



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

Processo nº 35183.022780/2005-45
Recurso nº 142.856 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.084 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2009
Matéria RETENÇÃO.
Recorrente MAINHOUSE CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2001 a 31/08/2003

RETENÇÃO NA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA E NA EMPREITADA.

A obrigação da empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada de reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal/fatura de serviços e recolher a importância retida, prevista no artigo 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei n.º 9.711/98, é modalidade de responsabilidade tributária, autorizada pelo artigo 128 do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.



MARCELO OLIVEIRA
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Leôncio Nobre de Medeiros (Suplente), Edgar Silva Vidal (Suplente) e Marcelo Freitas de Souza Costa. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), fls. 0147 a 0158, que julgou procedente o lançamento, por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 092 a 095, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, relativas à contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, cujos valores a notificada, na qualidade de contratante, reteve e deixou de recolher a contribuição de 11% de que trata o artigo 31 da Lei n.º 8.212/91.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Contra a autuação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 099 a 0126, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento, fls. 0147 a 0158.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0161 a 0191, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

A decisão merece integral reforma;

A alegação de que administrativamente não se poderia analisar matéria constitucional não deve prevalecer;

Foi cientificado da lavratura de setenta e cinco lançamentos, 68 (sessenta e oito) NFLD's e 7 (sete) Autos-de-Infração (AI);

O prazo de defesa concedido, 15 (quinze) dias, impossibilita o exercício do direito de defesa;

Solicitou dilação do prazo de defesa, pedido este que foi negado pela Receita Previdenciária;

A jurisprudência do Conselho de Contribuintes, do Ministério da Fazenda, interpretando o Art. 15 do Decreto 70.235/1976, o qual deve ser aplicado subsidiariamente ao presente caso, manifesta-se favoravelmente à prorrogação do prazo de impugnação;

Portanto, dúvidas não restam que seus direitos constitucionais à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal não foram observados;

De forma absurda, a fiscalização tomando apenas por base lançamentos contábeis fundamentou o lançamento das contribuições previdenciárias;

Os serviços referentes às contas não estão sujeitos à retenção da contribuição previdenciária de 11%;

Assim, mostra-se totalmente imprestável o trabalho realizado pela fiscalização;

A fiscalização se apoiou em presunções;

Além disso, a fiscalização deveria ter diligenciado junto às prestadoras de serviços para verificar se houve recolhimento das contribuições, pois só a confirmação de que não houve esses recolhimentos é que poderia haver a tentativa de cobrar algo do tomador de serviços;

Pelo exposto, pode se concluir pela insubsistência da presente NFLD;

As multas impostas demonstram que o legislador ordinário, ao estabelecer uma penalidade pecuniária em valor abusivo, caracterizando a confiscatoriedade da medida, nada mais fez do que violar Princípios Constitucionais;

Portanto, mesmo julgado improcedente o presente recurso, tem-se que a multa lançada não pode sofrer alteração, devido à fase do processo, pois assim acarretaria infringência ao Princípio Constitucional da proibição do confisco;

A Taxa Selic não pode ser aplicada como percentual de juros moratórios;

Diante do exposto, a recorrente requer: a) que se acolha o presente recurso, para que se dê provimento, a fim de declarar nula a NFLD; b) protesta pela realização de prova oral.

Posteriormente, a DRP emitiu contra-razões, fls. 0214 a 0217, onde, em síntese, mantém a decisão proferida, enviando o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

Na análise do processo, a Quinta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes, não conseguiu verificar como a fiscalização chegou à conclusão, e que provas foram utilizadas, de que a recorrente reteve valores referentes às NF citadas e não os recolheu à Seguridade Social, pois havia, somente, detalhamento do valor total dos registros contábeis e das NF, mas não há detalhamento de, por exemplo, contabilização da diferença entre o valor total da NF e o valor retido, como pagamentos efetuados às empresas prestadoras.

Assim, houve a necessidade de esclarecimento dessa questão.

Nesse sentido decidiu pela realização de diligência, momento em que a fiscalização emitirá Parecer Conclusivo, onde se deve demonstrar, anexando documentos probantes:

Quais foram os documentos de onde a fiscalização obteve essa informação?;

e

Quais foram os dados utilizados pela fiscalização para a sua formação de convicção e como se formou esta convicção, tanto quanto à falta de repasse da retenção, quanto à caracterização da cessão de mão-de-obra?

Após a realização da diligência citada, a recorrente deveria ter ciência do Parecer, para apresentação de novos argumentos, caso assim desejasse.

O Fisco emitiu Parecer pela retificação parcial do lançamento, fls. 0243 e 0244.

Instada a se pronunciar a recorrente afirma que as retificações apenas demonstraram o frágil embasamento do Fisco, permanecendo inabalados seus argumentos, presentes no recurso, fls. 0250.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Quanto às preliminares, a recorrente afirma que este Conselho deve analisar questão de natureza Constitucional.

Esclarecemos à recorrente que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Poder Judiciário pela Constituição Federal.

No Capítulo III, do Título IV, da Constituição Federal, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos o reconhecimento da constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula os Conselhos de Contribuintes se auto-impuseram regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes):

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007:

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

Portanto, não há razão no argumento.

Outro ponto alegado é que a recorrente afirma que recebeu dezenas de processos e o prazo de defesa concedido, 15 (quinze) dias, impossibilita o exercício do direito de defesa.

Esclarecemos à recorrente que esse prazo é determinado pela Legislação.

Decreto 3.048/1999:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

...

§2º Recebida a notificação, a empresa, o empregador doméstico ou o segurado terão o prazo de quinze dias para efetuar o pagamento ou apresentar defesa.

Nesse sentido, ressaltamos à recorrente que estamos em um Estado Democrático de Direito, em que as regras jurídicas - Constituição, Leis, Decretos, Portarias, etc. - possuem mecanismos, presentes na Constituição, para sua elaboração, manutenção e extinção.

Regras jurídicas vigentes devem ser obedecidas por todos, até que seja extinta, pelo mecanismo hábil e pelo órgão competente.

Portanto, não há como afastar a aplicação da Legislação.

Pela análise do processo e das alegações da recorrente, não encontramos motivos para decretar a nulidade do lançamento ou da decisão.

Assim, o lançamento e a decisão encontram-se revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares e passo ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente afirma que, de forma absurda, o Fisco tomando apenas por base lançamentos contábeis fundamentou o lançamento das contribuições previdenciárias.

Esclarecemos à recorrente que a Contabilidade das empresas serve para demonstrar sua realidade econômica e financeira.

Para o Fisco a escrita contábil é a base de verificação do cumprimento das obrigações tributárias.

Portanto, a Contabilidade é documentação que se serve as verificações necessárias e a fiscalização agiu de forma correta ao utilizá-la, pois a legislação assim determina.

Quanto ao argumento da recorrente de que os serviços referentes às contas não estão sujeitos à retenção da contribuição previdenciária de 11% esclarecemos que há razão em parte.

Os lançamentos presentes referem-se a valores confessadamente retidos pela recorrente, como demonstram Notas Fiscais e lançamentos escriturados na Contabilidade e detalhados pelo Fisco.

Portanto, não foi o Fisco que classificou os serviços como sujeitos à retenção, mas sim a própria recorrente, como demonstram as notas fiscais anexadas e os lançamentos contábeis citados, fls. 0238 a 0246.

Na diligência efetuada ficou clara essa classificação por parte da recorrente, assim como ficou clara a necessidade de retificação do valor lançado.

Portanto, está demonstrada a retenção de valores sem o repasse, pois documentos da recorrente (notas fiscais e contabilidade) nos fazem chegar a essa conclusão, assim como está demonstrada que parte desses valores não estão sujeitos à retenção, devendo ser excluídos.

Nesse sentido, há razão, parcial, no argumento, com a necessária exclusão dos valores informados na diligência efetuada pelo Fisco.

Sobre o Fisco ter se apoiado em presunções, esclarecemos que só serão mantidos no lançamento valores confessados pela recorrente como retidos, seja por anotações em Notas Fiscais, seja por anotações na Contabilidade.

Conseqüentemente, não há razão no argumento da recorrente.

Sobre o argumento de que a fiscalização deveria ter diligenciado junto às prestadoras de serviços para verificar se houve recolhimento das contribuições, esclarecemos à recorrente que não há lógica nesse argumento.

Os lançamentos referem-se à retenções feitas pela recorrente, retenções de valores descontados de pagamentos a efetuar em Notas Fiscais.

Assim, quem deveria recolher esses valores, pois os possuía era a recorrente, não os prestadores de serviços.

Sobre as multas e juros aplicados esclarecemos que a Legislação é quem determina sua cobrança.

Lei 8.212/1991:

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.

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;

b) quatorze por cento, no mês seguinte;

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias

da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa: a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) setenta por cento, se houve parcelamento;

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos.

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar.

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento.

Outro ponto a ressaltar é que o Segundo Conselho, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovou - na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicada no D.O.U. de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28 - a Súmula 3, que dita:

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 para títulos federais.

Assim, não há que se falar em improcedência na exigência dos juros e multas presentes no lançamento.

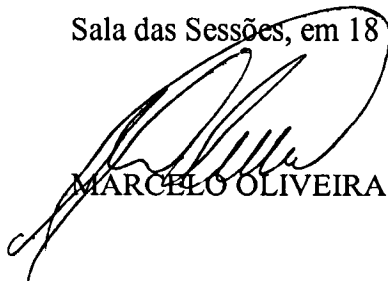
Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento e a decisão foram lavrados parcialmente na estrita observância das determinações legais vigentes.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso, na forma do voto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2009



MARCELO OLIVEIRA – Relator