EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-005.509.99-34

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SEME. Serviços gerais de manutenção de alvenaria. Autódromo. IRRF não retido. Dúvidas sobre a incidência tributária. Falha relevada. Precedentes. ACOLHIDO. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TC citado 72-004.981.98-23.

Legislação citada: Art. 158, I, CF.

2.760ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Acompanhamento da execução do Contrato 004/98-Seme.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, considerando a participação do Município no produto da arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte, previsto pelo artigo 158, I, da Constituição da República, em determinar à Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação e à Secretaria Municipal de Finanças que seja processada a orientação final da Secretaria da Receita Federal, nos casos futuros, ou, pelas vias legais, que simultaneamente a contestem, a fim de que não subsistam dúvidas sobre a incidência tributária em situações assemelhadas a esta.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se encaminhe cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de agosto de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o acompanhamento da execução contratual relativa ao ajuste de nº 004/98-SEME celebrado entre a Secretaria de Esportes, Lazer e Recreação e a Construtora Cinzel Ltda., visando a prestação de serviços de alvenaria e instalações hidrossanitárias no Autódromo Municipal José Carlos Pace.

O acompanhamento da execução contratual que compreende o período de 05 de março a 30 de junho de 1998 foi realizado por determinação do Tribunal Pleno, quando do julgamento que reconheceu a regularidade do referido contrato, em sessão ordinária ocorrida em 26 de maio de 1999.

Em sua primeira manifestação, a Auditoria opinou pela irregularidade da execução contratual, diante da não retenção pela Origem do valor correspondente ao Imposto de Renda incidente sobre as importâncias pagas às contratadas e, ainda, da não aplicação de penalidade pelo atraso de 30 (trinta) dias na execução dos serviços. No mesmo sentido foi a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Por determinação do então Relator do processo, a Secretaria da Receita Federal foi oficiada para que apresentasse parecer sobre a obrigatoriedade ou não do recolhimento do Imposto de Renda Retido na Fonte, diante do Parecer Normativo CST nº 8, de 17 de abril de 1986, levando em consideração o objeto do contrato nº 004/98-SEME.

A SRF por sua vez informou que os serviços de hidráulica e elétrica descritos no objeto contratual estavam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na Fonte, à alíquota de 1%, pelo que a então Divisão Técnica II manifestou-se pela irregularidade da execução.

Para efeito do disposto no art. 5º, item LV da Constituição Federal, foi procedida a intimação da Origem que informou que não houve atraso na execução do objeto, mas suspensão do prazo, motivada pelo atraso na desmontagem dos camarotes do padock, que impediu o acesso às instalações. De acordo com as informações da Origem a alteração do prazo foi requerida pela contratada e autorizada pelo engenheiro responsável pela gestão do contrato, razão da não aplicação de qualquer penalidade à empresa. Quanto ao Imposto de Renda, alegou que agiu em conformidade com a disposição da Portaria SF nº 28/94, que

não realizou a retenção por orientação da Supervisão Financeira que adota entendimento da Secretaria de Finanças lastreado Parecer Normativo CST nº 08/86, do Ministério da Fazenda, publicado no DOU em 22 de abril de 1986.

A Auditoria manteve o posicionamento pela irregularidade em razão do não recolhimento do Imposto de Renda, e, também, por entender que ocorreu atraso na execução dos serviços, uma vez que não existe no processo administrativo nenhuma formalização quanto à suspensão do prazo de execução ou eventual prorrogação, no que foi acompanhada pelo assessor jurídico.

A Subchefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo divergiu desse posicionamento, anotando que, embora não haja formalização da alteração do prazo contratual, há nos autos documento da empresa solicitando a prorrogação e que os motivos apresentados para tanto não são imputáveis a ela. No mais, entendeu que a não retenção do IR pode ser buscada pelos órgãos competentes, o que a levou a opinar pelo acolhimento excepcional da execução do ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento da execução do contrato.

A Secretaria Geral, por sua vez, opinou pela irregularidade da execução, especialmente em razão da não retenção do Imposto de Renda.

A fim de aperfeiçoar a instrução processual e cumprir os ditames do contraditório e da ampla defesa, a Origem e a contratada foram instadas a se manifestar.

A Origem destaca que a questão quanto à incidência do Imposto de Renda a ser retido na fonte não era pacífica, razão pela qual o ato não pode ser julgado irregular, mas ensejar, no máximo, orientação para sua regularização. Quanto ao prazo, utiliza das manifestações da Auditoria desta Corte para salientar a inexistência de prejuízo e requerer o reconhecimento da regularidade da execução contratual.

A contratada informou que no período auditado enquadrava-se pelo regime de tributação denominado de Lucro Presumido, no qual se estabelece um coeficiente que serve como presunção de lucro e sobre o qual se aplica a alíquota competente para a apuração do imposto devido. Conclui afirmando que recolheu os impostos devidos, relativos ao presente contrato, estando com sua situação absolutamente regular perante a Secretaria da Receita Federal. A empresa narra as tratativas para suspensão do prazo contratual e informa que o atraso na execução final não decorreu de sua culpa.

Em nova manifestação, a Auditoria relevou a falha havida na não formalização da suspensão do prazo contratual, acolhendo as defesas apresentadas, mas manteve a conclusão pela irregularidade do ajuste em razão da não retenção do Imposto de Renda, no que foi acompanhada pela Assessoria

Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral. O Órgão Fazendário divergiu, requerendo a declaração de regularidade dos atos praticados.

Durante a instrução processual, a Corregedoria do Município e o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital encaminharam a este Tribunal ofícios requerendo informações sobre o processo, bem como cópia do respectivo julgado.

É o relatório.

VOTO

Os documentos e informações carreadas aos autos durante a fase de instrução processual demonstraram que o término da execução contratual após o prazo fixado não decorreu de culpa da contratada que ensejasse a aplicação de penalidade. As defesas apresentadas e acolhidas pelos órgãos técnicos desta Casa revelam que os serviços não puderam ser integralmente executados enquanto não houve a completa desmontagem dos camarotes do padock, atividade não incluída nos deveres da contratada.

Por esta razão, embora reconheça que houve falha na instrumentalização da prorrogação do prazo, relevo-a diante de sua natureza formal.

No tocante à incidência do Imposto de Renda e ao respectivo dever de retenção pela contratante, entendo, em consonância com precedentes deste E. Tribunal Pleno, que a postura adotada pela Origem fundamentou-se em interpretação razoável da exceção prevista no art. 647, §1º, item 17, do Decreto 3000/99, e principalmente pela orientação, à época, da Supervisão de Finanças da Secretaria de Esportes.

De acordo com a interpretação da Secretaria da Receita Federal, órgão responsável por fazer o enquadramento das atividades à legislação tributária, constante deste processo, há incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre a execução dos serviços de manutenção.

Há que se reconhecer, todavia, que a não retenção pela Origem do valor devido a título de Imposto de Renda não é impropriedade que impeça o acolhimento da execução do ajuste porque (1) os agentes públicos responsáveis pelos pagamentos às contratadas orientaram-se pela Portaria SF 28/94, sendo irrepreensível sua conduta à luz desse regulamento; (2) não houve prejuízo ao erário, já que a União, por meio da Secretaria da Receita Federal, exerce a fiscalização sobre a declaração de rendimentos das pessoas físicas e jurídicas e sobre o recolhimento do imposto devido após o término de cada exercício financeiro, sendo certo que os valores não retidos na fonte devem ser pagos na oportunidade do ajuste fiscal anual. Na hipótese de a responsável tributária não adimplir com a sua obrigação, a União dispõe de meios legais para recuperar a importância devida a título de tributo.

Não há que se falar, assim, em renúncia de receita, vedada pelo artigo 14 da Lei Complementar 101/2000, já que o Município não isentou as contratadas do pagamento do Imposto Sobre a Renda, mas apenas deixou de fazer a retenção, na qualidade de substituto tributário.

Nestes termos, e considerando a vigência, à época, da Portaria SF 28/94 e a natureza controvertida da matéria, caracterizada especialmente pela existência de divergência de entendimento da própria Secretaria da Receita Federal, somadas à ausência de indícios de dolo ou má-fé por parte dos agentes responsáveis, invoco as decisões precedentes deste E. Plenário, proferidas nos autos dos TCs 4.702.98-68, 5.154.99-00, 5.025.99-68, 5.638.99-87 e 1.207.01-10, para acolher a execução contratual em exame.

Não obstante, considerando a participação do Município no produto da arrecadação do Imposto de Renda Retido na Fonte, previsto pelo artigo 158, I, da Constituição da República, determino à Origem e à Secretaria de Finanças que seja processada a orientação final da Secretaria da Receita Federal, nos casos futuros, ou, pelas vias legais, que simultaneamente a contestem, a fim de que não subsistam dúvidas sobre a incidência tributária em situações assemelhadas à presente.

Encaminhe-se cópia da decisão que resultar do julgamento ao Ministério Público do Estado de São Paulo.