



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35166.000727/2006-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-009.187 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de novembro de 2020
Recorrente SANTA CASA DE MISERICORDIA DO PARA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2000 a 31/08/2003

INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

A declaração de eventual inconstitucionalidade dos arts. 31 e 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91 é matéria defesa ao CARF, nos termos da Súmula nº 2.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO.

A empresa ou equiparado a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra 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 de mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões o Conselheiro Gregório Rechmann Junior.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Júnior, Honorio Albuquerque de Brito (suplente convocado), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini. Ausente o Conselheiro Luís Henrique Dias Lima, substituído pelo conselheiro Honorio Albuquerque de Brito (suplente convocado).

Relatório

Por transcrever a situação fática discutida nos autos, integro ao presente trechos do relatório redigido no Acórdão n. 01-11.417, pela 4ª turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém/PA, às fls. 419/437:

Trata-se de crédito previdenciário lançado através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD nº 35.691.530-1, referente às contribuições devidas à Seguridade Social correspondente à retenção incidente sobre notas fiscais de prestação de serviços, conforme o previsto no caput do art. 31, da Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores.

2. Narra o Relatório Fiscal (fls. 182/192) que o referido crédito tem como fato gerador as remunerações pagas e/ou creditadas a segurados empregados contidas em notas fiscais de prestação de serviços, sendo seu valor, consolidado com juros e multa à época do lançamento, de R\$ 131.786,86 (cento e trinta e um mil, setecentos e oitenta e seis reais e oitenta e seis centavos), consolidado em 03/12/2004, correspondente ao período 09/2000 a 08/2003.

3. A presente Notificação é composta dos seguintes levantamentos:

3.1 - **ASV — AGÊNCIA DE SERV. GERAIS LTDA**: que é composto por notas fiscais de prestação de serviços emitida apenas pela prestadora AGÊNCIA DE SERVIÇOS GERAIS LTDA, CNPJ nº 01.082.647/0001-72 relativo a contrato realizado com a Notificada. Registra a fiscalização que no Relatório de Lançamentos — RN, anexo desta Notificação encontram-se informados os valores brutos e os números das respectivas notas fiscais. A base de cálculo utilizada foi o valor bruto das notas fiscais em virtude da falta de discriminação em nota fiscal dos valores a serem retidos, irregularidades na informação dos valores referentes à retenção ou dos valores dos serviços/materiais constantes nas notas fiscais e pelo fato de haver notas distintas para material e serviço a partir de 2002; e

3.2 — **DAL DIFERENÇAS DE AC. LEGAIS**: encontram-se as diferenças de acréscimos legais verificadas no recolhimento de GPS decorrentes das retenções realizadas sobre notas fiscais de prestações de serviço.

4. Informa a Auditoria Fiscal que no Relatório de Documentos Apresentados — RDA estão relacionadas todas as GPS existentes no conta-corrente da Notificada nos sistemas informatizados desta Instituição. Neste documento estão também discriminados os documentos de créditos — CRED que dizem respeito aos valores das retenções efetuadas pelos prestadores AGÊNCIA DE SERVIÇOS GERAIS LTDA e BERTILON VIGILÂNCIA E TRANSPORTES DE VALORES, sendo tais guias apropriadas nos levantamentos **ASV — AGÊNCIA DE SERV. GERAIS LTDA** e **BER — BERTILON VIG. TRANSP. VALORES**. Confrontando as retenções realizadas pela empresa com os valores das guias apresentadas, por competência, têm-se diferenças a recolher pela mesma.

5. Quanto à base de cálculo apurada, nas competências anteriores a 2002 a fiscalização considerou o valor bruto das notas fiscais de acordo com a determinação contida no item 18, da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 209 e § 2º do art. 106, da Instrução Normativa nº 71. A Autoridade Lançadora adotou este procedimento em virtude de irregularidades devido a não discriminação em todas as notas fiscais dos valores de serviços e pela forma aleatória como esses valores são destacados em determinadas competências, não guardando nexos com o contrato e não havendo a comprovação dos valores fornecidos a título de material (art. 105, II, da IN nº 71).

DA IMPUGNAÇÃO

6. O contribuinte, cientificado da presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD em 01/03/2005, apresentou defesa tempestivamente em 14/03/2005, que passou a constituir as folhas 60/62, acompanhada dos anexos de fls. 63/175, com ela sustentando:

6.1 - Que os valores cobrados na presente Notificação não deveriam ter sido lançados como débito contra postulante, como sujeito passivo, já que é a tomadora de serviços que detém apenas o poder de reter o valor informado pela prestadora e realizar o devido recolhimento. Acontece que, o lançamento só seria procedente se a requerente não tivesse efetuado o recolhimento, o que não é o caso, posto que todos os recolhimentos foram feitos na época devida conforme se constata na Notificação em questão. Dessa forma, as diferenças apuradas em razão de falhas ou de erro de cálculos devem ser cobradas da prestadora de serviços ASV — Agência de Serviços Gerais. Por estas questões o presente lançamento estaria inconsistente e ilegal;

6.2 - Conforme consta do Relatório, a Notificação se refere a diferenças de notas fiscais, já que estão em desacordo com a legislação por não conterem o devido destaque, no entanto, deve-se notar que algumas delas contém o destaque que cobra o Fisco, porém este não levou em consideração. No intuito de comprovar o que alega junta aos autos cópias de várias notas fiscais emitidas pela prestadora;

6.3 - Que as diferenças cobradas não são devidas, pois a fiscalização não considerou a existência de GPS recolhidas. Relaciona várias GPS que não foram consideradas pelo Auditor Fiscal, segundo seu entendimento;

6.4 - Reclama que o valor cobrado no levantamento DAL — Diferença de Ac. Legais não contém fundamentação legal, bem com a explicação de sua origem. Caso seja devida, deve ser cobrada da prestadora, pois recolheu todas as retenções. Junta os comprovantes de recolhimento;

6.5 - Que a Autoridade Lançadora afirma no Relatório que no que se refere ao valor de material e ao destaque de mão-de-obra, não houve uniformidade em termos percentuais ou valores fixo para as bases de cálculo nas notas fiscais emitidas pela prestadora. Neste aspecto, pede ponderação, uma vez que o material utilizado por um hospital não deve ser fixo, já que os gastos dependem de maior ou menor demanda dos serviços de higiene e limpeza a cada mês. Em sendo assim, argumenta que fixar um percentual para a utilização de material seria desastroso para a administração, pois haveria risco de uma infecção hospitalar;

6.6 - Por todo o exposto, pede a improcedência do presente crédito previdenciário.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

7. Considerando os motivos explicitados na defesa interposta, os autos foram baixados em diligência por meio do Despacho nº 12.401.4/230/2005, para que o Auditor Notificante se manifestasse quanto aos seguintes pontos:

7.1 — Justificar, em Relatório Fiscal Complementar, porque não levou em consideração os destaques da mão-de-obra realizados em algumas notas fiscais emitidas (ex. 1110, 1112, 1097, etc);

7.2 — Justificar em Relatório Fiscal Complementar a cobrança, na competência 09/2001, da Diferença de Acréscimos Legais no valor de R\$ 17,12, conforme consta no Discriminativo Analítico de Débito — DAD (fls. 11); e,

7.3 — Examinar a documentação juntada pelo contribuinte (fls. 68/164) e os valores mencionados na defesa (fls. 61/62), uma vez que existem pagamentos efetuados em GPS que não foram apropriados ao crédito previdenciário.

8. Em resposta ao Despacho retro mencionado, o Auditor Fiscal se manifestou às 193, informando o que segue:

8.1 — Que os valores informados pela prestadora de serviço como retenção ou valor da mão-de-obra contido nas notas fiscais são totalmente aleatórios, não guardando conexão com o contrato e não havendo documento que comprovasse os valores fornecidos a título de material. Ressalta que em diversas competências não foram feitos os destaques dos valores a serem retidos;

8.2 — O acréscimo legal é decorrente de recolhimento de guia em atraso;

8.3 — Que considerou na apuração do débito todas as guias que a empresa juntou na defesa. Evidencia que a empresa não trouxe aos autos nenhuma guia que não tenha sido considerada no levantamento do crédito;

8.4 — Emitiu Relatório Fiscal Complementar, anexado aos autos às fls. 182/192, o qual foi devidamente resumido no item RELATÓRIO deste Acórdão.

9. Em razão deste fato a fiscalização providenciou o Relatório Fiscal Complementar, encaminhado ao contribuinte por meio de Aviso de Recebimento - AR (fls. 196), ocasião em que foi reaberto o prazo de defesa. Referido Relatório foi recebido pela dependente em 21/06/2006.

DO ADITAMENTO À IMPUGNAÇÃO

10. Utilizando o novo prazo de defesa que lhe foi concedido, a notificada interpôs tempestivamente aditamento à defesa inicial (fls. 198/202), por meio do solicita:

10.1 — Que seja excluída do presente processo, devendo ser chamada a empresa prestadora ASGEL — Agência de Serviços Gerais Ltda, pois detinha e detém competência exclusiva de prestar as devidas e corretas informações acerca da emissão das notas fiscais de prestação de serviço, bem como os valores informados à Tomadora para retenção e recolhimento. Já a suplicante fez a retenção e o devido recolhimento desses valores de acordo com a legislação fiscal, considerando as informações recebidas. Logo não é parte legítima para ser notificada a recolher os possíveis valores ou diferenças existentes em razão das informações fornecidas pela prestadora;

10.2 — Dessa forma, não existiram as irregularidades apontadas pelo Fisco evidenciadas com as comparações feitas nas competências dos anos de 2002 e 2003 em virtude do direito de contrato em prestar o serviço, já que o valor ali deduzido é real. Sobre esta questão faz as seguintes indagações: porque considerar em valores não relevantes entre material aplicado e mão-de-obra, o que quer esta fiscalização provar? E, ainda mais dos anos de 2000 e 2001, quando não discrimina nas notas os valores de serviços e materiais?

10.3 — Que não teria ocorrido as comparações que se tenta demonstrar, pois houve uma prestação de serviço, logo, o uso devido de material. Dessa forma estaria prejudicada a presente NFLD por falta de amparo legal, posto que cumpriu com a exigência constante na contratação dos serviços pela Prestadora, como aqui se prova, por este motivo, pede a nulidade da presente Notificação com o conseqüente arquivamento;

10.4 — Que das diferenças a serem cobradas pelo Fisco devem ser abatidos e compensados os valores já recolhidos, sob pena de promover o enriquecimento sem causa, em favor da Previdência Social;

10.5 — Finaliza, requerendo que seja refeito o lançamento em questão para apresentar o valor por ventura devido e que seja feita a compensação dos valores já recolhidos.

11. É o relatório.

A autoridade julgadora abateu do lançamento os recolhimentos sob os códigos de pagamento 2631 e 2640 e julgou procedente em parte a autuação.

Ciência ocorrida em 18/12/2008, conforme AR às fls. 453.

Recurso voluntário formalizado em 19/1/2009, às fls. 463/473.

A defesa alega a inconstitucionalidade dos arts. 31 e 33, § 5º, da Lei n. 8.212/91, face ao disposto no art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, por se tratar aquela de lei ordinária que prevê caso de sujeição tributária passiva do tomador de serviço.

No mérito, o recorrente reitera os argumentos expedidos na impugnação e insiste que foram desconsideradas as notas fiscais apresentadas da prestadora de serviços, fazendo jus ao abatimento nas competências 10/2001, 7 e 9/2002, 1, 4 e 8/2003.

Contesta, ainda, os valores cobrados na competência 9/2001, a título de diferença de acréscimos legais, no valor de R\$ 17,12 e o percentual fixo mensal, pois seus gastos dependem da demanda dos serviços de higiene e limpeza.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e cumpre os pressupostos de admissibilidade, pois dele tomo conhecimento.

Preliminar de Nulidade

A retenção das contribuições sociais previdenciárias pela tomadora de serviços, mediante cessão de mão de obra ou empreitada, está estabelecida na legislação de regência, sendo vedado, ao aplicador da lei, recusar sua aplicação, sob pena de responsabilidade funcional.

Com efeito, a apreciação de eventual invasão da legislação ordinária em matéria reservada à legislação complementar, *ex vis* art. 146, III, ‘a’ da Constituição Federal, é matéria além da competência deste Conselho, nos termos da Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Neste termos, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade dos arts. 31 e 33, § 5º, da Lei nº 8.212/91, por faltar-me competência para sua apreciação.

Mérito

O Recorrente, em sua peça recursal, conforme sinalizado no Relatório, limita-se a reiterar os termos da impugnação apresentada.

Dessa forma, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais¹, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – Ricarf, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento deste Relator, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor.

28. Após diligência fiscal, a Autoridade Lançadora informou que considerou na apuração do débito todas as guias que a empresa juntou na defesa, ressaltando que a mesma não trouxe aos autos nenhuma guia que não tenha sido considerada no levantamento do crédito. Acontece que, considerando as cópias das notas fiscais de serviço, realizei pesquisa junto ao sistema informatizado desta Instituição (ÁGUIA) e verifiquei que os recolhimentos a título de retenção (código de pagamento 2631 e 2640), relacionados abaixo, não foram considerados pela fiscalização, quais sejam:

...

29. Em assim sendo, providenciei o abatimento dos referidos valores do presente crédito previdenciário conforme Discriminativo Analítico do Débito Retificado — DADR, em anexo. Convém salientar que somente o destaque da retenção na nota fiscal de serviço não constitui crédito a favor da suplicante, pois a retenção sempre se presumirá feita pela mesma, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pelas importâncias que deixar de reter ou tiver retido em desacordo com a legislação previdenciária. Como em determinadas notas fiscais de serviço só houve o destaque sem o devido recolhimento, o Auditor Fiscal lavrou corretamente as importâncias devidas.

30. No que tange às contestações referentes ao levantamento de diferenças de Acréscimos Legais, cumpro-me esclarecer que em virtude de não conter no Relatório Fiscal inicialmente emitido, informação acerca do mesmo, houve a necessidade de saneamento do processo por meio de Relatório Complementar, o qual foi devidamente encaminhado à postulante, sendo-lhe reaberto o prazo de defesa. Aproveitando este prazo, a suplicante impugnou o lançamento ao apresentar aditivo à defesa às fls. 198/202, por meio do qual não mais contestou mencionado lançamento, entendendo esta julgadora, que houve perfeito conhecimento daquilo que lhe foi imputado.

31. No entanto, somente a título de argumentação, esclareço à defendente que, muito embora o valor lançado a título de acréscimos legais esteja na competência 09/2001, eles têm origem no recolhimento do mês 08/2001, recolhido em 28/09/2001, conforme detalhado no discriminativo DAL - DIFERENÇAS DE ACRÉSCIMOS LEGAIS (fls. 39). A data para pagamento da competência 08/2001 deu-se em 03/09/2001, portanto, a defendente efetuou o recolhimento fora do prazo legal. Assim, o valor apurado a título de acréscimos legais é devido.

32. Diante da alegação acerca da ponderação, por parte da fiscalização, dos percentuais ou valores fixos que utilizou como material, pois fixá-los seria desastroso para a administração em decorrência do risco de uma infecção hospitalar, ressalto que, verificada a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária sem o correspondente recolhimento das contribuições incidentes, a autoridade fiscal tem o poder/dever de efetuar o lançamento, independentemente da atividade do sujeito passivo da obrigação tributária/previdenciária. Isto porque este procedimento é vinculado e obrigatório, sob pena daquela autoridade incorrer em responsabilidade funcional, consoante art. 142, caput e parágrafo único, do Código Tributário Nacional (Lei n.º

¹ § 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

5.172/66), c/c o art. 37, da Lei n.º 8.212/91. A penalidade a ser aplicada no campo tributário, portanto, independe das circunstâncias ou dos efeitos do não recolhimento, bastando, para sua aplicação, que se caracterize o fato ocorrido como desobediência à legislação tributária. As únicas exceções são aquelas previstas no artigo 55, da Lei 8.212/91, qual seja as Entidades Beneficentes de Assistência Social, desde que atendidos os requisitos previstos nos incisos I a V, o que não se observa no presente caso.

O recorrente defende fazer jus ao abatimento do tributo retido e recolhido das competências abaixo, como demonstrado nas GPS anexas.

10/2001 - valor: R\$ 4.195,41
07/2002 - valor: R\$ 7.428,69
09/2002 - valor: R\$ 4.992,29
01/2003 - valor: R\$ 4.992,29
04/2003 - valor: R\$ 4.992,29
08/2003 - valor: R\$ 2.000,00

Entretanto, não houve a apresentação de GPS para estas competências, tendo a autoridade julgadora já admitido todos os recolhimentos existentes nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil, a toda evidência dos autos processuais. Deve, assim, ser confirmada a decisão da autoridade julgadora, tendo

CONCLUSÃO

VOTO em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem