



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

Processo nº 18108.000592/2007-10
Recurso nº 271.937 Voluntário
Acórdão nº **2402-01.353 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria Retenção, Contribuinte Individual, Aferição Indireta
Recorrente EXEMONT ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/12/2004

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

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

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: 01/02/2002 a 31/12/2004

RETENÇÃO 11%

O contratante de serviços 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 e recolher a importância em nome da prestadora

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA

É contribuição a cargo da empresa o valor correspondente a vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços

SELIC - APLICAÇÃO

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso, no mérito, nos termos do voto da Relatora; II) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso, nas preliminares, devido à aplicação da regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto, que votaram pelo provimento do recurso, devido a aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições relativas à retenção a cargo da tomadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada incidente sobre o valor da Nota Fiscal/Fatura emitida por suas contratadas, bem como a contribuição da empresa incidente sobre os valores pagos a contribuintes individuais.

O Relatório Fiscal (fls. 121/137) informa que as contribuições devidas, incluídas na presente Notificação, foram apuradas por Aferição Indireta, tendo em vista que os lançamentos contábeis em livros RAZÃO.

A auditoria fiscal informa que os valores lançados, que serviram de base para Aferição, na presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito foram verificados pela fiscalização de acordo com a contabilidade, mas não foram apresentados os documentos Notas Fiscais de Serviços, Faturas ou Recibos, que deram origem aos lançamentos.

Em razão da não apresentação de documentos foi lançado o Auto de Infração nº 37.012.770-6.

Como a fiscalização não teve acesso às Notas Fiscais de Serviços, as Faturas ou Recibos, não foi possível apontar detalhadamente os valores de retenção, nem confrontar com respectivas GPSs das prestadoras, que também não foram apresentadas.

As contribuições devidas, incluídas na presente Notificação, foram apuradas com base nos lançamentos das Contas 4.1.1.02.0011 MÃO DE OBRA CONTRATADA 4.1.103.0001 SERVIÇOS SUB EMPREITADOS, conforme planilha demonstrativa.

A notificada apresentou defesa (fls. 171/188) onde apresenta preliminar de cerceamento de defesa sob o argumento de que seria ilíquido e incerto todo o trabalho fiscal.

Aduz que não lhe foi concedido tempo suficiente para compilar a documentação solicitada, uma vez que não se tratava somente de documentos da empresa mas também de suas diversas obras.

Entende que o Agente Fiscal simplesmente presumiu de modo subjetivo que a Impugnante não estivesse recolhendo diferenças de contribuições sociais próprias e de terceiros, ou recolhendo muito "aquém" do efetivamente devido, o que seria um engano, pois a empresa Impugnante, nos exercícios de 1999 a 2003 efetuou o devido recolhimento, que inclusive serviram de base para seu programa de REFIS.

Alega que quando pairam dúvidas sobre a certeza da suposta infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária aplica-se o art 112 do CTN – Código Tributário Nacional.

Também considera cerceamento de defesa o fato de que do cotejo dos demonstrativos de Débito Sintético com o Analítico, não se consegue apurar com precisão quais sejam efetivamente as diferenças propugnadas pelos agentes previdenciários.

Afirma que o Sr. Fiscal também deixou de verificar que muitas das obras por ele apontadas não são de responsabilidade da Impugnante, que somente utilizou-se da CNE para fazer algumas contribuições previdenciárias, posto que a contabilidade pertencia aos Tomadores de Serviço, que registraram a obra. Diga-se portanto que em muitos dos estabelecimentos levantados pelo Fiscal para a apuração do débito, os empregados utilizados eram da empresa principal ou seja da Exemont Engenharia Ltda, cujos recolhimentos obrigatórios foram feitos em sua folha principal o que causa duplo recolhimento, na apuração que foi efetuada. Por referido motivo, a Impugnante não tem qualquer diferença de contribuição devida a ser apurada.

Alega a falta do correspondente fundamento legal a ensejar a cobrança pretendida em patamares tão elevados do ponto de vista financeiro, ocasionando cerceamento do direito de defesa também, pois o preposto fiscal lavrou a indigitada NFLD com lastro em dispositivos de lei distintos daqueles que são pertinentes às infrações imputadas, violando desta feita o artigo 142 do CTN.

Aduz que não consegue sequer identificar e entender a vultosa exação que o INSS através de seus agentes está a lhe imputar, pois ao examinar os inúmeros papéis de trabalho não se consegue vislumbrar em momento algum a coerência e ligação entre referidos valores.

Entende que a aplicação da taxa de juros SELIC seria inconstitucional e que a auditoria fiscal esqueceu-se de observar que não foram efetuadas as devidas compensações de contribuições retidas da notificada.

Argumenta que não foi possível demonstrar que os mesmos empregados da empresa que figuram em sua folha de pagamento, são os mesmo que prestam serviços nas obras e por ter sido feito um levantamento por arbitragem tomando-se por base a folha, livro Razão e não os documentos compatíveis para esta finalidade poderia estar havendo um *bis in idem* para a incidência dos encargos sociais.

Requer perícia para o real levantamento da situação da empresa, que conforme restou demonstrado, não foi corretamente apontado pelo Sr. Fiscal., que inclusive, diga-se ,achou por bem não verificar a documentação da empresa, por estar a mesma em local diverso e obviamente demandariam em maior tempo para sua apresentação.

Afirma que O Sr. Auditor Fiscal, esqueceu-se de computar na base de calculo do suposto debito apontado na presente Notificação, os valores recolhidos ou a serem recolhidos para a Previdência Social referente as demandas trabalhistas.

Pelo Acórdão nº 16-18.714 (fls. 329/352) a 12ª Turma da DRJ/São Paulo I (SP) considerou o lançamento procedente em parte para que fosse retirado do lançamento os valores pagos a contribuintes individuais que prestaram serviços à notificada por intermédio de cooperativas de trabalho, lançados na conta contábil 4.1.1.02.011 MÃO DE OBRA CONTRATADA, uma vez que estes já foram objeto de lançamento na NFLD nº 37.012.779-0.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 361/369) onde inova na alegação de que teria havido decadência de parte do lançamento.

Inova também na alegação de que a contribuição da empresa de 20% incidente sobre a remuneração paga a prestadores de serviços não seriam cabíveis em se tratando de prestadores pessoas jurídicas e que no caso da retenção de 11% caso as contratadas

não fizeram o destaque da retenção assim a recorrente não estava obrigada a reter e recolher percentual em discussão.

A recorrente entende que não tendo retenção, não pode haver recolhimento, pois, a empresa contratada recolheu suas contribuições totais, ou seja, por não ter havido retenção não reduziu os 11% (onze por cento).

Argumenta que apesar da decisão de primeira instância ter dado provimento parcial para excluir os valores pagos a contribuintes individuais na condição de cooperados, ainda prevalecem no lançamento alguns valores sob esse fundamento conforme discrimina.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ana Maria Bandeira

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência a qual não merece acolhida.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, ***terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal***, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 02/2002 a 12/2004 e foi efetuado em 19/09/2007, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se de lançamento de contribuições em que não há provas, pela ausência de apresentação dos documentos relativos, de que houve qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN, para considerar que não ocorreu decadência.

O cerne do recurso apresentado repousa na alegação de que houve cerceamento de defesa.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento.

A recorrente, embora intimada, deixou de apresentar os documentos que deram suporte aos lançamentos contábeis constantes das contas 4.1.1.02.0011 MÃO DE OBRA CONTRATADA 4.1.103.0001 SERVIÇOS SUB EMPREITADOS

Ou seja, a natureza das contas não deixa dúvidas sobre a ocorrência de fatos geradores quer seja pela contratação de prestadores de serviços pessoas físicas quer seja pela contratação de empresas prestadoras de serviço mediante cessão de mão de obra ou empreitada.

O papel da auditoria fiscal é a apuração da efetiva ocorrência de fatos geradores e a verificação do seu correto montante.

Para tanto é necessário que o contribuinte não só mantenha em boa ordem sua documentação e escritura contábil, como também que forneça tais documentos à auditoria fiscal quando intimado.

O que se observa é que a recorrente deixou de apresentar à auditoria fiscal volume substancial de documentos, conforme pode ser constatado nos autos do Auto de Infração nº 37.012.770-6, objeto do recurso nº 271994, também analisado por esta Conselheira.

Dentre os documentos não apresentados estariam aqueles que ensejaram os lançamentos nas contas contábeis citadas.

Ora, é obrigação da empresa apresentar a documentação necessária à apuração do crédito tributário.

Assevere-se que apesar de alegar que a auditoria fiscal não ofereceu tempo suficiente para a apresentação de toda a documentação, a empresa teve entre a emissão do TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, até a lavratura da presente NFLD quatro meses para apresentar a documentação solicitada. No entanto, mesmo após a instauração do contencioso administrativo fiscal não trouxe qualquer documentos aos autos capaz de elidir o lançamento.

Entende a recorrente que o lançamento foi efetuado com base em presunções e que havendo dúvida quanto à existência dos fatos geradores a decisão deve ser em favor do sujeito passivo conforme dispõe o art. 112, do CTN.

A questão apresentada não se aplica ao caso. De fato, tendo a auditoria fiscal acesso a toda a documentação e escrituração contábil da empresa e mesmo assim efetuar um lançamento que não se revista da necessária certeza, este não poderia subsistir.

In casu, a auditoria fiscal, diante da não apresentação de documentos necessários, considerou que os valores lançados nas contas contábeis citadas eram fatos geradores de contribuições previdenciárias e efetuou o lançamento.

Tal atitude tem amparo legal, especificamente no art. 33, par 3º da Lei nº 8.212/1991 que dispõe o seguinte, em sua redação atual:

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 (...)

§ 3º 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.

Nesse sentido, resta claro que houve a inversão do ônus da prova e cabe à recorrente demonstrar por meio de documentos a inoccorrência de fato gerador.

A recorrente alega que não compreendeu como a auditoria fiscal chegou aos valores lançados o que teria cerceado sua defesa.

Não há razão no argumento.

Os relatórios constantes da NFLD, incluindo o Relatório Fiscal informam ao contribuinte a natureza do lançamento qual seja, retenções de 11% sobre o valor dos serviços prestados mediante cessão de mão de obra ou empreitada, bem como valores pagos a contribuintes individuais, valores apurados em contas especificadas da contabilidade.

Além disso, o Relatório Fiscal ainda discrimina cada lançamento contábil utilizado o histórico a que se refere.

Toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência e os recolhimentos efetuados foram todos aproveitados, inclusive o constante em parcelamento efetuado anteriormente.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

Também cumpre 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.

Portanto, rejeito a preliminar apresentada

Quanto ao lançamento correspondente aos valores pagos a contribuintes individuais, a recorrente afirma que tal contribuição não seria cabível em se tratando de prestadores pessoas jurídicas.

Não obstante o fato de a recorrente não trazer qualquer prova do alegado, ocorreu a preclusão do direito de discutir tal questão em recurso, uma vez que não foi apresentada em defesa.

O contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

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”*

Quanto à alegação de que não havendo destaque não haveria obrigação de efetuar a retenção e que as prestadoras já teria efetuado os recolhimentos, nada é provado pela recorrente que, conforme já exaustivamente tratado não apresentou os documentos solicitados pela auditoria fiscal.

O art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores, dispunha o seguinte:

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. (g.n.)

Ou seja, o recolhimento da retenção deveria ser efetuado em favor da prestadora de serviços.

A Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra.

A partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, deixou de existir a solidariedade e passou a existir a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN.

Portanto, após o advento da retenção não há mais que se falar em responsabilidade solidária do tomador para com o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra, pois aquele passa a ter como obrigação reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal de serviços.

Assim, a tomadora está obrigada a tal procedimento.

No que tange à contribuição incidente sobre os valores pagos a contribuintes individuais, esta encontra amparo no art. 22, Inciso III, da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: (...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços

A recorrente apresenta seu inconformismo pela aplicação da taxa de juros SELIC que considera inconstitucional.

Melhor sorte não assiste à recorrente.

A aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios encontra respaldo no art. 34 da Lei nº 8.212/1991, vigente à época do lançamento e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar dispositivo legal vigente sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

Ademais, tal questão foi sumulada pelo então Segundo Conselho de Contribuintes que assim decidiu por meio da Súmula nº 3, publicada no DOU de 28/09/2006

Súmula nº 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic

A recorrente questiona a retificação efetuada pela decisão recorrida, a qual retirou do lançamento os valores, em algumas competências, que possuíam como histórico o pagamento a cooperados.

A decisão foi no sentido de excluir tais valores, uma vez que os mesmos já teriam sido objeto da NFLD 37.012.779-0.

A recorrente, por sua vez, informa que a decisão de primeira instância não excluiu a totalidade dos valores, restando alguns, os quais discrimina.

De fato, observa-se que a decisão não excluiu a totalidade dos valores. No entanto, observa-se que o argumento para a exclusão seria o fato de que os valores já teriam sido objeto de lançamento em outra notificação, no caso, a NFLD nº 37.012.779-0.

Entretanto, o Relatório Fiscal informa que a citada NFLD compreende o período de 03/2000 a 12/2001, ou seja, inferior ao período retirado.

Como o valor desonerado não comportou o recurso de ofício, não serão questionadas as razões que levaram ao provimento parcial por parte da primeira instância.

De igual forma, não entendo que os valores restantes devam ser excluídos, uma vez que não se trata de duplicidade de lançamento, eis que as competências correspondentes são superiores ao período da NFLD 37.012.779-0.

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 - Relator