



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

Processo n° 15586.001110/2008-98
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2402-01.899 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente GAIA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 28/02/2005

AI. NORMAS LEGAIS PARA SUA LAVRATURA. OBSERVÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não se caracteriza o cerceamento do direito de defesa quando o fiscal efetua o lançamento em observância ao art. 142 do CTN.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO PRESTADOR DOS SERVIÇOS. DESNECESSIDADE. Conforme mansa e pacífica jurisprudência, com a alteração do art. 31 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.718/98, o tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, tornou-se substituto tributário, sendo o responsável pela retenção e repasse do valor das contribuições incidentes sobre a contratação, o que dispensa a fiscalização de efetuar verificação prévia no prestador dos serviços.

SALÁRIO-FAMÍLIA. PAGAMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. GLOSA. INCLUSÃO COMO BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES. LEGALIDADE. O pagamento de salário família, sem que a recorrente demonstre ter apresentado ou mesmo possuir as certidões de nascimento dos filhos de seus segurados empregados enseja a inclusão de tais verbas como base de cálculo das contribuições previdenciárias, de acordo com os comandos dos arts. 28, 9º da Lei 8.212/91 c/c o art. 214, §§ 9º e 10º do Decreto 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social - RPS

MULTA DESPROPORCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA Não cabe ao CARF a análise de inconstitucionalidade da Legislação Tributária.

Recurso Voluntário Negado.

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.

Lourenço Ferreira do Prado - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por GAIA IMPORTAÇÃO e EXPORTAÇÃO LTDA, em face de acórdão que manteve a integralidade do Auto de Infração 37.0170.3226-7, lavrado para a cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre:

a-) a glosa do pagamento de cotas de salário família a segurados empregados em desacordo com a legislação previdenciária, por ter deixado de apresentar na ação fiscal as certidões de nascimento e termos de responsabilidade do estabelecimento inscrito no CNPJ 39.284.401/0008-22 e da obra de matrícula 41.210.00815/79 - lançamento GLO;

b-) o valor bruto de notas fiscais de prestação de serviços com as empresas RIJA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA e ROSÂNGELA RIGONI RODRIGUES-ME, por ter a empresa deixado de efetuar a retenção de 11%, lançamentos RPS e RRR;

c-) o recolhimento a menor de acréscimos legais incidentes sobre o pagamento de GPS em atraso, lançamento DAL;

O lançamento compreende o período de 01/01/2004 a 28/02/2005, tendo sido o recorrente cientificado do lançamento em 31/07/2008 (fls. 126).

Consta do relatório fiscal que não foi apresentado o contrato de prestação de serviços com a empresa RIJA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS e que os serviços prestados pra empresa ROSÂNGELA RIGONI RODRIGUES – ME são de acompanhamento do processo de colheita, embalagem e despacho de frutas e cereais, conforme contrato constante dos autos.

Devidamente intimado do julgamento em primeira instância (fls.165), o contribuinte interpôs o competente recurso voluntário de fls. 178, através do qual sustenta, em síntese:

1. a não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-família, uma vez que tal pagamento não tem o caráter de retribuição pelos serviços prestados pelo trabalhador, mas sim compensatório;
2. a impossibilidade de responsabilização da recorrente antes de ser levada a efeito fiscalização junto ao prestador dos serviços por ela tomados;
3. o cerceamento de seu direito de defesa, pois a partir do momento em que o I. Fiscal lançou um percentual sobre as notas fiscais, em desfavor da recorrente, sem sequer ter havido a devida e regular fiscalização junto a prestadora de serviços não foram carreados aos autos os elementos necessários para que a recorrente pudesse se manifestar sobre o assunto;

4. a ilegalidade da fixação de 40% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviços como base de cálculo das contribuições previdenciárias, por afronta ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º da Constituição Federal, pois depende de Lei para sua validade, não podendo basear-se em simples Instrução Normativa;
5. que é ilegal a aplicação da multa descrita no art. 32, 4º da Lei 8.212/91, pois a omissão consignada pelos auditores fiscais não decorreu de má-fé da recorrente;
6. que a multa aplicada é confiscatória;

Processado o recurso sem contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, subiram os autos a este Eg. Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PRELIMINARES

Inicialmente, ao que se verifica dos autos, o lançamento compreende as competências a partir de 01/2004, quando então já estava em vigor a nova redação do art. 31 da Lei 8.212/91, que alterou a sistemática anterior acerca do recolhimento das contribuições incidentes sobre a tomada de serviços prestados mediante a cessão de mão-de-obra, transformando o tomador em substituto tributário, responsável pela retenção do valor e seu repasse aos cofres públicos e não mais tratando-o como mero responsável solidário pelo recolhimento.

Confira-se a redação do dispositivo à época dos fatos geradores das contribuições sociais lançadas:

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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Por tais motivos, tenho que a argumentação constante do recurso voluntário, no sentido de que existe a necessidade da prévia fiscalização acerca do pagamento das contribuições exigidas por meio do AI junto ao prestador de serviços não merece acolhida.

Não mais se trata de situação de responsabilização do tomador pelo não adimplemento sobre as contribuições incidentes sobre a prestação de serviços mediante a cessão de mão-de-obra, mas sim da própria transferência, ao tomador de tais serviços, da responsabilidade pela retenção e recolhimento do percentual de 11%, dotando-o, agora, da qualidade de substituto tributário, ou seja, de quem deve efetuar o recolhimento das contribuições.

Rejeito, assim, a preliminar aventada.

Também não vislumbro ter sido a recorrente cerceada em seu direito de defesa, ainda mais sob a argumentação de que tal vício também decorreu da ausência de prévia fiscalização na empresa prestadora de serviços.

Conforme já se demonstrou, nada mais fez a fiscalização do que aplicar ao caso em concreto a legislação pertinente, atribuindo à recorrente, a condição de substituta tributária, levando a efeito simplesmente aquilo que determinado pela Lei 8.212/91. Assim, uma vez que não houve qualquer transgressão a norma legal em vigor, não há que se reconhecer, por este motivo, a nulidade do lançamento.

Logo, ao que se depreende do relatório fiscal, verifica-se ter sido observado o que disposto no art. 142 do CTN a seguir:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

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

Este veio devidamente acompanhado de todos os anexos do Auto de Infração, sendo dele parte integrante, quando se percebe que todos foram concebidos em total observância às disposições do art. 142 do CTN e 37 da Lei n. 8.212/91, na medida em que todos os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a lavratura do Auto restaram devidamente demonstrados, o que proporcionou e garantiu ao contribuinte a clara e inequívoca ciência e materialização da ocorrência do fato gerador e dos valores não recolhidos das contribuições sociais devidas.

Por tais motivos, também rejeito esta preliminar.

MÉRITO

Sustenta, ainda, que a autuação não merece prosperar em razão de que não incidem contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a título de salário família, que teve a recorrente por glosados pela fiscalização.

O relatório fiscal aponta que a consideração dos valores pagos como componentes da base de cálculo das contribuições lançadas se deu em razão de que não foram apresentadas as certidões de nascimento e termos de responsabilidade que foram requeridos pela fiscalização, tendo sido verificado, portanto, o descumprimento da legislação pertinente a espécie.

O pagamento do salário família, devido a todos os segurados e contribuintes individuais a serviço em favor da empresa, fica condicionado, nos termos do art. 67 da Lei 8.213/91 a apresentação da certidão de nascimento e a apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e comprovação de frequência do filho à escola, *verbis*:

Art. 67. O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

E foi exatamente por não ter apresentado a documentação exigida pelo art. 67 da Lei 8.213/91 que a recorrente teve glosado para fins de inclusão da base de cálculo das contribuições previdenciárias, os valores pagos a título de salário-família.

Sobre a desconsideração, há de se asseverar que a recorrente nem mesmo trouxe aos autos referida documentação, sequer argumentando possuí-la, resumindo-se a alegar que trata-se de verba compensatória e que por tal motivo, não está sujeita à incidência da contribuição previdenciária.

Logo, em face do descumprimento da legislação que rege o pagamento do salário família, outra não pode ser a conclusão senão a de que referidos valores devem compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias, conforme determina o art. 28, 9º da Lei 8.212/91 c/c o art. 214, §§ 9º e 10º do Decreto 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social – RPS, a seguir:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

[...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Decreto 3.048/1999

Art. 214 (.)

§ 9 - Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

1- os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, ressalvado o disposto no § 22;

(.)

§ 10. As parcelas referidas no parágrafo anterior, quando pagas ou creditadas em desacordo com a legislação pertinente, integram o salário-de-contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis.

Neste mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado já proferido por esta Eg. Turma e de relatoria da Em. Conselheira Ana Maria Bandeira:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 01/04/1996 a 31/01/2006 DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE 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 § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não. 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 **SALÁRIO FAMÍLIA - DESACORDO LEGISLAÇÃO - GLOSA** *O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade. Se o benefício for pago em desacordo com a legislação, incide contribuição previdenciária e deverá ser glosado, caso tenha sido descontado da contribuição devida pela empresa.* **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* **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.* **RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.** *(Processo 35043.000425/2007-81, Rel. Cons. Ana Maria Bandeira, sessão de 08/05/2009)*

Quanto aos demais pontos, melhor sorte não auferem a recorrente.

As irresignações para o afastamento da multa aplicada sob a argumentação de caracterizar-se como confiscatória e a ilegalidade da fixação do percentual de 40% como base de cálculo para que seja efetuada a retenção de 11% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviço, não podem ser analisadas por este Eg. Conselho, em respeito a competência privativa do Poder Judiciário, já que, o afastamento da aplicação da Legislação referente, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

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

Por fim, a defendida ilegalidade da aplicação da multa descrita no art. 32, 4º da Lei 8.212/91, pois a omissão apurada pelos auditores fiscais não decorreu de má-fé da recorrente sequer análise, na medida em que se trata de matéria estranha ao presente julgamento.

Processo nº 15586.001110/2008-98
Acórdão n.º **2402-01.899**

S2-C4T2
Fl. 198

Ante todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

Lourenço Ferreira do Prado