



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16004.000644/2007-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-009.553 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de março de 2021
Recorrente EMPRESA MUNICIPAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS - EMPRO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. Súmula CARF nº 2.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91. AUSÊNCIA DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

A contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão (fls. 85 a 96), que julgou a impugnação parcialmente procedente e manteve integralmente o crédito constituído por meio do

Auto de Infração DEBCAD nº 37.108.840-2 (fls. 2), emitido em 14/09/2007, no valor de R\$ 1.195,13, por ter deixado de reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços para recolhimento ao INSS, nos serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário.

A DRJ julgou a impugnação parcialmente procedente em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE ONZE POR CENTO SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA.

Constitui infração à legislação previdenciária deixar a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, de reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO. AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da arguição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

DRJ. COMPETÊNCIA.

A competência da DRJ limita-se à discussão relacionada ao crédito tributário, constituído através de NFLD, não podendo manifestar-se sobre alegações relacionadas a inscrição em Dívida Ativa.

PROVAS. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO.

A prova documental no contencioso administrativo previdenciário deve ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundada nas hipóteses expressamente previstas.

PERÍCIA. DESNECESSÁRIA. INDEFERIMENTO.

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.

DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. INDEFERIMENTO.

A dilação probatória fica condicionada à sua necessidade à formação da convicção da autoridade julgadora, devendo ser indeferida quando desnecessária.

EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA OU EMPREITADA. RETENÇÃO. ISENÇÃO.

A empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada é isenta da retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços apenas no período compreendido entre 01/01/2000 e 31/08/2002.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi cientificado da decisão em 21/12/2009 (fl. 99) e apresentou recurso voluntário em 15/01/2010 (fls. 101 a 129) sustentando: a) inconstitucionalidade do dever de retenção; b) nulidade do lançamento por ausência de diligência junto ao responsável solidário; c) as notas fiscais levantadas pela fiscalização não se referem à cessão de mão de obra e; d) necessidade de prazo para apresentar os comprovantes dos efetivos recolhimentos das contribuições previdenciárias.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira, Relatora.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

Das alegações recursais

1. Preliminar de inconstitucionalidade/ ilegalidade

A recorrente alega a ilegalidade do dever de retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais.

Não compete à autoridade administrativa apreciar a arguição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, pois essa competência foi atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário, pela Constituição Federal, art. 102.

A atuação das turmas de julgamento do CARF está circunscrita a verificar os aspectos legais da atuação do Fisco, não sendo possível afastar a aplicação ou deixar de observar os comandos emanados por lei sob o fundamento de inconstitucionalidade, o que dispõem o artigo 62 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/15, bem como a Súmula CARF nº 2.

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

Portanto, sem razão a recorrente.

2. Da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal

Alega a recorrente ausência de responsabilidade porque o dever de retenção e recolhimento não pode ser imposto a quem não tem vínculo com o fato gerador e a fiscalização não buscou o adimplemento da obrigação junto às empresas cessionárias e o devedor solidário somente deve ser acionado *a posteriori*.

O art. 142 do CTN estabelece como um dos requisitos do lançamento de ofício, a perfeita identificação do sujeito passivo como essencial, não sendo possível exigir tributo de quem não tem relação com o fato gerador.

O art. 121¹ do mesmo Código define como sujeito passivo da obrigação principal a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade e, seguindo em suas definições, o referido artigo divide tal sujeito da obrigação em: i) contribuinte, quando tenha relação pessoal e

¹ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, e ii) responsável, quando expressamente a lei assim definir.

Por derradeiro, o art. 124² trata da responsabilidade solidária, dividindo em: i) decorrente de interesse comum e ii) a que tem origem através de imposição legal, ambas não comportando benefício de ordem.

As obrigações para com a seguridade social incidentes sobre fatos geradores relacionados à cessão de mão-de-obra estão veiculadas no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A redação original do dispositivo foi alterada pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997 e, posteriormente, pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que assim dispõe:

Art. 29. O art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999, ficando mantida, até aquela data, a responsabilidade solidária na forma da legislação anterior.

Este Recurso Voluntário discute a incidência de contribuição à seguridade social no período 01/01/2002 a 31/12/2004.

Desse modo, em respeito ao art. 105 do CTN³, ao caso deve ser aplicado o art. 31 com as alterações promovidas pela Lei nº 9.528/97, que impõe a responsabilidade solidária e sem benefício de ordem, *in verbis*:

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem.

§ 1º Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º Exclusivamente 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 atividades normais da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 3º A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§ 4º Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e guia de recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

² Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

³ Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

A Lei de Custeio da Seguridade Social impôs ao contratante a responsabilidade solidária com o prestador de serviços com relação às obrigações de recolhimento das contribuições previdenciárias, admitindo o direito de regresso contra o executor.

Para a empresa tomadora de serviços isentar-se da responsabilidade pelo não pagamento das contribuições previdenciárias devidas pela prestadora de serviço, é necessário que demonstre o efetivo recolhimento destas contribuições.

A tomadora dos serviços, ao não exigir da empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão de obra as cópias autênticas dos documentos a que se refere o § 4º do art. 31 da Lei nº 8.212/91, se sujeita à solidariedade pelo adimplemento das contribuições previdenciárias devidas pelo executor, relativas aos serviços contratados.

Em se tratando de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra é clara a legislação vigente à época, acerca da responsabilidade do contratante em reter 11% do valor da nota fiscal, recolhendo o fruto da retenção no CNPJ da empresa contratada.

Além disso, o presente lançamento não se refere à responsabilidade solidária e sim ao dever de retenção de 11% que o sujeito passivo deveria ter efetuado em razão da contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, conforme legislação encimada.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

O tema em questão já foi objeto de inúmeras controvérsias judiciais, já tendo o Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades infirmado a constitucionalidade da retenção de 11%⁴.

⁴ EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE 11% ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte. 2. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes. 3. Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto. 4. A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior. 5. Inexistência de extrapolção da base econômica do art. 195, I, a, da Constituição, e de violação ao princípio da capacidade contributiva e à vedação do confisco, estampados nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição. Prejudicados os argumentos relativos à necessidade de lei complementar, esgrimidos com base no art. 195, § 4º, com a remissão que faz ao art. 154, I, da Constituição, porquanto não se trata de nova contribuição. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 7. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

Nesse mesmo sentido é o entendimento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e desta Turma:

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/1997 a 31/08/2007 (...) RETENÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA OU EMPREITADA. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada está obrigada a reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher a importância assim retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra. A retenção por parte do responsável pelo recolhimento sempre se presumirá feita, oportuna e regularmente, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, permanecendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixar de reter. INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. VEDAÇÃO. A verificação da compatibilidade da norma tributária com a Constituição é atribuição conferida com exclusividade pela própria Carta ao Poder Judiciário. Desse modo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é a instância apropriada para essa espécie de debate, como ele próprio já se pronunciou no enunciado de nº 2 da súmula de sua jurisprudência, que tem o seguinte teor: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária". JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. O entendimento pacífico deste Tribunal Administrativo, consolidado no enunciado de nº 108 da súmula de sua jurisprudência, de teor vinculante e de aplicação obrigatória pelos colegiados que o compõem, no termos do art. 72 do RICARF, é no sentido de que "incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício".

(Acórdão nº 2402-007.915, Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, Relatora Conselheira RENATA TORATTI CASSINI, Julgado em 3/12/2019, Publicado em 07/02/2020).

Como se vê, ainda que se admitisse que no auto sob exame estariam incluídas pessoas jurídicas optantes pelo Simples, tal fato não eximiria a impugnante da obrigatoriedade de retenção dos 11%.

Nesse ponto, sem razão a recorrente.

3. Do lançamento por arbitramento

Sustenta a recorrente que não se admite o lançamento com base de cálculo presumida.

A apuração indireta do débito por intermédio da aferição é autorizada pela legislação previdenciária; contudo, estando no campo da exceção, deve atender a requisitos mínimos que determinem com exatidão o surgimento do fato gerador da obrigação tributária.

A Lei nº 8.212/91, em seu art. 33, §§ 3º e 6º⁵, atribui à fiscalização o poder de (a) lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em

(RE 603191, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-02 PP-00185)

⁵ Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

(...)³ Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...) § 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do

contrário, no caso de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente; (b) apurar e lançar as contribuições devidas quando constatar que a contabilidade não registra a realidade da remuneração dos segurados a seu serviço e (c) desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado, quando constate que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições que caracterizem tal condição.

A Instrução Normativa SRP nº 03, de 14/07/2005, vigente à data dos fatos geradores, dispõe que:

Art. 427. O valor da remuneração da mão-de-obra utilizada na execução dos serviços contratados, aferido indiretamente, corresponde no mínimo a quarenta por cento do valor dos serviços contidos na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

Art. 473. A base de cálculo para as contribuições sociais relativas à mão-de-obra utilizada na execução de obra ou de serviços de construção civil será aferida indiretamente, com fundamento nos §§ 3o, 4o e 6o do art. 33 da Lei no 8.212, de 1991, quando ocorrer uma das seguintes situações:

I - quando a empresa estiver desobrigada da apresentação de escrituração contábil e não a possuir de forma regular;

II - quando não houver apresentação de escrituração contábil na forma estabelecida no § 4º do art. 60;

III - quando a contabilidade não espelhar a realidade econômico-financeira da empresa por omissão de qualquer lançamento contábil ou por não registrar o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento ou do lucro;

IV - quando houver sonegação ou recusa, pelo responsável, de apresentação de qualquer documento ou informação de interesse da SRP;

V - quando os documentos ou informações de interesse da SRP forem apresentados de forma deficiente.

§ 1º Nas situações previstas no *caput*, a base de cálculo aferida indiretamente será obtida:

I - mediante a aplicação dos percentuais previstos nos arts. 427, 601 e 605, sobre o valor da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços ou sobre o valor total do contrato de empreitada ou de subempreitada;

Art. 601. Caso haja previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, para a execução dos serviços, se os valores de material ou equipamento estiverem estabelecidos no contrato, ainda que não discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, o valor da remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços será apurado na forma do art. 600.

Em obediência à legislação previdenciária é cabível o lançamento de tributos quando o contribuinte se recusar ou sonegar a apresentação de qualquer documento ou informação.

A fixação da base de cálculo em 20% do valor das notas fiscais de prestação de serviço para fins de apuração indireta da base de cálculo das contribuições previdenciárias, constitui procedimento que observa os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Ademais, a recorrente não apresentou novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento desta Relatora, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do teor de seu voto condutor (fls. 90 a 96):

lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Tais alegações sobre ilegalidade e inconstitucionalidade não podem ser acolhidas, vez que os valores lançados estão em plena conformidade com a legislação em vigência, devendo-se ter em conta que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal ou determinada Lei, vez que toda a atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legislador competente, gozam de presunção de constitucionalidade e legalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

Assim, a atribuição dos julgadores da esfera administrativa está limitada a afastar a aplicação apenas de leis e atos normativos excluídos do ordenamento jurídico, nos termos dispostos na Portaria RFB 10.875, de 16 de agosto de 2007 (DOU 24/08/2007) em seu artigo 181 e no Decreto 70.235/72, artigo 26-A e, uma vez encontrando amparo legal a retenção questionada pela impugnante, conforme dispositivos relacionados no Relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito, integrante da NFLD, não há que se falar no seu afastamento.

2 - A notificada faz várias afirmações enfocando a responsabilidade solidária:

(...)

Cumprir ressaltar mais uma vez que o presente A1 não foi motivado pela responsabilidade solidária, pelo não sim pelo não cumprimento do previsto no artigo 31 da Lei 8.212/91, anteriormente transcrito e constante no anexo FLD.

Com relação à solidariedade, a Instrução Normativa INSS/DC Nº 100, de 18/12/2003, explicita:

“Art. 188. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:

(...)

IV - a empresa tomadora de serviços com a empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, até a competência janeiro de 1999; ”

Portanto, não cabe análise dos argumentos trazidos pela impugnante quanto à solidariedade no presente caso, visto sua inocorrência a partir de fevereiro de 1999.

Também é importante esclarecer que as provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento, conforme previsão do artigo 37, parágrafo 1.º da Lei 8.212/91 c/c o artigo 243, parágrafo 2.º do RPS, na redação do Decreto 6.103/07 e o artigo 5.º da Portaria Ministerial 10.875/07 (DOU 24/08/07)3, que trata do Contencioso Administrativo no âmbito das contribuições previdenciárias.

O artigo 7º, inciso III e parágrafo 1.º da Portaria 10.875/074, da mesma forma que o artigo 16, inciso III, parágrafo 4.º do Decreto 70.235/72 limitam o momento para a apresentação de provas.

Como se vê, os textos legais estabelecem que na impugnação devem ser apresentadas todas as provas, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, exceto se ficar demonstrada uma das hipóteses ali descritas, o que não restou comprovado nos autos.

3 - Com relação à alegação de que não ocorreu a cessão de mão-de-obra, uma vez que o objeto da notas fiscais é a prestação de serviços com fornecimento ou locação de materiais e equipamentos, sobre os quais não pode incidir a retenção, cabe observar que o conceito de cessão de mão-de-obra, conforme legislação vigente à época dos fatos geradores é “a colocação à disposição da 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”5, condições que se observam nos contratos de prestação de serviços anexados a presente NFLD.

4 - Quanto aos comentários específicos sobre as ocorrências verificadas em cada uma das prestadoras mencionadas no Relatório Fiscal da NFLD e que impuseram o presente AI:

- CPA - Eletrônica & Comunicações Ltda.: Aduz que os serviços foram desenvolvidos por profissional especializado, no caso, engenheiro eletricista, cuja profissão é reconhecida por lei federal, não incidindo, pois, a retenção de 11%. Além disso, a prestadora dos serviços comprovou à recorrente o efetivo pagamento de sua folha de salário e encargos, razão pela qual pugna pela oportunidade de apresentação das respectivas guias de recolhimento, ainda que após a protocolização do presente recurso.

Preconiza a Ordem de Serviço INSS/DAF n.º 209, de 20/05/1999, vigente à época dos fatos geradores:

“26 - A contratante estará dispensada de efetuar a retenção quando:

(...)

III - na contratação de serviços listados no item 12.1. houver serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, desde que prestados pessoalmente pelos sócios ou cooperados, nas sociedades civis ou cooperativas de trabalho, respectivamente, devendo esse fato constar da própria nota fiscal/fatura ou recibo ou em documento apartado. ”

No presente caso, não há o cumprimento da exigência de o fato constar da própria Nota Fiscal de Prestação de Serviços, conforme se observa pelos documentos anexados às fls. 55/59.

Também, os valores lançados referentes a esse prestador de serviços são originários da implantação de rede local no prédio do CESEC/Banco do Brasil e de serviços de infraestrutura de elétrica e lógica para implantação de rede Wireless nas UBS do município de São José do Rio Preto, conforme Notas Fiscais de Prestação de Serviços anexadas às fls. 55/59 e, se tratando de infraestrutura, caracteriza-se como obra de construção civil, estando sujeita à retenção, conforme previsto no item 12.1 da Ordem de Serviço INSS/DAF n.º 2096, de 20/05/ 1999, vigente à época dos fatos geradores.

Assim sendo, correta a autuação pela não_ retenção de 11% para a prestadora em questão.

- R.A.M. Gomes: Afirma que o objeto do contrato é a entrega de notificação pessoal de auto de infração de trânsito, efetuada pelo próprio sócio proprietário, não incidindo, pois, a retenção de 11%.

Como a notificada não comprova documentalmente suas alegações, não há que se falar em exclusão da obrigação da retenção por tal motivo.

- Icomon Comercial e Construtora Ltda.: Esclarece que a retenção não foi efetivada tendo em vista que a empresa estava desobrigada de tal retenção por força de Mandado de Segurança reconhecendo a não sujeição à retenção previdenciária para os serviços que realiza. Ainda que a auditoria alegue a existência de parecer atual reconhecendo agora a sujeição à retenção para os serviços que realiza, não mais cabia impor à recorrente esse dever, pois já se passou a época própria.

Em consulta efetuada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com relação ao processo n.º 1999.61.00.031589-5 (fls. 74/78), constatou-se que foi proferida sentença em 08/10/2002, publicada em 14/ 1 1/2002, dando provimento à apelação do INSS no sentido de determinar o recolhimento da contribuição social nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91.

Como, no presente caso, os valores apurados se referem ao período de 02/2002 a 07/2002, anterior à sentença, a razão assiste à impugnante quanto à não retenção e o não recolhimento de 11% sobre o valor das notas fiscais de prestação de serviço, pois efetivamente estava amparada por Mandado de Segurança.

Muito embora seja reconhecido o direito da defendente em não efetuar a retenção para essa prestadora, sua exclusão do presente A1 não produz efeito prático em termos de

alteração do valor da multa aplicada, visto que, nos termos da fundamentação legal da autuação, a multa tem valor fixo independentemente do número de competências.

- Evandro Rodrigues Ferreira - ME: Alega a defendente ser a prestadora em questão isenta de retenção por se tratar de empresa optante pelo Simples e, além disso, os serviços eram executados pelas pessoas físicas de seus sócios-proprietários, não incidindo a retenção dos 11% nos termos da lei.

Quanto à afirmação de ser isento da retenção por ser empresa optante pelo Simples, a empresa tem razão parcialmente em seu questionamento, uma vez que a obrigação da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviço para empresas optantes pelo Simples foi instituída através da Instrução Normativa n.º 071, de 10/05/2002, com vigência a partir de 01/09/2002. Como o crédito tributário referente a essa prestadora abrange o período de 03/2002 a 09/2002, tem-se que as competências de 03/2002 a 08/2002 se encontram fora do período de exigência da retenção.

Com relação ao fato de os serviços supostamente terem sido executados pelas pessoas físicas de seus sócios-proprietários, não incidindo a retenção dos 11% nos termos da lei, a impugnante não comprova documentalmente suas alegações, não havendo que se falar em exclusão do crédito tributário pelo motivo alegado, pois, conforme anteriormente exposto, as provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento.

Assim, muito embora seja reconhecido o direito da defendente de não efetuar a retenção para essa prestadora no período de 03/2002 a 08/2002, a exclusão dessas competências do presente AI não produz efeito prático em termos de alteração do valor da multa aplicada, visto que, nos termos da fundamentação legal da autuação, a multa tem valor fixo independentemente do número de competências.

- SPL Construtora e Pavimentadora Ltda.: Afirma que o valor bruto da nota fiscal refere-se quase integralmente aos equipamentos que são instalados e cedidos em forma de locação, restando a título de mão-de-obra um valor mínimo, tendo sido considerado o valor total da nota fiscal como base de cálculo para o cálculo das contribuições, gerando contribuição indevida.

Não é possível acatar tal argumentação, por não atender o disposto nos atos legais que disciplinavam a matéria no período abrangido pelo levantamentos, os quais determinam que só poderão ser deduzidos da base de cálculo da retenção as parcelas relativas aos materiais empregados que estiverem contratualmente estabelecidos e discriminados na nota fiscal, fato que não ocorre no presente caso.

- Engebras S/A Ind - Indústria, Comércio e Tecnologia de Informática.: Esclarece que a retenção não foi efetivada tendo em vista que a empresa estava desobrigada de tal retenção por força de Mandado de Segurança reconhecendo a não sujeição à retenção previdenciária para os serviços que realiza.

Mais uma vez razão não assiste à impugnante, visto que o processo para o qual foi concedida a segurança (1999.61.00.051071-0 AMS 204880), conforme consulta efetuada ao site do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e anexada às fls. 79/82, teve seu mérito julgado em 06/11/2001 e publicado em 12/03/2002, data anterior ao período abrangido pelo crédito tributário apurado na presente notificação, qual seja, 04/2002 a 12/2004. Assim sendo, à época dos fatos geradores já havia sido restabelecida a obrigação de a tomadora dos serviços efetuar a retenção dos 11% sobre o total da nota fiscal ou fatura de serviços para a prestadora em questão.

5 - Finalmente, para a comprovação das suas razões de recurso, a requerente postula por prazo para apresentação dos comprovantes do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias, já que teve assegurada informação por parte das prestadoras de serviço que tais contribuições foram efetivamente efetivadas.

Postula ainda realização de perícia para a correta aferição do débito, apurando os componentes de mão de obra, materiais, valor de locação de equipamentos e outros.

Quanto à produção de provas requerida, tem-se que a dilação probatória fica condicionada à sua necessidade à formação da convicção da autoridade julgadora e ao atendimento, por parte de seu requerente, dos requisitos previstos na legislação.

Nesse sentido, os elementos apresentados são suficientes à formação da convicção necessária à prolação do presente Voto, tendo sido todos eles devidamente analisados e considerados neste julgamento.

Assim sendo, descabe falar em dilação probatória.

Por todo o exposto, não assiste razão à recorrente.

Conclusão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira