



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10580.723911/2014-92
ACÓRDÃO	2402-013.045 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	25 de julho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	SYENE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2011 a 30/12/2011

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se os fundamentos da decisão recorrida, nos termos do inc. I, § 12, do art. 144, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023 - RICARF.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. HIPÓTESES.

Somente ensejam a nulidade a lavratura de atos e termos por pessoa incompetente e o proferimento de despachos e decisões por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. APRECIÇÃO.

À esfera administrativa não cabe conhecer de arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário, por força do próprio texto constitucional.

RETENÇÃO. ATIVIDADES. EXIGIBILIDADE.

A empresa tomadora é obrigada a reter e recolher, em nome da empresa prestadora, onze por cento sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviço realizados mediante cessão de mão de obra.

MULTA. CONFISCO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

DILIGÊNCIA/PERÍCIA.

A realização de perícia pressupõe que a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes, ou que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador. Neste contexto, a autoridade julgadora indeferirá os pedidos de perícia, ou mesmo de diligência, que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de perícia. Inexiste cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior – Relator

Assinado Digitalmente

Rodrigo Duarte Firmino – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Francisco Ibiapino Luz (substituto integral), Gregório Rechmann Junior, João Ricardo Fahrion Nüske, Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano, Marcus Gaudenzi de Faria e Rodrigo Duarte Firmino (presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da 5ª Turma da DRJ/JFA, consubstanciada no Acórdão 09-56.444 (p. 671), que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Na origem, trata-se de Auto de Infração consubstanciado no DEBCAD nº 51.018.083-3 (p. 03), com vistas a exigir as contribuições previdenciárias decorrentes da retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, incidente sobre o valor da prestação de serviço quando for prestada mediante contrato de cessão de mão de obra ou de empreitada (art. 117, *caput*, III c/c o art. 142, III, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009), devidamente comprovada pelos destaques nas notas fiscais de serviços e não recolhidas pelo tomador.

De acordo com a Autoridade Administrativa Fiscal (p. 56), tem-se que *a empresa deixou de recolher para a Previdência Social as retenções relativas a valores destacados em nota fiscal pelos prestadores de serviços.*

Cientificada do lançamento fiscal, a Contribuinte apresentou a sua competente defesa administrativa (p. 616), defendendo, em síntese, os seguintes pontos:

- inconstitucionalidade da contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91;
- nulidade do auto de infração por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório;
- improcedência do DEBCAD 51.018.084-1, tendo em vista que a prestadora de serviço se trata de empresa optante pelo SIMPLES;
- improcedência do DEBCAD 51.007.936-9, vez que, tratando-se de lançamento do descumprimento de obrigação acessória decorrente da obrigação principal objeto do DEBCAD 51.018.084-1 e sendo este improcedente, há que se reconhecer a insubsistência do DEBCAD 51.007.936-9 também;
- em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que 13 (treze) prestadores de serviços são empresas optantes pelo SIMPLES, razão pela qual não poderiam sofrer retenção;
- ainda em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que, em relação ao grupo de prestadoras de serviços classificadas pela Fiscalização como “DEMAIS EMPFESAS”, bem como em relação à empresa “SM CONSTRUÇÃO CIVIL DE BARROCAS LTDA”, a autuação fiscal não é clara e objetiva, o que configurar cerceamento do direito de defesa;
- com relação às demais prestadoras de serviço objeto do DEBCAD 51.041.083-3, a Fiscalização não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência;

- nulidade do lançamento fiscal por aplicação da alíquota incorreta ou, subsidiariamente, a aplicação retroativa da alíquota de 3,5%; e
- caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 75%.

A DRJ julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, nos termos do susodito Acórdão nº 09-56.444 (p. 671), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 30/12/2011

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. APRECIÇÃO.

À esfera administrativa não cabe conhecer de arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário, por força do próprio texto constitucional.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

RETENÇÃO. ATIVIDADES. EXIGIBILIDADE.

A empresa tomadora é obrigada a reter e recolher, em nome da empresa prestadora, onze por cento sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviço realizados mediante cessão de mão de obra.

MULTA. CONFISCO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se pedido de perícia que não apresente os elementos essenciais à convicção de sua necessidade.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada dos termos da decisão de primeira instância, a Contribuinte apresentou recurso voluntário (p. 688), esgrimindo suas razões recursais nos seguintes pontos, em síntese:

- (i) nulidade do lançamento fiscal por cerceamento do direito de defesa;
- (ii) nulidade do lançamento fiscal por aplicação da alíquota incorreta ou, subsidiariamente, a aplicação retroativa da alíquota de 3,5%;
- (iii) caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 75%;

(iv) necessidade de realização de perícia;

(v) em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que 13 (treze) prestadores de serviços são empresas optantes pelo SIMPLES, razão pela qual não poderiam sofrer retenção;

(vi) ainda em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que, em relação ao grupo de prestadoras de serviços classificadas pela Fiscalização como “DEMAIS EMPFESAS”, bem como em relação à empresa “SM CONSTRUÇÃO CIVIL DE BARROCAS LTDA”, a autuação fiscal não é clara e objetiva, o que configurar cerceamento do direito de defesa; e

(vii) com relação às demais prestadoras de serviço objeto do DEBCAD 51.041.083-3, a Fiscalização não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência.

À p. 735 foi juntado aos presentes autos o recurso voluntário referente aos DEBCADs 51.018.084-1 e 51.007.936-9, objeto do processo nº 10580.723912/2014-37.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme se verifica do relatório supra, trata-se, o presente caso, de autuação fiscal com vistas a exigir as contribuições previdenciárias decorrentes da retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, incidente sobre o valor da prestação de serviço quando for prestada mediante contrato de cessão de mão de obra ou de empreitada.

A Contribuinte, em sua peça recursal, (p. 688), esgrime suas razões recursais nos seguintes pontos, em síntese:

(i) nulidade do lançamento fiscal por cerceamento do direito de defesa;

(ii) nulidade do lançamento fiscal por aplicação da alíquota incorreta ou, subsidiariamente, a aplicação retroativa da alíquota de 3,5%;

(iii) caráter confiscatório da multa de ofício aplicada no percentual de 75%;

(iv) necessidade de realização de perícia;

(v) em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que 13 (treze) prestadores de serviços são empresas optantes pelo SIMPLES, razão pela qual não poderiam sofrer retenção;

(vi) ainda em relação ao DEBCAD 51.040.083-3, tem-se que, em relação ao grupo de prestadoras de serviços classificadas pela Fiscalização como “DEMAIS EMPFESAS”, bem como em relação à empresa “SM CONSTRUÇÃO CIVIL DE BARROCAS LTDA”, a autuação fiscal não é clara e objetiva, o que configurar cerceamento do direito de defesa; e

(vii) com relação às demais prestadoras de serviço objeto do DEBCAD 51.041.083-3, a Fiscalização não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a subsunção dos fatos à hipótese de incidência.

Considerando que tais alegações em nada diferem daquelas apresentadas em sede de impugnação, estando as conclusões alcançadas pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento perfilhado por este Relator, em vista do disposto no inc. I, § 12, do art. 144, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adoto os fundamentos da decisão recorrida, *in verbis*:

(...)

Outro ponto importante é o esclarecimento ao sujeito passivo de que no Processo Administrativo Fiscal não se discute ilegalidade ou constitucionalidade, pois são questões concernentes ao Poder Judiciário, devendo a Administração cumprir os enunciados da lei e da legislação que norteiam as obrigações do contribuinte perante a Seguridade Social. Os argumentos nesse sentido deixarão de ser apreciados, por extrapolar os limites da competência do julgador administrativo, em face de vedação atualmente prevista no Decreto nº 70.235/1972, em seu artigo 26-A, incluído pela Medida Provisória nº 449/2008:

(...)

À autoridade administrativa cabe cumprir a determinação legal, aplicando o ordenamento vigente às infrações concretamente constatadas, não sendo competente para discutir a constitucionalidade da lei e se esta fere ou não dispositivos e princípios constitucionais e zelar pelo cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes. A atividade administrativa tributária é plenamente vinculada, na estrita observância do art. 142, parágrafo único, do CTN.

A Impugnante ainda aduz como preliminar, a nulidade do auto de infração sob a alegação de cerceamento de defesa, por entender que o lançamento foi erguido sobre "frágeis pilares" pois "*a mera análise de livros e escriturações fiscais não possui o condão de expressar a realidade das operações realizadas. Até porque estão passíveis de erros. Tanto é verdade que, foram registrados nas escritas fiscais retenções nos pagamentos da empresa GERCRON SERVIÇOS DE GESSO E CONSTRUÇÕES LTDA - ME, CNPJ nº. 10.896.357/0001-53, quando, em verdade, devido a sua adesão ao Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições - SIMPLES não poderia ocorrer a retenção, quiçá o registro no livro fiscal próprio*"

Suas alegações são totalmente desprovidas de coerência e sentido, por evidente que a escrituração contábil é vital para retratar a movimentação da empresa, fazendo prova a seu favor ou contra. Desnecessário discorrer sobre sua importância para a empresa, principalmente, nas relações com o fisco, pois a sua regularidade e confiabilidade norteiam a conduta da fiscalização. Se descaracterizada a contabilidade na ação fiscal o resultado será o arbitramento, cujo ônus de provar o contrário, sem apoiar-se na escrita contábil, é muito mais difícil para o sujeito passivo.

A propósito, o exemplo de equívoco citado na impugnação mostra que, ao contrário do alegado, a escrituração está correta, pois pesquisando no sistema informatizado GFIP WEB a empresa GERCRON SERVIÇOS DE GESSO E CONSTRUÇÕES LTDA - ME, CNPJ nº. 10.896.357/0001-53, nas competências arroladas no lançamento (04/2011 a 09/2011), **não** registra na sua GFIP opção pelo regime de tributação especial SIMPLES. Também se vê no mesmo sistema que a prestadora de serviço realizou a dedução do valor retido pela aututada em nota fiscal, conforme Relação de Tomador. O registro de sua opção para o SIMPLES somente aparece em 10/2012.

Ainda sobre nulidade, cabe ressaltar que as hipóteses legais constam do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972 e não se afiguram no presente processo, pois os atos e termos foram lavrados por pessoa competente, dentro da estrita legalidade e garantido o mais absoluto direito de defesa, ante a perfeita descrição dos fatos e enquadramento legal específico e a abertura de prazo legal de impugnação.

Além do mais, no presente caso, a interessada demonstrou, mediante as razões de impugnação ofertada, ter compreendido claramente os motivos da autuação, não havendo de se cogitar do cerceamento do direito de defesa. Pôde se defender plenamente dos fatos trazidas pela autoridade fiscal, não comportando falar em vício que lhe teria prejudicado a defesa.

No mérito, cumpre destacar que a Lei 9.711/1998 deu nova redação ao artigo 31 da Lei 8.212/1991, estabelecendo que a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra deve reter, a título de contribuições previdenciárias, onze por cento do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços:

(...)

Reforço que neste processo a origem dos valores considerados como retenção decorrem do próprio entendimento da empresa autuada, haja vista o seu prévio procedimento de escriturar tais valores como retenção de 11% em conta contábil própria.

Ressalte-se que, segundo a informação prestada pelo auditor no Relatório Fiscal, no exame do Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados - RADA (fls.50/51) comparadas com o Relatório de Documentos Apresentados acostado às fls. 70/71, as deduções dos créditos decorrentes das Guias de Pagamento

efetivados estão, daramente, demonstrados no RADA, alocados por competência e no presente lançamento DEBCAD nº 51.018.083-3.

Quanto à alegação de que faltou considerar recolhimento relativo à competência 05/2011, cabe ressaltar que a atuada incumbiu-se somente da citação, sem cuidar de identificar a GPS.

Sobre a empresa SM CONSTRUÇÃO CIVIL DE BARROCAS LTDA cumpre esdarecer que houve erro na indicação do CNPJ, contudo tal fato não comprometeu o lançamento, é possível dirimir quaisquer dúvidas nas notas fiscais referente a prestadora de serviço em pauta, anexadas às fls. 159/197, onde se encontram discriminados valores das retenções que podem ser conferidas no levantamento A3, por meio do Relatório de Lançamento- RL de fls. 86/88, onde o auditor identificou mensalmente as retenções consideradas no lançamento. Destaco ainda que as informações também constam da escrituração contábil - conta 2.1.02.008.0001- INSS RETIDO sobre NF" (cópia Livro Razão fls. 132/158), onde se vê o nome da empresa prestadora de serviço.

Da mesma forma, são inócuas as alegações de cerceamento de defesa no levantamento Z9 - DEMAIS EMPRESAS, pois o auditor, por falta da apresentação pela atuada das notas fiscais correspondentes, não utilizou informação genérica, ao contrario, cuidou no RL fls. 118, de por competência identificar de foma individual as retenções consideradas, que podem ser identificadas na escrituração contábil. A natureza da prestação de serviço como sujeita à retenção, como já dito, não decorre de definição do fiscal, pois tem origem na definição dada pela atuada, que recebe a nota fiscal contendo a retenção, apropria-se do valor, pois deduz do pagamento do prestador de serviço, mas deixa de cumprir a sua obrigação de repassar o pagamento da contribuição retida para a Previdência Social.

Quanto à alegada inaplicabilidade da retenção no caso das empresas optantes do SIMPLES, tem-se que esta questão já se encontra assentada, haja vista o Parecer PGFN/CRJ 2122/2011, que resultou no Ato Declaratório nº 10 de 22/12/2011 da PGFN, publicado no DOU, página 0036, que assim determina:

"Nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço , quando a empresa prestadora e optante pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

Conferindo no sistema informatizado GFIP WEB verificou-se que:

- A empresa TIS - TECNOLOGIA INDUSTRIAL E SOLUÇÕES LTDA - CNPJ 07.878.483/0001-70, nas GFIP das competências constantes do lançamento (01/2011 a 08/2011), **tem** registro como optante do SIMPLES e não realizou nenhuma dedução dos valores retidos.

- A empresa SERVITECNICA SERVIÇOS TÉCNICAS ESPECIAIS - CNPJ 38.733.077/0002-24, nas GFIP das competências constantes do lançamento (01/2011 a 08/2011) **não** tem registro como optante do SIMPLES e realizou a dedução dos valores retidos, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa EXECUTAR CONSTRUÇÕES LTDA - ME, CNPJ 08.307.763/0001-91 nas GFIP das competências constantes do lançamento (07/2011 a 09/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, contudo utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relação de Tomador constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa DIVI FORRO DIVISÓRIA E FORRO LTDA - EPP, CNPJ 73.473.837/0001-21 nas GFIP das competências constantes do lançamento (08/2011 a 11/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, contudo utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relação de Tomador constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa FORMAPLAN CONSTRUÇÕES LTDA - ME, CNPJ 09.055.111/0001-70 nas GFIP das competências constantes do lançamento (01/2011 a 03/2011) **não** tem registro como optante do SIMPLES, e utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB
- A empresa VIDRACARIA E SERRALHERIA SALVADOR LTDA - ME CNPJ 11.941.728/0001-34 nas GFIP das competências constantes do lançamento (08/2011 a 12/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, contudo utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relação de Tomador constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa CONIMPER ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA-EPP CNPJ 16.362.386/0001-11 nas GFIP das competências constantes do lançamento (06/2011 a 12/2011) **não** tem registro como optante do SIMPLES, e utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa SANTOS SOUZA PROJEÇÃO LTDA - ME CNPJ 10.428.459/0001-44 nas GFIP das competências constantes do lançamento (01/2011 a 12/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, **e não** utilizou a dedução do valor retido pela autuada até a competência 04/2011, mesmo tendo relacionado a autuada como tomadora. Realizou dedução de valor retido nas competências 05/2011, 10/2011; 11/2011 sem ser a autuada a tomadora. Na competência 12/2011 realizou dedução e a autuada foi relacionada como tomadora conforme Relação dos Tomadores constante do sistema GFIP WEB.
- A empresa R V PROJEÇÃO SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO LTDA - ME CNPJ 12.447.817/0001-91 nas GFIP das competências constantes do lançamento (02/2011 a 12/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, **e não** utilizou a dedução do valor retido pela autuada, embora tenha relacionado obra da autuada

como tomadora de serviço até competência 09/2011, tal informação foi colhida na Relação de tomadores/obra constante do GFIP WEB.

- A empresa BAHIAMAQ LOCAÇÃO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS EIRELI - ME CNPJ 07.704.995/0001-10 nas GFIP das competências constantes do lançamento (01/2011 a 12/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, contudo utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada até competência 09/2011, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB. Nas competências 10/2011 a 12/2011 não realizou a dedução e não relacionou nenhuma tomadora.

- A empresa G.M. GESSO & CIA. LTDA. - ME CNPJ 03.144.447/0001-22 nas GFIP das competências constantes do lançamento (10/2011 a 12/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, Registre-se que a prestadora utilizou-se de dedução na competência 11/2011, mas, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB **a autuada não foi relacionada como tomadora.**

- A empresa MULTIFORROS FORROS E DIVISÓRIAS LTDA - ME CNPJ 04.535.099/0001-87 nas GFIP das competências constantes do lançamento (07/2011 a 08/2011) **tem** registro como optante do SIMPLES, contudo utilizou-se da dedução do valor retido pela autuada, conforme Relatório de Tomador constante do sistema GFIP WEB.

Pelos fatos apurados, em primeiro lugar, cabe destacar que a informação a ser considerada na definição da opção pelo SIMPLES, no tocante à matéria previdenciária, é a GFIP, cuja declaração é de responsabilidade do contribuinte.

Registre-se, na oportunidade, que a pesquisa permitiu firmar a convicção de que nos casos em que no Sítio do SIMPLES há informação de opção e na GFIP a empresa declara a sua condição de não optante, não há características de erro de preenchimento de GFIP e sim da realidade da empresa, eis que não se concebe que o contribuinte cometa, seguidamente, erro quanto ao seu regime tributário, principalmente, se existe na modalidade forma de pagamento tão diversa, como é o caso dos optantes do SIMPLES, perante a contribuição previdenciária patronal.

(...)

As empresas prestadoras de serviços indicadas na planilha supra, como se pode constatar pela pesquisa no GFIP WEB, possuem registros **como optantes do SIMPLES** e não usaram a contribuição retida para quitar mensalmente o valor das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados, desta forma reconheço a inaplicabilidade da retenção, por conseguinte, proponho a retificação do lançamento.

Para as prestadoras de serviços que na GFIP têm registrado **a não opção do SIMPLES**, com isto tiveram devido todas as contribuições para o custeio da seguridade social e para os terceiros, bem como utilizaram os valores retidos para a quitação da obrigação previdenciária, mantém-se o lançamento.

Com relação às prestadoras de serviços que declararam nas GFIP sua condição de **optante do SIMPLES**, mas utilizaram o valor da retenção para quitar as contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados, considerando a quitação decorrente, não entendo possível a retificação do lançamento, haja vista as conseqüências ocasionadas nas prestadoras, que fizeram os destaques nas Notas Fiscais, sofreram os descontos nos pagamentos efetuados pela tomadora e utilizaram os valores para quitação das contribuições previdenciárias.

Dentro do entendimento expressado no presente voto, conforme planilha supra, conclui-se pela exclusão do lançamento em valores originais de **R\$56.436,35**

Quanto ao alegado caráter confiscatório do percentual é matéria de natureza constitucional que foge à apreciação na esfera administrativa, uma vez que a esta instância julgadora cabe, exclusivamente, a verificação do fiel cumprimento dos dispositivos legais vigentes.

Considerando que os atos praticados pela administração devem obedecer aos estritos ditames da lei, com o fito de assegurar-lhe a adequada aplicação, não cabe aqui questionar a validade da lei, dado que a tese de ilegalidade/inconstitucionalidade não se discute em instância administrativa, devendo ser argüida no foro próprio, cuja apreciação é de estrita competência do Poder Judiciário (art. 102, I, "a" da CF/88).

A penalidade aplicada está prevista na legislação, não podendo a administração afastar sua aplicação sob pena de responsabilidade funcional.

Por fim, quanto ao pedido de diligência, cabe acrescentar que ao sujeito passivo cabe o ônus da prova em relação ao que alega, devendo fazê-lo por ocasião da contestação conforme disposto no art. 16, do Decreto nº 70.235/1972:

Para um pedido de perícia/diligência ser considerado como necessário, deve se levar em conta o disposto nesse art. 16, inciso IV, em consonância com o art. 18, do Decreto nº 70.235/72:

*Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, **indeferindo** as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no artigo 28, "in fine". (gn)*

Destaque-se que só deve haver perícia/diligência se o fato depender de conhecimento especial, o que não é o caso do presente processo, haja vista que o Auto de Infração foi baseado em documentação da autuada. Acrescente-se que a fiscalização adotou o critério de agrupar o levantamento "DEMAIS EMPRESAS" por exclusiva omissão da empresa na apresentação das Notas Fiscais correspondentes. Se pairar dúvida, compete à autuada, na impugnação, identificar o tipo de serviço prestado e conseqüentemente questionar a sua adequação na exigência da retenção. Mais uma vez reforça-se que o

enquadramento decorreu da própria escrituração contábil a título de "INSS RETIDO SOBRE NF".

A realização de perícia/diligência pressupõe que a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes, ou que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, **o que não é o caso dos autos.**

À vista dos fatos, entende-se que o processo está corretamente instruído, e o julgamento prescinde de outras verificações, motivo pelo qual rejeita-se o pedido de diligência.

Ademais, é oportuno ressaltar que a alegação contrária ao lançamento fiscal, sem prova inequívoca não é suficiente para desconstituir os feitos fiscais, cabendo ao contribuinte o ônus de provar suas alegações, conforme preceitua a Lei 9.784/1999:

Art. 36. *Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.*

É cediço que, no direito processual brasileiro, conforme disposto no art. 333 do CPC, o ônus de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ao direito da outra parte é de quem os alega.

Adicionalmente aos fundamentos supra reproduzidos, ora adotados como razões de decidir, cumpre destacar que, em relação à nulidade no âmbito do processo administrativo tributário federal, cabe esclarecer que este é regulado por legislação específica, no caso o Decreto nº 70.235, de 1972, o qual determina as hipóteses de nulidade no seu art. 59.

No presente caso, observa-se que o Auto de Infração e seus anexos são perfeitamente compreensíveis, estando devidamente motivados, e permitem a constatação de que os fatos verificados no decorrer da ação fiscal foram narrados com clareza e coerência, e que todas as formalidades essenciais relacionadas à lavratura do Auto foram atendidas.

Nesse contexto, também se constata que foi possível o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório, pois se demonstra nos autos que a Contribuinte foi regularmente notificada do lançamento fiscal, tendo acesso a todas as informações necessárias para elaborar a sua defesa.

Diante da manifestação da Contribuinte de que não foi observado o contraditório, cumpre esclarecer que a primeira fase do procedimento administrativo fiscal, instrutória e preparatória do lançamento, é de exclusiva condução da autoridade administrativa fiscal, não se lhe aplicando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Princípios estes que estão consagrados no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Conforme se constata do dispositivo constitucional em questão, a garantia é concedida aos litigantes. No que tange ao lançamento, não é aplicável na fase preparatória, pois o procedimento administrativo constitui mera medida preparatória do lançamento, composta pela

apuração e análise fiscal dos fatos e, se for o caso, formalização do crédito tributário. Após este momento é que surge a prerrogativa aos contribuintes do contraditório e da ampla defesa, na forma da lei, por meio de impugnação, conforme estabelecem os arts. 14 e 15 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Da mesma forma, se o contribuinte é intimado a apresentar documento ou esclarecimento e a intimação, por qualquer vício ou circunstância, resulta infrutífera, nenhuma consequência traz para o lançamento, porque ainda não teria iniciado a fase contenciosa do procedimento. A primeira fase do procedimento é a oficiosa e de atuação exclusiva da autoridade tributária, que busca obter elementos visando a demonstrar a ocorrência do fato gerador e as demais circunstâncias relativas à exigência.

O destinatário desses elementos de convencimento é o contribuinte, que pode reconhecer o seu débito, recolhendo-o, ou o julgador administrativo, no caso de ser apresentada impugnação ao lançamento.

A fase processual, a contenciosa da relação fisco-contribuinte, somente se inicia com a apresentação de impugnação tempestiva do lançamento e se caracteriza pelo conflito de interesses submetido à Administração. Para a solução desse conflito, aplicam-se as garantias constitucionais da observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. No caso em exame, a ciência ao auto de infração foi válida e a Contribuinte exerceu plenamente seu direito de defesa por meio da entrega tempestiva da impugnação.

Convém ressaltar que o contraditório se traduz na faculdade da parte de manifestar sua posição sobre fatos ou documentos trazidos pela outra parte. É o sistema pelo qual a parte tem a garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e contra eles se manifestar.

A impugnação apresentada atesta que a Autuada teve pleno conhecimento da infração que lhe foi imputada, devidamente descrita e capitulada no lançamento fiscal e que exerceu plenamente o seu direito de defesa, por meio de apresentação de impugnação com alegações e teses jurídicas.

Conclui-se, portanto, que no curso da ação fiscal não há falar em direito de defesa e de contraditório, uma vez que a fase processual da relação fisco-contribuinte se inicia com a impugnação tempestiva do lançamento (art. 14 do Decreto nº 70.235, de 1972) e se caracteriza pelo conflito de interesses submetido à Administração.

Da leitura do Auto de Infração e seus anexos, e dos devidos demonstrativos de apuração que fazem parte do lançamento fiscal, verifica-se a descrição dos motivos de fato e de direito caracterizadores da infração apontada pela autoridade fiscal, com o correspondente enquadramento legal, viabilizando, assim, o pleno conhecimento da lide.

Desse modo, uma vez efetuado o lançamento de ofício, por ato juridicamente válido, com a abertura do prazo de impugnação legalmente estabelecido, houve plena observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e do amplo direito de defesa, tendo a

Contribuinte nesta ocasião exercido sua prerrogativa de contestar o auto de infração. Portanto, não devem ser acatadas as alegações de nulidade do lançamento fiscal.

Quanto à alegação recursal de que a multa de ofício ofende o princípio constitucional da “proibição do confisco”, insculpido no art. 150, inciso V, da Carta Republicana, esclarecemos que tal princípio é dirigido ao legislador, visando orientar a feitura da lei, que deve observar a capacidade contributiva e não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observado esse princípio, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional.

Por sua vez, a multa em questão está prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 27/12/96, que assim dispõe, em sua redação vigente ao tempo dos fatos:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;(Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Desse modo, independente do seu *quantum*, a multa em análise decorre de lei e deve ser aplicada pela autoridade tributária sempre que for identificada a subsunção do caso concreto à norma punitiva, haja vista o disposto no art. 142, § único, do Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172, de 25/10/66:

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Sendo assim, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade tributária aplicá-la, sob pena de responsabilidade funcional.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, trazemos à baila o seguinte enunciado de Súmula deste Conselho, de observância obrigatória no presente julgamento:

Súmula CARF nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Com relação ao pedido de realização de perícia, melhor sorte não assiste à Recorrente.

Isto porque, conforme destacado pela DRJ, *só deve haver perícia/diligência se o fato depender de conhecimento especial, o que não é o caso do presente processo, haja vista que o Auto de Infração foi baseado em documentação da autuada. Acrescente-se que a fiscalização adotou o critério de agrupar o levantamento "DEMAIS EMPRESAS" por exclusiva omissão da empresa na apresentação das Notas Fiscais correspondentes. Se pairar dúvida, compete à autuada, na impugnação, identificar o tipo de serviço prestado e conseqüentemente questionar a sua adequação na exigência da retenção. Mais uma vez reforça-se que o enquadramento decorreu da própria escrituração contábil a título de "INSS RETIDO SOBRE NF".*

A realização de perícia pressupõe que a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes, ou que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador. Neste contexto, a autoridade julgadora indeferirá os pedidos de perícia, ou mesmo de diligência, que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de perícia.

Efetivamente, entendo que não pode ser acolhido o requerimento de diligência/perícia, pois inexistente clara demonstração de pertinência para a perícia.

Destaque-se, outrossim, que, na forma do art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, a autoridade julgadora de primeira instância determinará ou deferirá a realização de diligências, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário interposto.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior