



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

Processo nº 14489.000121/2008-96
Recurso nº 155.882 Voluntário
Acórdão nº **2401-00.926 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 27 de janeiro de 2010
Matéria NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO -RETENÇÃO DE 11%
Recorrente DE MILLUS S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/03/2002

PREVIDENCIÁRIO .- CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA .- RETENÇÃO 11%.
- OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO. PELOTOMADOR DE SERVIÇO.
De conformidade com os preceitos contidos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá efetuar a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º daquele dispositivo legal.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

NORMAS GERAIS DIREITO TRIBUTÁRIO. LIVRE CONVICÇÃO JULGADOR. DECISÃO RECORRIDA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. Nos termos do artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância, na apreciação das provas e razões ofertadas pela contribuinte, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária, não se cogitando em nulidade da decisão quando não comprovada a efetiva existência de preterição do direito de defesa do contribuinte.

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

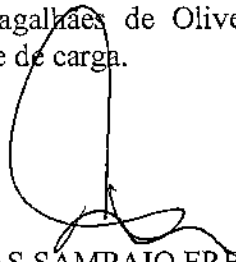
Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Com fulcro no artigo 49, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, c/c a Súmula nº 2, do 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

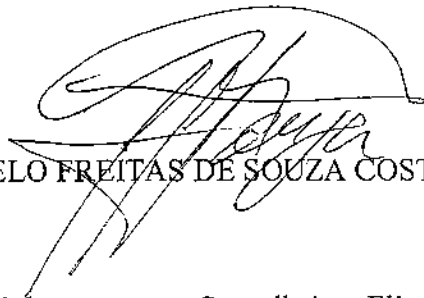
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) Por maioria de votos, no mérito, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votou por excluir da exação as parcelas referentes ao transporte de carga.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrado contra o contribuinte acima identificado, com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, no art. 31 com redação da Lei 9.711/98.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 67/69, a empresa deixou de reter 11% dos valores pagos pela prestação de serviços no período de 01/2001 a 03/2002.

Inconformada com a Decisão Notificação de fls. 329/340, a empresa apresentou recurso a este conselho alegando em síntese:

Preliminarmente indica cerceamento do direito de defesa, violação ao Princípio do Contraditório e Devido Processo Legal nos seguintes pontos: (i) Não apreciação de todos os argumentos trazidos em impugnação; (ii) indeferimento de realização de prova pericial requerida; e (iii) que não foram examinadas as provas trazidas aos autos pelo contribuinte.

Que os serviços prestados, nos casos das transportadoras de cargas, não demandam cessão de mão-de-obra, razão pela qual inexigível retenção de 11% do valor das notas fiscais.

Violação ao Princípio da Legalidade, tendo em vista a INSS 71/2002 que criou sem qualquer amparo legal a obrigatoriedade de retenção com relação aos serviços que não estão sujeitos a esta.

Que cometeu infração de natureza formal, e que por essa razão lhe deveria ter sido aplicada a multa estabelecida no art. 92 da Lei 8.212/91 combinado com o art. 283, inciso I do Decreto 3.048/99.

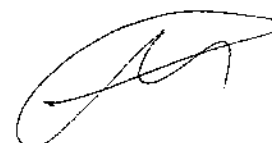
Que não é sujeito passivo da obrigação tributaria referente às contribuições previdenciárias, já que a legislação ordinária não atribuiu tal condição.

Que por força do art. 124 do CTN não deveria ter sido lançado contra este contribuinte credito tributário, já que não é sujeito passivo da obrigação tributária.

Que a fiscalização do INSS jamais esteve nas empresas contratadas, e por tal razão não detinham conhecimento sobre o pagamento das contribuições por essas devidas, tampouco o valor dos salários dos empregados colocados a serviços da autuada, ou seja, desconhecimento da base de cálculo das contribuições.

O arbitramento feito pela fiscalização não se justifica vez que não eram omissos ou desmerecedores de fé quaisquer declarações ou documentos fornecidos pela recorrente à fiscalização.

É ilegítima a aplicação da Taxa SELIC.



Requer o provimento do recurso com a anulação do Auto de Infração.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP não apresentou contra razões.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'R' followed by a horizontal line and a vertical stroke extending downwards.

Voto

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, Relator

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES

Não vislumbro o cerceamento de defesa argüido pela recorrente, sendo certo que a lavratura da presente NFLD se deu em nítida harmonia a disposição legal, frise-se que pela análise dos documentos presentes no presente processo, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, quais sejam:

- Autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF-, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento; - Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura da NFLD ora contestada, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Ainda preliminarmente, requer a autuada a decretação da nulidade da decisão recorrida, por entender que a autoridade julgadora de primeira instância deixou de apreciar parte das alegações inseridas em sua defesa inaugural, em total preterição do direito de defesa da contribuinte, estando o *decisum* maculado por vício de motivação, requisito legal necessário à validade dos atos administrativos.

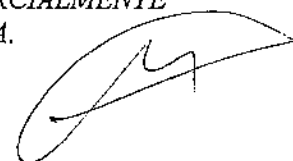
Muito embora a contribuinte lance referida assertiva, não faz prova ou indica qual omissão que o julgador monocrático teria incorrido, capaz de ensejar efetivamente o cerceamento do seu direito de defesa. Como se observa da decisão atacada, de fato, a autoridade julgadora não adentrou a todas as alegações suscitadas pela então impugnante.

Tal fato isoladamente, porém, não tem o condão de configurar preterição do direito de defesa da contribuinte, mormente quando este não afirma qual teria sido o prejuízo decorrente da conduta do julgador de primeira instância.

Ademais, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, a qual vem sendo seguida à risca por esta instância administrativa, entende que o simples fato de o julgador não dissertar a propósito de todas as razões recursais do contribuinte não implica em nulidade da decisão, especialmente quando a recorrente lança uma infinidade de argumentos desprovidos de qualquer amparo legal ou lógico, com o fito exclusivo de protelar a demanda.

A corroborar esse entendimento, cumpre trazer à baila Acórdão exarado pela 5ª Turma do STJ, nos autos do HC 35525/SP, com sua ementa abaixo transcrita:

*“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. **NULIDADE DA SENTENÇA**. LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA DO MAGISTRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.*



[...]

2. O só fato de o julgador não se manifestar a respeito de um ou outro argumento da tese defendida pelas partes não tem o condão de caracterizar ausência de fundamentação ou qualquer outro tipo de nulidade, por isso que não o exigem, a lei e a Constituição, a apreciação de todos os argumentos apresentados, mas que a decisão judicial seja devidamente motivada, ainda que por razões outras (Princípio da Livre Convicção Motivada e Princípio da Persuasão Racional, art. 157 do CPP). [...]" (Julgamento de 09/08/2007, Publicado no DJ de 10/09/2007)

Nesse sentido, basta que o julgador adentre às questões mais importantes suscitadas pelo recorrente, decidindo de forma fundamentada e congruente, para que sua decisão tenha plena validade.

Outra preliminar apresentada refere-se ao inconformismo da recorrente pelo indeferimento da perícia solicitada.

Cumpra afastar a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

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, observado o disposto no art. 28, in fine.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade da mesma.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que se considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.



Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Desta forma entendo não haver qualquer nulidade capaz de macular o presente auto de infração, razão pela qual rejeito as preliminares suscitadas.

DO MÉRITO

A recorrente alega que os serviços em questão não se enquadram no conceito de cessão de mão de obra eis que não eram contínuos e nem houve a colocação do empregado à disposição da recorrente.

Os cálculos dos valores objetos do lançamento foram extraídos das Notas Fiscais de Prestação de Serviços, e demais documentos contábeis, fornecidos pela própria recorrente, não deixando margem a qualquer dúvida quanto a regularidade da conduta fiscal, como procura demonstrar a notificada.

Com efeito, o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, determina que as empresas tomadoras de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, **por substituição tributária**, deverão reter 11% (onze por cento) da nota fiscal ou fatura do serviço, a título de contribuição previdenciária, como segue:

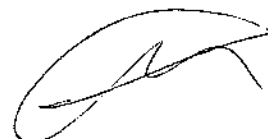
“Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.”

Por sua vez, o § 3º do dispositivo legal encimado, traz em seu bojo a definição de **cessão de mão-de-obra**, para efeito do perfeito enquadramento dos casos concretos à norma supratranscrita, ou seja, subsunção da norma ao fato, *in verbis*:

“§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.”

Ao regulamentar a matéria, o Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 219 e parágrafos, reiterou os preceitos legais acima esposados, trazendo, ainda, a exemplo do § 4º, do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, rol taxativo dos serviços a serem enquadrados como cessão de mão-de-obra à época dos fatos geradores, nos seguintes termos:

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.



§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 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;
- III - construção civil;
- V - serviços rurais;
- V - digitação e preparação de dados para processamento;
- VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;
- VII - cobrança;
- VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;
- LX - copa e hotelaria;
- X - corte e ligação de serviços públicos;
- XI - distribuição;
- XII - treinamento e ensino;
- XIII - entrega de contas e documentos;
- XIV - ligação e leitura de medidores;
- XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;
- XVI - montagem;
- XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;
- XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;
- XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (**Redação alterada pelo Decreto nº 4.729, de 09/06/03**)

ORIGINAL - XIX - operação de transporte de cargas e passageiros;

XX - portaria, recepção e ascensorista;

XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII - promoção de vendas e eventos;



XXIII - secretaria e expediente;

XXIV - saúde; e

XXV - telefonia, inclusive telemarketing.

§ 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. [...]"

Conforme se extrai dos dispositivos legais acima, tratando-se de serviços **efetivamente/comprovadamente** prestados mediante cessão de mão-de-obra, estarão sujeitos à retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Relativamente ao inconformismo à cobrança das contribuições previdenciárias ora lançadas a pretexto de ilegalidades e/ou inconstitucionalidades, além da exigência de tais tributos encontrar respaldo na legislação previdenciária, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 147/2007, que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

"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. [...]"

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Sumula nº 02, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, assim estabelece:

"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."

E, segundo o artigo 53, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, as Súmulas, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.



Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

[...]”

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

A recorrente insurge-se, ainda, contra a base de cálculo da contribuição previdenciária apurada pela fiscalização, alegando que deveriam ser excluídos os valores referentes a materiais.

Em que pese tal afirmação, verifica-se, da análise dos autos, que a base de cálculo utilizada pela fiscalização está em conformidade com os normativos legais. E como a recorrente apenas alega, mas não prova, que os valores apurados pela auditoria estão equivocados, não há que se falar em dedução da base de cálculo da retenção.

Os cálculos dos valores objetos do lançamento foram extraídos das Notas Fiscais de Prestação de Serviços, e demais documentos contábeis, fornecidos pela própria recorrente, não deixando margem a qualquer dúvida quanto a regularidade da conduta fiscal, como procura demonstrar a notificada.

Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, REJEITAR AS PRELIMINARES e NO MÉRITO NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 27 de janeiro de 2010


MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA - Relator