



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

Processo nº 35366.000803/2002-70
Recurso nº 246.230 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.347 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria RETENÇÃO
Recorrente SWISSAIR S/A SUISSE POUR LA NAVIGATION AERIENNE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/12/2000

RETENÇÃO – De acordo com o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.711/1998, a empresa que contratar prestadora de serviços mediante cessão de mão de obra deverá reter 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura de serviços e recolher o referido valor como substituta tributária, não se aplicando mais o instituto de responsabilidade solidária anteriormente previsto

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – ENFRENTAMENTO DE ALEGAÇÕES – NULIDADE – INEXISTÊNCIA

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

SELIC – Aplica-se a taxa SELIC como juros moratórios incidentes sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas à época própria

INCONSTITUCIONALIDADE

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

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Ewan Teles Aguiar e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições referentes à retenção incidente sobre as notas fiscais/faturas de serviços, os quais teriam sido prestados mediante cessão de mão de obra.

O Relatório Fiscal (fls. 55/56) informa que a notificada contratou serviços de atendimento aeroterrestre e serviços auxiliares de transporte aéreo, mediante cessão de mão de obra.

As contratadas seriam as empresas Swissport Brasil Ltda e Aerosat – Serviços Auxiliares de Transporte Aéreo.

A notificada teve ciência do lançamento em 11/12/2001 e apresentou defesa (fls. 63/71) onde alega que a instituição da obrigatoriedade da retenção se revela indisfarçável comodismo por parte do Poder Público que, em vez de reforçar as medidas fiscalizatórias sobre devedores e praticantes de fraudes, institui novas obrigações para cedente de mão de obra e tomador de serviços.

Argúi que entrou em contado com as empresas cedentes de mão de obra para que com a juntada de guias de recolhimento possa comprovar que os recolhimentos foram efetivados, não havendo qualquer responsabilidade perante do INSS.

Cita a redação anterior do art. 31 da Lei nº 8.212/1991 para concluir que a responsabilidade só pode existir se apurado débito em face do executor dos serviços.

Alega a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios.

Após a análise da defesa, o lançamento foi considerado procedente pela Decisão-Notificação nº 21.401.4/0135/2002 (fls. 286/290).

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 477/487) onde alega a nulidade da decisão em exame que não teria examinado todas as manifestações contidas.

No mais efetua a repetição das alegações de defesa.

Após apresentação de contrarrazões (fls. 647/648), os autos foram encaminhados à então 2ª Câmara do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que em três oportunidade converteu o julgamento em diligência. Nas duas primeiras para que fosse informado se as prestadoras haviam recolhido as contribuições devidas em razão dos serviços prestados e se teriam sido fiscalizadas com cobertura total ou parcial.

No cumprimento de tais diligências, a auditoria fiscal manifesta-se quanto às guias juntadas pela recorrente, no sentido de que ainda que sejam guias de retenção sobre serviços prestados, estas se referem a outras notas fiscais que não deram ensejo ao lançamento (fls. 661/667).

Os autos foram encaminhados à Coordenação Geral de Tributação e Julgamento que manifestou-se às folhas 675/681, no sentido de que não haveria de se cogitar se a prestadora recolheu ou não as contribuições, uma vez que a responsabilidade é exclusiva da tomadora.

Na terceira conversão em diligência, o objetivo foi dar ao contribuinte a ciência das decisões proferidas pela 2ª Câmara do CRPS e de despacho do Chefe do Serviço de Análise de Defesas e Recursos.

O contribuinte manifestou-se (fls. 694/695) alegando que a Autarquia teria se negado a cumprir a diligência o que demonstra que o débito fiscal foi recolhido. Solicita que o recurso seja julgado procedente.

Com a transferência de competência para julgamento do recurso em questão do CRPS para o então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, os autos foram encaminhados àquele Conselho onde permaneceu até ser distribuído no âmbito da Quarta Câmara da Segunda Seção do atual CARF.

Não obstante as diversas conversões em diligência, após a análise dos autos, foi verificada prejudicial ao julgamento, no caso a ausência de ciência por parte do contribuinte das manifestações da auditoria fiscal, bem como da Coordenação Geral de Tributação e Julgamento.

Assim, pela Resolução nº 2402-00.060 (fls. 704/707), os autos foram encaminhados em diligência para tal finalidade.

Devidamente intimada, a recorrente não se manifestou, assim, os autos retornaram a este Conselho para julgamento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

Recurso tempestivo sem qualquer óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente cumpre tratar das diligências solicitadas pela então 2ª Câmara do CRPS, as quais a recorrente alega que a auditoria fiscal teria se recusado a cumprir.

O lançamento em tela trata da retenção dos 11% sobre os valores prestados mediante cessão de mão de obra, cuja obrigação de retenção e recolhimento é responsabilidade da tomadora de serviços, conforme art. 31 da Lei nº 8.212/1991 na redação dada pela Lei nº 9.711/1998.

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.

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, independente do fato da prestadora haver ou não efetuado o recolhimento das contribuições e, tratando-se de substituição tributária, a retenção não pode ser considerada mera antecipação de recolhimento de contribuições.

O que se observa do teor do recurso apresentado, bem como das diligências solicitadas é que, equivocadamente, estava se dando ao lançamento um tratamento como se este tivesse sido efetuado com base no instituto da responsabilidade solidária.

Como não se trata de elisão de responsabilidade solidária é desnecessário saber se prestadoras haviam recolhido as contribuições devidas em razão dos serviços prestados e se teriam sido fiscalizadas com cobertura total ou parcial.

Dessa maneira, entendo que tratou-se de um equívoco o pedido de diligência para verificação de tais questões.

Assim, não há que se falar em nulidade do procedimento em razão do não cumprimento de diligência que se verifica desnecessária.

A recorrente alega nulidade da decisão recorrida que não teria apreciado a totalidade das alegações apresentadas sobretudo no que tange à alegada regularidade fiscal das prestadoras que teriam já efetuado a totalidade dos recolhimentos devidos.

Conforme já argüido, tratando-se a recorrente de substituta tributária, não tem o condão de desconstituir o lançamento a existência de recolhimentos efetuados por parte das prestadoras de serviços. Portanto, não se trata de ofensa ao princípio da busca da verdade material conforme alegou a recorrente.

Além disso, em manifestação da auditoria fiscal após a apresentação de defesa, esta informou que as guias juntadas pela recorrente não corresponderiam às notas fiscais que ensejaram o presente lançamento.

O julgador de primeira instância, com base nas informações fornecidas pela auditoria fiscal e razões de defesa apresentadas pela recorrente decidiu pela procedência do lançamento pelos motivos que elenca e deixa claro que o fato de as prestadoras terem ou não efetuado os recolhimentos não pode favorecer a recorrente, conforme se infere dos trechos abaixo transcritos, correspondente à parte da ementa e voto, respectivamente:

4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA Na substituição tributária o recolhimento deve ser feito pelo substituto responsável e não pelo contribuinte (...)

A argumentação sobre o imperativo de se lançar o crédito primeiramente ao executor, prestador dos serviços contratados pelo defendente para em não havendo o pagamento dirigir a autoridade fazendária a pretensão ao responsável não se aplica ao caso, posto que a relação jurídica criada coloca o tomador na obrigação de reter o valor de 11% e recolher ao fisco previdenciário. Não se trata de responsabilidade solidária, portanto, estranhos ao processo os argumentos relativos ao art. 31, da Lei nº 8.212/1991, na redação anterior à MP nº 1663-15, de 23/10/97

Portanto, não há que se alegar nulidade da decisão recorrida pelo fato de não ter afirmado expressamente que a existência de Certidão Negativa de Débito do prestador de serviços não teria o condão de desconstituir o lançamento, uma vez que esta é clara no sentido de que se tratando de substituição tributária, não vem ao caso a suposta regularidade fiscal da prestadora de serviços.

Cumprе ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

“RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 – Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.

1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido.”

“REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 – Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)”

Por fim, a recorrente alega a inconstitucionalidade da taxa de juros SELIC.

Cumpra dizer que a utilização da taxa de juros SELIC incidentes sobre os tributos não pagos à época própria é matéria que se encontra sumulada no âmbito deste

Conselho, conforme se verifica na Súmula nº 04, publicada por meio da Portaria CARF Nº 49, publicada no DOU em 07/12/2010.

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.

Além disso, não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal vigente sob o argumento de que este seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato de ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Processo nº 35366.000803/2002-70
Acórdão n.º **2402-002.347**

S2-C4T2
Fl. 722

Súmula CARF nº 2:

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

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