



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

Processo nº 36392.003766/2005-40
Recurso nº 151.090 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2402-00.727 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de março de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrentes SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP
INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2005

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art.-103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2005

CO-RESPONSÁVEIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES

Os co-responsáveis elencados pela auditoria fiscal não integram o pólo passivo da lide. A relação de co-responsáveis tem como finalidade cumprir o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2005

Ementa:

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - OCORRÊNCIA - ÔNUS DA PROVA

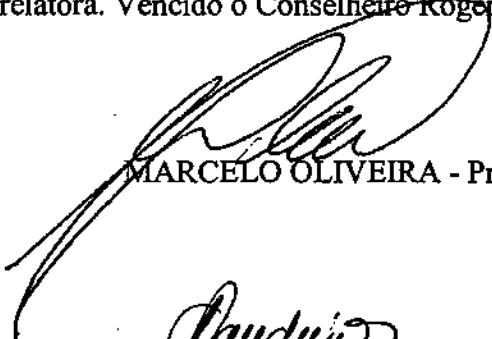
Deixando a empresa de apresentar à auditoria fiscal a documentação necessária à demonstração das condições de realização dos serviços que lhe

foram prestados, toma para si o ônus de demonstrar a não ocorrência da hipótese legal, no caso, a inoccorrência de cessão de mão-de-obra.

RECURSOS DE OFÍCIO NEGADO E VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso de ofício; b) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do cálculo do lançamento, devido à decadência, as contribuições apuradas nas competências até 11/2000, anteriores a 12/2000, pela regra expressa no § 4º, Art. 150, do CTN, nos termos do voto da relatora. O Conselheiro Rogério de Lellis Pinto acompanhou a votação por suas conclusões; b) em negar provimento aos demais argumentos suscitados nas preliminares, na forma do voto da relatora; e c) no mérito, em negar provimento à questão da existência de presunção, na forma do voto da relatora. II) Por maioria de votos: a) no mérito, em negar provimento ao recurso, no que tange às questões ligadas às ações judiciais, devido a territorialidade da decisão e do serviço prestado, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto; b) em negar provimento, ainda no mérito, à questão do lançamento sobre as obras de construção civil em que não há matrícula que comprovasse a empreitada global, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Maria da Glória Faria (Suplente).

Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 659/662 – Vol III), o lançamento em questão compreende valores que foram agrupados em diferentes códigos de levantamento, cada qual correspondente a uma empresa cedente de serviços. A auditoria fiscal apurou os valores da contribuição correspondente a 11% sobre os serviços prestados, identificados com o código R11, e deduziu os valores efetivamente recolhidos pela empresa, cujo código de identificação é RET.

O valor dos serviços foi retirado do razão contábil da empresa das contas de serviços prestados por pessoas jurídicas e obras em andamento.

Os valores de materiais, equipamentos, vales-transporte e alimentação foram deduzidos do total da nota quando devidamente discriminados no corpo da mesma e havia previsão de fornecimento de materiais e equipamentos em contrato. Havendo previsão em contrato, porém, sem discriminação de valores, observou-se o limite de 50% do total da nota.

A auditoria fiscal informa que a totalidade dos contratos foi solicitada à notificada, entretanto, nem todos foram apresentados.

As folhas 663/665 – Vol III encontra-se planilha contendo todas as prestadoras de serviços que ensejaram o lançamento em tela, discriminando o nº do contrato, quando apresentado, o tipo e o local do serviço prestado.

A notificada apresentou defesa (fls. 687/729 – Vol IV) onde questiona a metodologia utilizada para o lançamento. Segundo a mesma o procedimento fiscal teria se baseado em lançamentos contábeis, sem que houvesse análise dos respectivos contratos e notas fiscais.

Aduz que as descrições dos serviços considerados sujeitos à retenção foram tomadas com base nas denominações utilizadas pela impugnante em cada lançamento contábil.

Informa que dos 264 (duzentos e sessenta e quatro) fornecedores, apenas 22 (vinte e dois) representam 90% do crédito tributário exigido e que vários fornecedores encontravam-se, à época amparados por medidas judiciais que determinavam o afastamento da retenção.

Alega que parte dos serviços contratados são típicas obras de construção civil por empreitada total, sobre a qual não incide retenção, mas se aplica o instituto da responsabilidade solidária.

Argumenta a ausência de pressupostos legais para inclusão dos sócios como co-responsáveis.

Alega que alguns lançamentos foram considerados mais de uma vez para o cálculo do crédito exigido, ou seja, o mesmo lançamento contábil foi registrado duas vezes pelas autoridades fiscais. Segundo a mesma, em razão de vícios formais ou materiais constantes nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores, se viu obrigada a estornar o lançamento contábil referente ao ingresso da nota viciada para posterior contabilização correta. No entanto, a auditoria fiscal considerou ambos os lançamentos, o que foi estornado e o correto.

No que tange ao fornecimento de materiais e equipamentos, alega que os valores referentes aos mesmos só são passíveis de exclusão da base de cálculo pelo exame das notas fiscais e contratos. Como a quase totalidade dos contratos firmados pela impugnante prevê o fornecimento de materiais e utilização de equipamentos, deveriam ser excluídos da base de cálculo.

Considera que vários serviços foram prestados sem cessão de mão-de-obra e argumenta que a lista de serviços contida no art. 219 do Regulamento da Previdência Social é taxativa.

Elenca os fornecedores cujo serviço entende não preencher os elementos necessários para serem considerados cessão de mão-de-obra.

Os autos foram encaminhados para a auditoria fiscal que manifestou-se (fls. 1942/1950 – Vol VII) onde afirma que ao contrário do que informou a notificada o lançamento não foi efetuado sem análise dos contratos e notas fiscais. Consta no Relatório Fiscal a informação de que todos os contratos foram solicitados, porém, nem todos foram apresentados.

Esclarece que analisou todos os contratos apresentados e quantos às notas fiscais estas foram analisadas por amostragem.

Afirma que a escolha dos livros contábeis como fonte de dados baseou-se em suas funções de registro e classificação de operações, não sendo possível dizer que o exame da contabilidade não é suficiente para a conformação do mundo jurídico com o mundo fático, conforme aduziu a notificada, uma vez que o livro contábil regularmente escriturado e registrado faz prova e tem fé pública.

Quanto à alegação de que a quase totalidade dos contratos previa o fornecimento de materiais e utilização de equipamento é inóqua sem a comprovação mediante a apresentação dos mesmos com seus anexos.

Relativamente à alegação de duplicidade de lançamentos, a auditoria fiscal informa que de fato procurou identificar e excluir os estornos, o que poderia ser facilmente comprovado considerando-se que a notificada citou nove erros num universo de oitenta mil lançamentos analisados. Ainda assim, dos nove citados, a recorrente somente faz prova da ocorrência de duplicidade em uma única nota fiscal, razão pela qual o valor da mesma deve ser suprimido.

A auditoria fiscal informa que, ao contrário do que alegou a notificada, absteve-se de lançar a contribuição relativa a empresas amparadas por medida judicial.

Quanto às empresas relacionadas pela notificada, entende que o lançamento deve prevalecer pelas razões que se seguem.

Ao analisar a certidão emitida pela justiça referente ao Mandado de Segurança nº 2000.61.00023179-5, a auditoria fiscal constatou que o mesmo foi impetrado por uma associação denominada Abercotel em favor de suas associadas. Entretanto, não há prova nos autos de que as empresas citadas pela notificada, quais seja, Pirelli Cabos S/A e Alfa Engenharia Ltda, estariam, de fato, abrangidas pela decisão. Além do mais, a decisão liminar concedida obriga apenas as empresas contratantes que se localizarem sob a jurisdição do Diretor de Arrecadação e Fiscalização do INSS em São Paulo a se absterem de efetuar a retenção, o que não é o caso da notificada, que tem sede na cidade do Rio de Janeiro.

O mesmo se verificou para a prestadora Alcatel Telecomunicações Ltda, embora tenha restado demonstrado que o Mandado de Segurança nº 1999.61.0001508-8, impetrado pela associação denominada Abeprest abranja a prestadora, a decisão, tal qual a anterior obriga limita-se à competência do respectivo juízo, o Estado de São Paulo. Informa que foi solicitada a expedição de carta precatória oficiando a obrigatoriedade de uma empresa sediada no Rio de Janeiro em abster-se de efetuar a retenção. Entretanto, o pedido foi indeferido, inclusive em grau de agravo.

Quanto a empresa Colorado Telecomunicações Ltda, a mesma estaria ao abrigo do Mandado de Segurança nº 1999.61.08002782-6 da Justiça Federal de Bauru/SP. Nesse caso, novamente frisou que a competência do respectivo Juízo não poderia obrigar a notificada, vez que a autoridade impetrada seria o Gerente Regional do INSS em Bauru. Salienta que a liminar foi tornada sem efeito em 03/02/2000 e que antes dessa data não há nenhum lançamento referente à citada prestadora.

A auditoria fiscal argumenta contra a alegação de que os contratos de construção civil estariam enquadrados na modalidade de empreitada total. Informa que a notificada, com vistas a construção de suas redes de telecomunicação, elaborava projetos para instalação de dutos e cabos ópticos entre diferentes municípios e localidades pertencentes à mesma cidade. No entanto, fracionava a execução do projeto entre diferentes empresas construtoras. Admite que a legislação de regência previa o fracionamento do projeto onde cada contrato seria considerado como uma empreitada total. Entretanto, tal previsão teria um caráter facultativo e, efetivamente ocorre quando os contratantes manifestam expressa vontade no contrato e a matrícula da obra é de responsabilidade da contratada. Sem a comprovação da efetivação da matrícula pela prestadora do trecho contratado, não há fracionamento e se aplica a regra geral, ou seja, a retenção.

Às folhas nº 1951/1958 – Vol VII, a auditoria fiscal junta documento denominado Verificação dos Conjuntos de Documentos, o qual contém as conclusões a respeito da documentação juntada na defesa.

A auditoria fiscal informa que procedeu a análise a fim de verificar a correta classificação dos serviços referentes às notas fiscais e contratos apresentados, a determinação de sua inclusão ou não no rol taxativo de serviços sujeitos à retenção, a análise dos contratos quanto a serem ou não de empreitada total e quanto a possibilitarem ou não a dedução de materiais e equipamentos.

Após análise, a auditoria fiscal elaborou planilhas discriminando os contratos que foram apresentados na defesa (fls. 1959/1960 – Vol VII), os valores a serem deduzidos a título de materiais e equipamentos (fl. 1961 – Vol VII), bem como valores a serem excluídos integralmente do lançamento (fls. 1962/1972 – Vol VII) em razão da ausência de cessão de mão-de-obra verificada nos contratos apresentados.

Intimada do resultado da diligência, a notificada inicialmente solicitou dilação de prazo e, posteriormente, manifestou-se de forma intempestiva (fls. 1991/2006 - Vol VII) efetuando repetição das alegações de defesa.

Pela Decisão-Notificação nº 17.403.4/0041/2007 (fls. 2009/2027 – Vol VII), o lançamento foi julgado procedente em parte conforme retificação proposta pela auditoria fiscal.

Como foi apresentado recurso de ofício, os autos foram encaminhados à instância superior para o julgamento do mesmo. Entretanto, pelo Despacho nº 206-0.087/2008 (fls. 2215 – Vol VII), o processo retornou à origem para que o sujeito passivo apresentasse recurso voluntário.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 2222/2275 – Vol VIII) onde efetua a repetição das alegações já apresentadas.

Manifesta seu inconformismo por entender que pela decisão recorrida, o órgão julgador sequer analisou os documentos apresentados pela recorrente e valeu-se apenas do que foi consignado pelas autoridades fiscais, em completo descompasso com o princípio da busca pela verdade material.

Inova na alegação de que parte do crédito estaria extinto pela decadência 

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso voluntário e tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

O lançamento em questão refere-se à retenção de 11% sobre o valor da mão de obra contida em notas fiscais emitidas por prestadoras de serviços.

A recorrente apresenta em sede recursal a alegação de que teria ocorrido decadência do direito de constituição de parte do crédito.

Assiste razão à recorrente. O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

“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 constitucionalidade do dispositivo encimado sempre foi objeto de questionamento, seja no âmbito administrativo, como no caso em tela, seja no âmbito judicial.

Em sede do contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade e, considerando que o art. 45 da Lei nº 8.212/1991 encontra-se vigente no ordenamento jurídico pátrio, as alegações a respeito da constitucionalidade do citado artigo não eram acolhidas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 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"

Vale lembrar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, em caráter excepcional, autoriza no inciso I do § único, a não aplicação de dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, que é o caso. O dispositivo citado encontra-se transcrito abaixo:

"Art. 49. 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 fundamento de inconstitucionalidade."

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.)"

Apenas o contido no Regimento Interno do Conselho de Contribuintes já autorizaria, nos julgados ocorridos a partir das decisões da Egrégia Corte, declarar a extinção dos créditos, cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo de cinco anos previsto no art. 173 e incisos ou do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conforme o caso, os quais passam a ser aplicados em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991.

Não obstante, ainda é necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *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."

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade."

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão."

judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

E mais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 02/1999 a 04/2005 e foi efetuado em 19/12/2005, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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."

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse

prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

*DECADÊNCIA. PRAZO QÜINQUÊNAL. MANDADO DE
SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.*

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições, para as quais houve recolhimentos, ainda que parciais, conforme informa a auditoria fiscal que abateu do lançamento os valores recolhidos. Nesse sentido, aplica-se o art. 150, par 4º do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/2000, inclusive.

A recorrente apresenta preliminar de nulidade sob o argumento de que a auditoria fiscal efetuou o lançamento sem efetuar a análise dos contratos de prestação de serviços e notas fiscais, utilizando tão somente os lançamentos contábeis.

Não é possível conferir razão à recorrente.

A auditoria fiscal informa no Relatório Fiscal que a recorrente, embora intimada, deixou de apresentar a totalidade dos contratos solicitados pela fiscalização. A intimação se deu por meio de TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, cuja cópia está juntada aos autos na folha nº 674 – Vol III.

A auditoria fiscal ainda relacionou quais prestadoras tiveram o contrato apresentado pela recorrente. O rol dessas prestadoras encontra-se em planilha de folhas 663/665 – Vol III.

O Relatório Fiscal também informa que foram efetuados os abatimentos relativos ao fornecimento de materiais e equipamentos quando havia previsão contratual para tanto e, no caso de não discriminação de valores, foi considerada uma base de cálculo correspondente a 50% da nota fiscal, conforme dispõem as normativas.

Portanto, descabidas as alegações da recorrente de que a auditoria fiscal efetuou o lançamento sem efetuar a análise dos contratos, tomando por base apenas os lançamentos contábeis.

Os contratos que foram apresentados foram devidamente analisados

Em sede de defesa, a notificada junta documentos que foram devidamente analisados pela auditoria fiscal e culminaram na retificação do lançamento.

Ao contrário do que alegou a recorrente, a auditoria fiscal ao propor a retificação do lançamento, após a análise dos documentos apresentados, não reconheceu equívocos cometidos, mas tão somente pôde constatar a real condição de prestação dos serviços face à apresentação de documentos que não haviam sido apresentados durante a ação fiscal.

Nesse sentido, a preliminar deve ser afastada.

A recorrente demonstra seu inconformismo relativamente à decisão de primeira instância que não teria analisado os documentos apresentados, valendo-se apenas do que foi informado pelas autoridades fiscais para decidir.

Nada se vislumbra qualquer nulidade na decisão recorrida pelo fato do julgador de primeira instância haver formado sua convicção com base no resultado da análise efetuada pela auditoria fiscal nos documentos juntados pela recorrente na defesa.

Vale dizer que a autoridade lançadora que efetuou a análise da documentação na fase oficiosa do lançamento deve manifestar-se a respeito de documentos juntados após o lançamento.

A autoridade julgadora, por sua vez, com base nas peças que compõem os autos, cópias de documentos e manifestações da auditoria fiscal ou do sujeito passivo, chega às suas próprias conclusões.

Assevere-se que a auditoria fiscal elaborou extensa manifestação onde demonstra de forma pormenorizada as razões para manutenção de partes do lançamento, bem como as razões que ensejaram a necessidade de retificação do mesmo.

A meu ver, a afirmação da recorrente de que o julgador de primeira instância sequer teria analisado os documentos apresentados e despropositada e não se comprova.

De igual forma, rejeito a preliminar.

Quanto à alegação da indevida responsabilização dos sócios, cabe esclarecer que os co-responsáveis mencionados pela fiscalização não são responsáveis solidários e não figuram no pólo passivo do presente lançamento.

A relação de co-responsáveis anexada pela fiscalização tem como finalidades identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis, conforme determina o Código Tributário Nacional e permitir que se cumpra o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980 que estabelece o seguinte:

"Art. 2º- Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal."

§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros (g.n.);”

Assim, rejeito a preliminar.

A recorrente demonstra seu inconformismo pelo fato de não ter sido deferida a dilação de prazo solicitada quando da manifestação a respeito do resultado da diligência efetuada após a apresentação de defesa.

Afirma que houve flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade, na medida em que as autoridades fiscais permaneceram mais de um ano em procedimento de fiscalização e mais seis meses revendo os lançamentos resultantes deste período. Nesse sentido seria insuficiente os quinze dias de prazo concedidos à impugnante.

Entende que a dilação de prazo solicitada para apresentação dos contratos e notas fiscais fazia-se necessária para dar sustentação à sua tese de que a autuação ocorreu com base nos lançamentos contábeis e, portanto, deveria ser considerada nula pelo fato de existirem documentos que serviriam de base à apuração do débito.

O argumento acima não pode prevalecer. Em primeiro lugar porque não há qualquer nulidade no fato da auditoria fiscal ter se valido dos lançamentos contábeis para apurar a base de cálculo.

A contabilidade devidamente formalizada representa a realidade de uma empresa e a utilização dos lançamentos contábeis para a apuração dos montantes devidos não representa arbitramento como quer fazer crer a recorrente.

O trabalho fiscal inclui a verificação, ainda que por amostragem, das contabilizações efetuadas com o suporte documental correspondente, a fim de verificar a confiabilidade da contabilidade que se apresenta.

Embora a recorrente afirme que não lhe foi solicitada apresentação dos contratos, tal afirmação não se sustenta haja vista o TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos constante à folha nº 674 – Vol III, no qual é solicitado à recorrente justamente a apresentação das notas fiscais e contratos de prestação de serviços referente a todos os lançamentos das contas que discrimina.

Vale salientar que o TIAD foi entregue à recorrente em 26/07/2005 e o lançamento efetuado em 19/12/2005. Assim, não há fundamento na alegação da recorrente de que a mesma não teve oportunidade de apresentar a totalidade dos contratos a fim de demonstrar que a fiscalização não poderia ter utilizado os lançamentos contábeis para apuração da base de cálculo.

O que se observa é que, ao contrário do que quer fazer crer, a recorrente não foi surpreendida com um lançamento ancorado em sua contabilidade sem que a mesma tivesse a oportunidade de apresentar o suporte documental correspondente. Tampouco lhe foi oportunizado apresentar tais documentos apenas nos quinze dias de prazo de defesa.

O que se observa é que a contar da data do TIAD, a recorrente teve aproximadamente cinco meses para apresentar os contratos e notas fiscais de todos os lançamentos contábeis das contas elencadas pela fiscalização e o fez apenas parcialmente.

Ao deixar de apresentar a documentação necessária à verificação das características da prestação dos serviços, a recorrente toma para si o ônus de provar o que alega relativamente aos serviços para os quais não apresentou a documentação solicitada.

Quanto à alegação de que teria havido duplicidade de lançamento pela consideração de lançamentos posteriormente estornados, a auditoria fiscal já esclareceu que tomou o cuidado necessário visando a não inclusão de lançamentos estornados. Dos casos apresentados pela recorrente, apenas um foi considerado procedente e a retificação já foi efetuada no julgamento de primeira instância.

A recorrente apresenta como questão de mérito a alegação de que prestadores de serviços estariam amparados por medida judicial afastando a retenção prevista no art. 31 da lei nº 8.212/1991 em sua redação atual.

Ocorre que conforme esclareceu a auditoria fiscal, as decisões citadas não obrigavam a recorrente a abster-se de efetuar a retenção.

Quanto à empresa Pirelli Cabos S/A e Alfa Engenharia Ltda, ao analisar a certidão emitida pela justiça referente ao Mandado de Segurança nº 2000.61.00023179-5, a auditoria fiscal constatou que o mesmo foi impetrado por uma associação denominada Abercotel em favor de suas associadas. Entretanto, não há prova nos autos de que as empresas citadas seriam favorecidas pela decisão. Além do mais, a decisão liminar concedida obriga apenas as empresas contratantes que se localizarem sob a jurisdição do Diretor de Arrecadação e Fiscalização do INSS em São Paulo a se absterem de efetuar a retenção, o que não é o caso da notificada, que tem sede na cidade do Rio de Janeiro.

O mesmo se verificou para a prestadora Alcatel Telecomunicações Ltda, embora tenha restado demonstrado que o Mandado de Segurança nº 1999.61.0001508-8, impetrado pela associação denominada Abeprest abranja a prestadora, a decisão, tal qual a anterior limita-se à competência do respectivo juízo, o Estado de São Paulo. É informado que foi solicitada a expedição de carta precatória oficiando a obrigatoriedade de uma empresa sediada no Rio de Janeiro em abster-se de efetuar a retenção. Entretanto, o pedido foi indeferido, inclusive em grau de agravo.

Quanto a empresa Colorado Telecomunicações Ltda, a mesma estaria ao abrigo do Mandado de Segurança nº 1999.61.08002782-6 da Justiça Federal de Bauru/SP. Nesse caso, novamente frisou que a competência do respectivo Juízo não poderia obrigar a notificada, vez que a autoridade impetrada seria o Gerente Regional do INSS em Bauru. Salienta que a liminar foi tornada sem efeito em 03/02/2000 e que antes dessa data não há nenhum lançamento referente à citada prestadora.

Desse modo, não procede a alegação de que as medidas judiciais citadas afastariam a obrigação de efetuar a retenção, por parte da tomadora de serviços, no caso, a recorrente.

No que concerne à alegação de que várias das prestações de serviços na área de construção civil teriam sido efetuadas sob a modalidade de empreitada total, a recorrente não demonstra o ocorrido.

Conforme bem argüido pela auditoria fiscal, a retenção nos casos de serviços de construção civil é a regra geral, a qual só pode ser afastada face à comprovada existência de empreitada total.

Nos casos de empreitada global, a construtora assume a responsabilidade total pela obra, matriculando-a, inclusive, em seu nome. Não havendo matrícula em nome da prestadora não se caracteriza a empreitada total.

Observa-se que, após a análise dos documentos juntados em defesa, a auditoria fiscal verificou os casos em que restou comprovada a utilização da modalidade de empreitada total e pronunciou-se pela exclusão do lançamento das notas fiscais correspondentes.

De igual sorte, a recorrente alega que foram incluídos no lançamento valores relativos a prestações de serviço onde não se configura cessão de mão-de-obra.

Mais uma vez, convém esclarecer que a auditoria fiscal, quando teve acesso aos contratos de prestação de serviços, efetuou a devida análise das condições da prestação de serviços.

Posteriormente, na apresentação da defesa, oportunidade em que a recorrente apresentou contratos que não havia disponibilizado à fiscalização, houve a devida análise dos contratos e, nos casos em que restou demonstrada a inocorrência de cessão de mão-de-obra, os valores correspondentes foram devidamente excluídos do lançamento.

Assim, conclui-se que quando houve a apresentação da documentação solicitada, a auditoria fiscal analisou a mesma e concluiu pela improcedência do lançamento nos casos em que restou demonstrada a ausência de cessão de mão-de-obra, alterou a base de cálculo a fim de excluir valores relativos a materiais e equipamentos quando devidamente comprovados de acordo com as normas.

Nos demais casos, permanece a presunção de que os serviços foram realizados por cessão de mão-de-obra e estão sujeitos à retenção, uma vez que a empresa não pode ser beneficiada por sua omissão.

Quanto ao recurso de ofício, a autoridade fiscal demonstra a necessidade da correção do lançamento face aos novos documentos apresentados pela recorrente.

Nesse sentido e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto por **CONHECER** dos recursos, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE OFÍCIO e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO**, para reconhecer que houve a decadência do direito de constituição dos créditos até a competência 11/2000, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de março de 2010


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

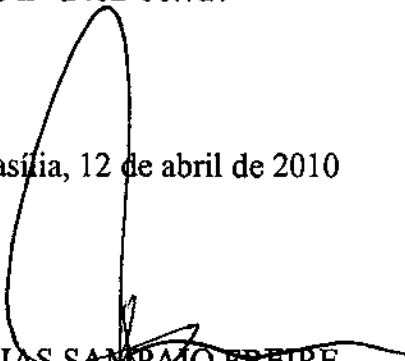
Processo nº: 36392.003766/2005-40

Recurso nº: 151.090

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.727

Brasília, 12 de abril de 2010


ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional