



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

Processo nº 37284.001948/2006-57
Recurso nº 151.136 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.190 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de setembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS : RETENÇÃO DE 11% EM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Recorrente MUNICÍPIO DE LUZIÂNIA - GO (PREFEITURA MUNICIPAL)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/05/2005

DECADÊNCIA. ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. SÚMULA VINCULANTE nº 08.

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 art. 150, § 4º, ou o art. 173 e seus incisos, ambos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não, respectivamente.

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.

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO 11%.

A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

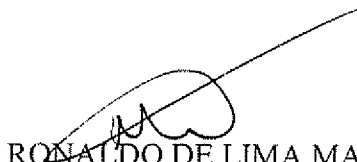
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, 1) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para, nas preliminares, excluir do lançamento as contribuições lançadas até a competência 11/1999, anteriores a 12/1999, incluindo a 13/1999, devido a regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, nos termos do voto do relator. Vencidos os

Conselheiros Rogério de Lellis Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues, que votaram em aplicar integralmente a regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por unanimidade de votos: a) no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Rogério de Lellis Pinto, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Lourenço Ferreira do Prado e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) lançada pelo Fisco contra a empresa Município de Luziânia-GO (Prefeitura Municipal de Luziânia), referentes às contribuições devidas à Seguridade Social, relativas à retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, para o período de 02/1999 a 05/2005.

1. RT1 - LOCADORA DE VEÍCULOS BRAZAO LTDA, período de 01/2000 a 11/2000;
2. RT2 - TRANSCOLUZ - TRANSPORTE COLETIVO DE LUZIANIA LTDA, período de 03/1999 a 05/2005;
3. RT3 - TRANSLELES TRANSP. TURISMO LTDA, período de 09/2002 a 05/2005;
4. RT4 - TRANSPORTES OK LTDA, período de 06/2003 a 05/2005;
5. RT5 - VALDISSON PEREIRA DA SILVA E CIA LTDA, período de 09/2002 a 08/2004
6. RT6 - EXPRESSO SANTA LUZIA-JOSE P.CUNHA FILHO E CIA LTDA, período de 03/1999 a 03/2000;
7. RT7 - EXPRESSO SANTA LUZIA-ILDO RODRIGUES E CIA LTDA, período de 04/2000 a 12/2001.

O Relatório Fiscal (fls. 75 a 81) informa que foram incluídos no presente lançamento fiscal os valores relativos às contribuições sociais incidentes sobre os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, em que o tomador tinha a obrigação de reter 11% (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

Esse Relatório Fiscal informa ainda que se constatou, por meio da análise das ordens de pagamento e das guias de recolhimento da previdência social (GPS), que a prefeitura não efetuou a retenção de 11% (onze por cento) sobre os valores pagos às empresas contratadas para executarem serviços de transportes e coleta de lixo/entulho, realizados por cessão de mão-de-obra.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 20/12/2005 (fl. 01).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 264 e 265), acompanhada de anexos de fls. 265 a 1432, alegando, em síntese, que todos os pagamentos relacionados pelo

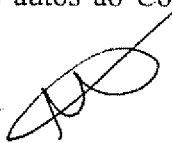
Auditor somente foram efetuados mediante a apresentação das GFIP's e das folhas de pagamento das empresas contratadas, acompanhadas das respectivas guias de recolhimento, conforme documentos anexos, o que comprova que o objetivo da lei foi plenamente cumprido, pois as empresas prestadoras de serviços já fizeram o recolhimento das contribuições sociais sobre a folha de salários de seus empregados. Aduz ainda que, caso o presente débito venha prevalecer, haverá repetição de indébito.

A Delegacia da Receita Previdenciária (DRP) no Distrito Federal-DF – por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 23.401.4/0134/2006 (fls. 1436 a 1442) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que resta indelével de dúvida ser irrelevante para o deslinde do presente caso o fato de a prestadora poder ter contribuído integralmente com base na folha de salários, pois a consequência de tal ato está em que a mesma não usufruiu da compensação a que teria direito se houvesse sido realizada a retenção e, após a quitação deste crédito, o exercício futuro de pedido de restituição (art. 31, §2º), pois, a retenção nada mais é do que uma hipótese de substituição tributária, com exclusão da responsabilidade do Contribuinte de fato, ex vi, art. 128 do CTN c/c art. 33, § 5º. da Lei nº 8.212/1991.

A Notificada apresentou recurso (fls. 1452 a 1456), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados na notificação e no mais efetua repetição das alegações de defesa.

A Delegacia da Receita Previdenciária no Distrito Federal-DF apresenta as contrarrazões e encaminha os autos ao Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS (fls. 1460 a 1466).

É o relatório.



Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente (fl. 2454). Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DA QUESTÃO PRELIMINAR:

Em sede de preliminar, faremos a verificação de ofício do instituto da decadência tributária, pois constata-se que o lançamento fiscal em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

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 nº 8212/91.

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

Súmula Vinculante 8 "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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 (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.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei nº 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.

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 QUINQUENAL. 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."



Verifica-se que o lançamento fiscal em tela refere-se a período compreendido entre 02/1999 a 05/2005 e foi efetuado em 20/12/2005, data da intimação e ciência do sujeito passivo (fl. 01).

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a Recorrente não efetuou qualquer antecipação de pagamento. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I, do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/1999, inclusive.

Logo, a recorrente não poderia ter sido autuada pelas competências anteriores a 12/1999, pois o direito potestativo do Fisco, nas competências até 11/1999, inclusive, já estava extinto pelo instituto da decadência tributária.

Esclarecemos que a competência 12/1999 não deve ser excluída do cálculo do lançamento fiscal ora analisado, porquanto a sua exigibilidade e a sua hipótese impositiva (situação fática da hipótese de incidência da contribuição) somente ocorrerão a partir de 01/2000, com a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, durante o mês, aos segurados obrigatórios do RGPS, quando poderia ter sido efetuado o lançamento fiscal. Com isso, para a competência 12/1999, o crédito poderia ter sido lançado em 01/2000, iniciando-se a contagem do prazo decadencial em 01/01/2001, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

Diante disso, acato de ofício a preliminar de decadência tributária, excluindo as contribuições apuradas em competências anteriores a 12/1999, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO:

No mérito, esclareço que o objeto da presente NFLD são as contribuições sociais previdenciárias, referentes à obrigação da empresa, como contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra, de reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pela prestadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

Verifica-se que as pessoas físicas que prestaram serviços à Recorrente possuem vínculo com as contratadas, e não com a contratante. Portanto, restou configurada a prestação de serviços com cessão de mão-de-obra e a obrigação da empresa notificada de reter e recolher o valor retido em nome das empresas cedentes, em observância ao ditame legal.

O entendimento defendido pela Recorrente de que o INSS deveria verificar, inicialmente, se o tributo foi recolhido pela prestadora antes de exigí-lo do responsável tributário e a alegação de que os valores lançados foram supostamente recolhidos pelas empresas contratadas estão desprovidos de amparo legal. A Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/1998, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção. O seu art. 31 assim dispõe:

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 devida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa

cedente de mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

Nesse sentido, após o advento da retenção não há mais que se falar em responsabilidade solidária do tomador para com o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra, pois aquele passa a ter como obrigação reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal de serviços.

Assim, a tomadora (Recorrente) está obrigada a tal procedimento, independente do fato de a prestadora ter efetuado ou não o recolhimento das contribuições.

E o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço com cessão de mão-de-obra e a falta da retenção, lavrou corretamente os valores lançados da retenção na presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8.212/1991, abaixo transcrito:

Art. 33.

(...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente 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 (g n)

Ao contrário do que possa parecer para a Recorrente, conforme suas alegações postas no recurso, a retenção não é nova contribuição social nem modalidade de responsabilidade solidária, mas mera antecipação compensável, visando somente a garantir a arrecadação previdenciária, obrigando o tomador de serviços, no caso em tela a Recorrente, a reter o percentual de 11% sobre o valor bruto do documento fiscal e recolhê-lo em nome das prestadoras de serviços. Com isso, entendo que a Recorrente contratante de mão-de-obra, tomadora de serviços, cumpre uma obrigação tributária acessória ao efetuar a retenção, já que se trata de simples obrigação de fazer, e não de dar, pois não há reduções patrimoniais desta Recorrente, que simplesmente deverá repassar o valor devido por outrem.

Com isso, se a obrigação acessória é descumprida, converte-se em principal, na literalidade do art. 113, §3º, do CTN, que se aplica perfeitamente ao caso, pois, descumprida a retenção, nesta hipótese somente o tomador de serviço (Recorrente) será responsável exclusivo pelos valores devidos, em razão da presunção de recolhimento, prevista no art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, ao qual remete o próprio art. 31 da mesma Lei.

Dessa forma, o fato das empresas contratadas ter supostamente efetuados os recolhimentos previdenciários de forma devida, não afasta a responsabilidade do contratante (Recorrente) quanto a sua omissão em efetuar a retenção que estava legalmente obrigado, convergindo tal fato para a exigência que ora se discute.

Portanto, não há razão no argumento da Recorrente retromencionado.

Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento foi lavrado na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que teve por base o que determina a Legislação de regência.

CONCLUSÃO:

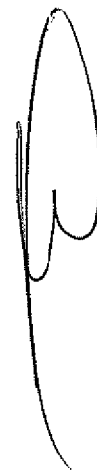
Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, para acatar de ofício a preliminar de decadência tributária, excluindo às contribuições apuradas até a competência 11/1999, inclusive, e no mérito negar-lhe provimento, nos termos do voto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 21 de setembro de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator





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

Processo nº: 37284.001948/2006-57

Recurso nº: 151.136

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 2402-01.190

Brasília, 29 de novembro de 2010


MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria 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