

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais****PROCESSO** 17546.000132/2007-51**ACÓRDÃO** 2402-012.813 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA**SESSÃO DE** 03 de setembro de 2024**RECURSO** VOLUNTÁRIO**RECORRENTE** MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**RECORRIDA** FAZENDA NACIONAL**Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias**

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/1999

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.

RETENÇÃO.

A retenção de 11% determinada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, será devida quando demonstrados os pressupostos fáticos de sua incidência. Quando os serviços prestados estiverem previstos no artigo 145 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, a retenção será devida mesmo que O serviço seja prestado mediante empreitada. Para os serviços arrolados no artigo 146 do citado ato normativo, a exigibilidade da retenção dependerá da ocorrência de cessão de mão-de-obra.

ARGUIÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Não é de competência do julgador administrativo decidir sobre constitucionalidade de lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior – Relator

Assinado Digitalmente

Francisco Ibiapino Luz – Presidente

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (p.399) interposto em face da decisão da 7ª Turma da DRJ/CPS, consubstanciada no Acórdão nº 05-26.294 (p. 371), que julgou procedente em parte o lançamento fiscal.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário contra a notificada em referência o qual tem por objeto as retenções de 11%, estabelecidas pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/91, que deveriam ter sido providenciadas pela empresa tomadora de serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra. Os valores das retenções exigidas foram apurados pela Fiscalização com base nas notas fiscais indicadas nas planilhas de fls. 16/21.

O lançamento substitui a NFLD nº 35.386.559-1, anulada por erro formal na identificação do sujeito passivo.

Com relação à prestadora Companhia Informática Jundiaí, informa a Fiscalização que a retenção devida foi apurada com base no valor total da nota fiscal, visto que, além da prestação de serviços de desenvolvimento de sistemas informatizados, foram prestados serviços de digitação, sem que as notas fiscais discriminassem os diversos serviços prestados.

No que concerne à empresa Tejofran, a retenção incidiu sobre 50% do valor da nota fiscal, pois não houve discriminação entre os valores dos serviços prestados e dos equipamentos utilizados.

Informa, ainda, o Auditor-Fiscal notificante que considerou os eventuais recolhimentos demonstrados.

A notificada apresentou sua impugnação por meio do instrumento de fls. 39/45.

Alega que a Fiscalização presumiu que a retenção não foi realizada sem qualquer análise a respeito da regularidade fiscal das empresas prestadoras de serviços. Não foi verificado se as contribuições incidentes sobre as remunerações dos trabalhadores que prestaram serviços foram recolhidas pelas empregadoras.

Argui que apresentou, por amostragem, em vista do exíguo prazo concedido para se defender, documentos que demonstram que as retenções foram promovidas, não merecendo protestar a exação fiscal.

Sustenta que a empresa Cijun - Companhia de Informática de Jundiaí não presta serviços de digitação e processamento de dados, mas sim serviços de “help desk” e manutenção de “hardware

Defende que a retenção atinente à empresa Tejofran foi providenciada.

Sustenta que o crédito deveria, primeiramente, ser constituído contra o devedor principal. Cita doutrina que propugna a necessidade de serem notificados todos os devedores solidários.

Protesta contra a utilização da taxa SELIC como juros de mora. Tal taxa tem natureza remuneratória e sua aplicação como juros de mora é, a seu ver, ilegal e inconstitucional.

A taxa SELIC não tem previsão legal e é superior à soma da correção monetária e dos juros de mora anuais de 12%.

Argumenta, ao final, que a Fiscalização cerceou seu direito de defesa ao não indicar a origem dos valores exigidos.

Os autos foram baixados em diligência para que a Fiscalização demonstrasse a ocorrência da cessão de mão-de-obra, que ensejaria a retenção de 11%. Foi também perguntado à Fiscalização se houve algum recolhimento concernente às retenções.

A fls. 347, a Fiscalização apresenta os contratos que a Municipalidade firmou com as prestadoras em questão e enquadra os serviços conforme o previsto nos artigos 145 e 146 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005.

A respeito da empresa Vésper, informa que há o processo judicial nº 1999.61.09.001653-9 que tramita no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sobre a Companhia de Informática de Jundiaí, relata que houve prestação de serviços de digitação. Somou 3421 horas de serviços prestados por empregados cedidos.

Informa que há recolhimentos promovidos para as retenções atinentes à empresa Tejofran e que devem ser considerados.

Instada a se manifestar, a impugnante alega que a Fiscalização nada acrescentou ao seu relatório fiscal, ratificando que a cessão de mão-de-obra pode ser constatada com a simples leitura dos contratos apresentados.

Defende que não houve cessão de mão-de-obra e que os serviços foram contratados por preço certo. As prestadoras assumiram a responsabilidade direta pela execução dos serviços, consoante cláusulas citadas.

Assevera que não houve “a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos”. Conclui que os serviços contratados são de empreitada.

A DRJ, por meio do susodito Acórdão nº 05-26.294 (p. 371), julgou procedente em parte o lançamento fiscal, conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/1999

CERCEAMENTO DE DEFESA. Não há cerceamento ao direito de defesa quando a Fiscalização apresenta motivos fáticos suficientes para que a notificada conheça a matéria tributada.

RETENÇÃO. A retenção de 11% determinada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1.991, será devida quando demonstrados os pressupostos fáticos de sua incidência. Quando os serviços prestados estiverem previstos no artigo 145 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, a retenção será devida mesmo que o serviço seja prestado mediante empreitada. Para os serviços arrolados no artigo 146 do citado ato normativo, a exigibilidade da retenção dependerá da ocorrência de cessão de mão-de-obra.

ARGUIÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Não é de competência do julgador administrativo decidir sobre constitucionalidade de lei.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte apresentou o competente recurso voluntário (p. 399), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

- (i) perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em face do transcurso do lustro decadencial;
- (ii) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005;
- (iii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999;
- (iv) improcedência dos débitos apontados contra a não retenção referente às Notas Fiscais da empresa CIJUN;
- (v) impossibilidade da presunção de ausência de recolhimento;
- (vi) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA; e
- (vii) inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Na sessão de julgamento realizada em 02 de dezembro de 2021, este Colegiado, por maioria de votos, deu provimento ao apelo recursal da Contribuinte, entendendo que o direito de o Fisco efetuar o lançamento restou fulminado em face do transcurso do lustro decadencial (Acórdão nº 2402-010.686, p. 577).

Contra tal decisão, a d. PGFN interpôs o competente recurso especial (p. 588), ao qual os membros da 2ª Turma da CSRF, na sessão de julgamento realizada em 26 de julho de 2023, deram provimento, determinando *o retorno dos autos ao colegiado de origem para apreciação das demais questões do recurso voluntário* (Acórdão nº 9202-010.884).

Em face do susodito Acórdão nº 9202-010.884, a Contribuinte interpôs Embargos de Declaração (p. 629), os quais não foram admitidos, nos termos do Despacho de Admissibilidade de p. 640.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal com vistas à exigência de contribuição previdenciária correspondente à retenção legal de 11% (onze por cento) que deveria ter sido efetuada pela tomadora de serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra.

Em sede recursal, a Contribuinte, além de reiterar o quanto esgrimido na impugnação apresentada, inova suas razões de defesa, defendendo, em síntese, os seguintes pontos:

- (i) perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em face do transcurso do lustro decadencial;
- (ii) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº3/2005;
- (iii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999;
- (iv) improcedência dos débitos apontados contra a não retenção referente às Notas Fiscais da empresa CIJUN;
- (v) impossibilidade da presunção de ausência de recolhimento;
- (vi) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA; e
- (vii) inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Registre-se desde já que, por meio do Acórdão nº 2402-010.686 (p. 577), o recurso voluntário apresentado pela Contribuinte restou parcialmente conhecido, não tendo sido apreciadas as alegações de (i) inaplicabilidade da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, (ii) não incidência da retenção para o mês de fevereiro/1999 e (iii) improcedência quanto à caracterização dos serviços prestados pela empresa Data City Consultores Associados S/C LTDA, uma vez que as mesmas não foram levadas ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal.

Contra tal decisão, a Contribuinte, devidamente cientificada (p. 606), não se insurgiu, tornando assim definitiva, na esfera administrativa, a decisão que conheceu parcialmente o recurso voluntário da Recorrente.

Outrossim, no que tange à alegação de decadência, tem-se que já restou superada pela Colenda 2ª Turma de CSRF por meio do Acórdão nº 9202-010.884.

Dessa forma, remanesce em discussão, nesta fase processual, as seguintes razões de defesa da Recorrente:

- * improcedência dos débitos apontados contra a não retenção referente às Notas Fiscais da empresa CIJUN;

- * impossibilidade da presunção de ausência de recolhimento; e

- * inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Pois bem!

Considerando que tais alegações de defesa em nada diferem daquelas apresentadas em sede de manifestação de inconformidade, 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*:

- Companhia de Informática de Jundiá

Os contratos apresentados (166/92 e 141/99) demonstram que são prestados diversos serviços pela empresa contratada relacionados à área de informática:

“I- A CONTRATADA se obriga a colocar à disposição da PREFEITURA, em atendimento às suas necessidades e mediante as cláusulas constantes deste contrato, o seguinte:

- processamento de dados;
- assessoria e consultoria em informática;
- desenvolvimento e manutenção de sistemas; (...)
- tratamento de informações; (...)

- treinamento em informática;(...)
- administração de materiais necessários à informática;
- administração do pessoal técnico de informática pertencente ao quadro de funcionários da PREFEITURA;” (contrato 166/92)

“I- A CONTRATADA se obriga a colocar à disposição e efetuar para a PREFEITURA, em atendimento às suas necessidades e mediante as cláusulas constantes deste contrato, o seguinte:

- Gerenciar o Plano Diretor de Informática da Prefeitura do Município de Jundiaí, garantindo o absoluto cumprimento de sua política;
- promover atualização técnica do pessoal da Contratada;
- dar suporte a tomada de decisão estratégica da Prefeitura do Município de Jundiaí;
- desenvolver levantamento de dados, utilizando metodologia JAD, definida na política de informática;
- dar suporte aos sistemas atuais, provendo assistência às áreas usuárias com a finalidade de manter cada aplicação focada no objetivo do negócio da Prefeitura do Município de Jundiaí;
- promover e participar de reuniões sempre que necessário para suportar às áreas usuárias nas tomadas de decisão e na orientação da melhor utilização dos recursos contratados;
- dar suporte aos usuários na utilização destas ferramentas; (...)
- administrar e realizar a assistência e manutenção nos equipamentos instalados na Prefeitura do Município de Jundiaí, inclusive, administrando e gerenciando terceiros contratados quando couber;
- manter sob absoluto controle e administração de dados do modelo conceitual da Prefeitura do Município de Jundiaí e participar da elaboração do modelo lógico de cada aplicação; (...)
- administrar pessoal técnico de informática pertencente ao quadro de funcionários da Prefeitura do Município de Jundiaí; (...)” (contrato 141/99)

A vaga descrição dos serviços prestados aliada à falta de previsão contratual do local em que os serviços foram prestados dão a impressão inicial de que não houve cessão de mão-de-obra. Todavia, a fls. 348/349, o Auditor Fiscal traz informações de extrema relevância que demonstram que, de fato, os serviços foram prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Constata-se que diversos funcionários prestaram serviços de digitação por 120 horas no mês e receberam horas extras pelos serviços prestados. Houve prestação de serviço diário por mais de 6 horas. Outros funcionários prestam serviços diversos, o que demonstra que estão à disposição do Município,

cumprindo ordens durante o expediente de trabalho. Além disso, há pessoas prestando serviços de atendimento ao munícipe no telefone 156.

Estes serviços são prestados em setores da Prefeitura, salientando que o atendimento ao Munícipe por telefone ocorre no Gabinete do Prefeito, conforme fls. 320/321.

Os fatos trazidos pela Fiscalização demonstram que os funcionários da empresa contratada são cedidos à Prefeitura. Trabalham lá continuamente, cumprindo extenso expediente. Estão à disposição da Municipalidade no cumprimento de serviços burocráticos e de digitação.

Está demonstrada pela Fiscalização a intensiva utilização de mão-de-obra cedida. São 3.421 horas apenas em relação à nota fiscal nº 210.

Como as notas fiscais não indicam os valores destes serviços, a retenção é exigida pelo valor total. O procedimento está correto, pois a impugnante não pode ser beneficiada pelo fato de não discriminar os valores dos serviços na nota fiscal, omitindo ao Fisco a efetiva extensão dos fatos geradores.

(...)

Da Arguição de Inconstitucionalidade de Leis e Decretos

As leis, uma vez aprovadas pelo Poder Legislativo, possuem presunção de constitucionalidade. Esta presunção ocorre, em âmbito do Poder Executivo, porque o Presidente da República, ao não vetá-las, concordou com a sua constitucionalidade, nos termos do § 1º do artigo 66 da Constituição Federal:

(...)

É o chamado controle de constitucionalidade preventivo, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional - 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1996. Pág. 34). Aliás, o ilustre constitucionalista defende que há duas modalidades de controle de constitucionalidade: o preventivo e o repressivo. O primeiro compete ao Presidente da República e o segundo, ao Poder Judiciário. Logo, segundo o autor, não compete ao Poder Executivo o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, publicada a lei, deve o Poder Executivo observá-la.

A mesma posição é adotada pelo tributarista Hugo de Brito Machado (in MARTINS, Ives Gandra da Silva et alli. Processo Administrativo Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1999. Pág. 151):

“uma decisão do Contencioso Administrativo Fiscal, que diga ser inconstitucional uma lei, e por isto deixe de aplicá-la, tornar-se-á definitiva a minguada de mecanismo no sistema jurídico, que permita levá-la ao Supremo Tribunal Federal. É sabido que o princípio da supremacia constitucional tem por fim garantir a unidade do sistema jurídico.

É sabido também que o Supremo Tribunal Federal cabe a tarefa de garantir essa unidade, mediante controle da constitucionalidade das leis. Não é razoável, portanto, admitir-se que uma autoridade administrativa possa decidir a respeito dessa constitucionalidade, posto que o sistema jurídico não oferece instrumentos para que essa decisão seja submetida à Corte Maior.”

Ressalte-se que a questão já foi decidida pelo E. STJ:

“O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis (Resp. 86.032-MG).” (RESP 184884 / SP)

Por fim, trago à baila A Súmula nº 2 do 1º Conselho de Contribuintes:

“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”

Os decretos presidenciais também não podem ser afastados pela autoridade julgadora administrativa. O decreto é ordem emanada pela mais alta autoridade do Poder Executivo e, em respeito ao princípio da hierarquia, deve ser observado pelos órgãos administrativos.

Saliente-se que a impossibilidade de se afastar a incidência de lei ou decreto, agora, está expressamente prevista no artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1.972, com redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009:

(...)

Fico, então, impedido de decidir as questões suscitadas sobre inconstitucionalidade e ilegalidade da utilização da taxa SELIC como juros de mora, prevista no artigo 34 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação vigente à época do lançamento fiscal:

“Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.”

Adicionalmente às razões de decidir supra reproduzidas, ora adotadas como fundamento do presente voto, destaque-se os Enunciados de Súmula do CARF abaixo reproduzidos:

Súmula CARF nº 2

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

ACÓRDÃO 2402-012.813 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA

PROCESSO 17546.000132/2007-51

DOCUMENTO VALIDADO

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Súmula CARF nº 5

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior