmando-nos que *se essa pessoa não puder agir no sentido de evitar esse ônus nem tiver como diligenciar no sentido de que o tributo seja recolhido às expensas do contribuinte, a obrigação será ilegítima*.

Dessa forma, temos que a responsabilidade por substituição não pode representar um ônus, um tributo a mais, aquele que vai figurar na qualidade de responsável, devendo-lhe ser assegurado o dever de transferir esse ônus àquele que seria realmente o contribuinte do tributo.

No presente caso, é indiscutível que o responsável por sua observância, quem seja, o tomador dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, detêm a autonomia legal para destacar dos valores a serem pagos ao prestador dos serviços, as contribuições a seu cargo, incidentes sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, de forma que a tributação não recaia sobre seu próprio patrimônio, mas sim sob o patrimônio do contribuinte.

A questão especificamente pertinente ao caso estudo, exige uma análise mais profunda deste Colegiado, já que, conforme relatado pela própria autoridade fiscal, a empresa contratada obteve a segurança, junto a Justiça Federal para lhe assegurar o direito de proceder ao recolhimento da contribuição incidente sobre a folha de pagamento, afastando as disposições da Lei nº 9.711/98, ou seja, impossibilitando à empresa tomadora de efetuar a retenção de que trata a referida Lei.

É bem de se ver que tal fato, é determinante para afastar a responsabilidade da Notificada ora Recorrente, quanto às contribuições lançadas na presente NFLD, já que por expressa determinação judicial, estava impossibilitada de efetuar a retenção que lhe era exigível. Ora, bem vimos que a responsabilidade por substituição pressupõe a transferência do ônus fiscal ao contribuinte efetivo. Se, em face de decisão judicial, inexistia a possibilidade do responsável em efetuar-la no momento devido, não há possibilidade de conferir-lhe a obrigação direta pelos tributos não retidos.



A empresa certamente não efetuou a retenção nos moldes consignados na legislação previdenciária. Contudo, destaca-se que não o fez por mera omissão ou esquecimento, mas sim porque existia ordem judicial que a impedia de assim proceder, ou seja, se no momento do pagamento referente aos serviços prestados, efetuasse a retenção, estaria descumprindo determinação judicial. Vale dizer, o que foi determinante para que a retenção não fosse efetuada, não foram os interesses da tomadora, mas sim a determinação do Poder Judiciário, que atendendo a pedido da empresa contratada, impossibilitou a Recorrente de proceder com sua obrigação legal.

A inclina decisão em comento, sem adentrar ao seu mérito, não permitiu ao contribuinte a realização daquilo que é a síntese lógica da substituição tributária, ou seja, transferir a obrigação do tributo ao próprio contribuinte, a fim de manter no responsável apenas a condição de intermediante dos fatos e atos. Com efeito, se por expressa decisão judicial não restava possível a Notificada à efetiva retenção do tributo, não houve o deslocamento do ônus fiscal a quem deve suportá-lo, de forma que a responsabilidade pelo presente crédito tributário deve ser redirecionada ao próprio contribuinte, que é a quem efetivamente cabe arcar com o tributo.

Não restam dúvidas que a Recorrente poderia ser responsabilizada pelo débito, caso a retenção não tivesse sido realizada unicamente por sua omissão ou negligência, fatos esses que não foram justificativas para o levantamento, que apenas aventa o objetivo de prevenir a decadência, e reconhece a existência da decisão judicial.

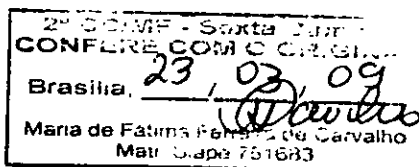
Não nego razão à autoridade julgadora singular quando afirma que é possível o lançamento de tributos que se encontram em discussão judicial, já que é o único meio de se evitar que o decurso de tempo necessário para a solução do litígio, venha a consumir o crédito tributário, pela ocorrência da decadência. Entretanto, em face de decisão judicial obtida pela empresa prestadora dos serviços, o tributo ora lançado somente pode ser exigido desta, que é o contribuinte e não do responsável, sobretudo quando restar afastada, por decisão judicial, sua obrigação. Devendo, nesse caso, o lançamento ser efetuado em face da prestadora, o que aliás se confirma como dispõe o inciso I do art 177 da IN 03/2005 (*in verbis*):

"Art. 177. Caso haja decisão judicial que vede a aplicação da retenção, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, observar-se-á o seguinte:

I - na hipótese de a decisão judicial se referir à empresa contratada mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não sujeita à aplicação do instituto da responsabilidade solidária, as contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços serão exigidas da contratada;"
grifamos.

Dessa forma, é imperioso destacarmos que a própria Secretaria da Receita Previdenciária reconheceu, através do dispositivo regulamentar em epígrafe, que seria legalmente inviável exigir do tomador de serviços, as contribuições devidas pelo prestador, quando houver decisão judicial que afaste a obrigação de reter, submetendo o eventual lançamento ao efetivo contribuinte.

1



Assim, a prevenção da decadência, mediante a constituição do crédito previdenciário de natureza tributária, relativo a contribuições discutidas em Juízo, somente é possível em face do contribuinte, sobretudo, quando os deveres daqueles indicados como responsáveis, forem afastados por decisão judicial, como no presente caso.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO: pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando, em consequência, a Decisão Notificação – DN n.º 21.401.4/0403/2006.

Sala das Sessões, em 13 de março de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA