



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

Processo nº 10932.000808/2007-12
Recurso nº 268.656 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.563 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2011
Matéria RETENÇÃO
Recorrente MACFER USINAGEM E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/01/2007

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/01/2007

RETENÇÃO

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 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

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (Presidente), Ana Maria Bandeira, Wilson Antônio de Souza Correa, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Igor Araújo Soares. Ausente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados 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. 34/37), a notificada contratou a empresa Pessoa Serviços de Portaria e Manut. S/S Ltda para prestação de serviços de portaria e segurança e não efetuou a retenção e posteriormente o recolhimento dos valores devidos.

A notificada apresentou defesa (fls. 45/47) onde alega que encontrava-se com problemas financeiros, razão pela qual não efetuou os recolhimentos.

Argumenta que confessou os débitos existentes antes de ser autuada de tal sorte que deve ser cobrada nos moldes da denúncia espontânea.

Entende que a autuação não poderá prosperar posto que em momento algum houve dolo, má-fé ou apropriação por parte da empresa ou de seus sócios dos valores apontados, assim, em seu modesto entendimento, deve ser declarada a perda da eficácia da presente notificação.

No mérito, alega que se as questões preliminares não forem consideradas, reserva-se o direito de posterior manifestação.

Por fim, argumenta que a multa aplicada deve ser abatida.

Pelo Acórdão nº 16-19.811 (fls. 61/70) a 12ª Turma da DRJ/São Paulo I (SP) considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 99/102) onde efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrentes responsabiliza problemas financeiros para o não recolhimento das contribuições e ainda alega que estaria solicitando parcelamento.

Tais alegações não se prestam a desconstituir o presente lançamento.

O lançamento em tela refere-se à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados de portaria e segurança

Para os serviços acima citados a retenção é devida, conforme dispõe o §§ 2º e 3º do art. 219, do Decreto nº 3.048/1999, abaixo transcrito:

Art. 219. *A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.*

.....
§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

.....
§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.”

A auditoria fiscal ao constatar a ausência de recolhimento das contribuições devidas tem o dever de ofício de constituir o crédito, em procedimento previsto em lei, especificamente no art. 37 da Lei nº 8.212/1991 que dispõe que “constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento.”

Portanto, ao verificar a ausência de recolhimentos das contribuições que deveriam ter sido retidas da prestadora de serviços, a auditoria fiscal, em procedimento plenamente vinculado, lavrou a presente notificação, sendo que as alegações de inobservância

da situação financeira da recorrente não têm o condão de influenciar na decisão de efetuar o lançamento.

A recorrente alega que nenhum ato administrativo fiscal, que se destine a aplicar multa, sanção pecuniária, ou exigir tributo teria validade administrativa fiscal ou eficácia jurídica se quebrar o princípio do contraditório pleno e amplo, com ampla defesa, sem cerceamento do direito de produzir as provas cabíveis, pertinentes e necessárias para provar fatos relevantes para a decisão do processo.

Observa-se que em nenhum momento deixaram de ser observados os direitos de defesa e ao contraditório da recorrente.

A recorrente teve direito a todos os prazos legais para manifestação. O fato de pretender trazer provas fora dos prazos concedidos não se configura em cerceamento de defesa.

Assevere-se ainda que estaria precluído o direito à discussão de matérias que não foram objeto de defesa uma vez que o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Tal preclusão Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

A recorrente questiona os juros e a multa aplicados por considerá-los inconstitucionais.

Vale dizer que tanto os juros como a multa aplicados encontram respaldo legal nos artigos 24 e 35 da Lei nº 8.212/1991 e, em obediência ao princípio da legalidade, não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que este seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

A impossibilidade acima decorre do fato de ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja

apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira