



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

Processo nº 35464.004018/2006-10
Recurso nº 142.167 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.474 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de julho de 2009
Matéria RETENÇÃO 11%
Recorrente PROCTER & GAMBLE HIGIENE E COSMETICOS LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2001

PREVIDENCIÁRIO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO 11%. OBRIGAÇÃO RECOLHIMENTO. TOMADOR DE SERVIÇO. De conformidade com os preceitos contidos no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá efetuar a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º daquele dispositivo legal.

RETENÇÃO 11%. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO. GPS ÚNICA. DIVERSAS COMPETÊNCIAS. Uma vez comprovado o recolhimento de aludida retenção, ainda que inobservado o *modus operandi* estabelecido na legislação de regência, ou seja, à destempo e em GPS única para duas ou mais competências, deve ser deduzido do lançamento as importâncias pagas, exigindo-se simplesmente eventuais diferenças e/ou juros e multa de mora.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PAF. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Com fulcro no artigo 49, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, c/c a Súmula nº 2, do 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

Q₁

✗

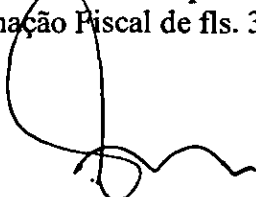
TAXA SELIC E MULTA. LEGALIDADE. Não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na utilização da taxa de juros SELIC para aplicação dos acréscimos legais ao valor originário do débito, porquanto encontra amparo legal no artigo 34 da Lei nº 8.212/91.

Incide multa de mora sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas no vencimento, de acordo com o artigo 35 da Lei nº 8.212/91 e demais alterações.

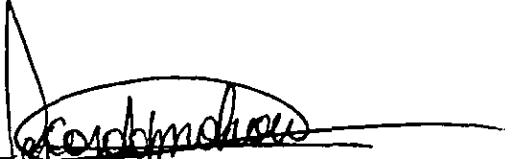
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

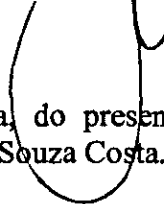
ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e II) Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento os valores indevidamente exigidos, conforme Informação Fiscal de fls. 310/317, determinando, ainda, sejam deduzidas as importâncias recolhidas a título de retenção de 11%, relativamente aos levantamentos EL, HP, HV, QW, SO, WH e ZA. Vencidos os Conselheiros Kleber Ferreira de Araújo e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votaram por dar provimento parcial ao recurso somente para excluir do lançamento os valores indevidamente exigidos, conforme Informação Fiscal de fls. 310/317.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



RYCARDÓ/HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA – Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Cleusa Vieira de Souza e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

PROCTER & GAMBLE HIGIENE E COSMÉTICOS LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em São Paulo/SP – Sul, DN nº 21.004/0149/2004, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas ao INSS pela empresa, na qualidade de tomadora de serviços, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, concernentes à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal/fatura de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra por empresa contratada, em relação ao período de 02/1999 a 12/2001, conforme Relatório Fiscal às fls. 48/51.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 17/07/2003, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 198.525,17 (Cento e noventa e oito mil, quinhentos e vinte e cinco reais e dezessete centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal a contribuinte, em que pese ter contratado serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra pelas empresas elencadas naquele anexo, deixou de efetuar o recolhimento da retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na forma que a legislação de regência determina, promovendo o pagamento de diversas competências em uma única GPS, ensejando a constituição do crédito previdenciário em questão.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 182/211, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pugna pela decretação da nulidade do lançamento, por entender que o fiscal autuante, ao constituir o presente crédito previdenciário, não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa na legislação de regência, contrariando o disposto no artigo 142 do CTN, bem como o princípio da verdade material, em total preterição do direito de defesa e do contraditório da notificada, conforme se extrai da doutrina e jurisprudência, baseando a notificação em meras presunções.

A corroborar seu entendimento, assevera que o Relatório Fiscal da Notificação encontra-se em total dissonância com os demais elementos que instruem o processo, mais precisamente o Discriminativo de Débitos, restando comprovada a improcedência do lançamento em sua plenitude.

Insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, por entender que o simples fato de a contribuinte ter recolhido as contribuições ora lançadas relativas a várias competências em uma única GPS não acarreta qualquer prejuízo ao INSS, estando a obrigação principal devidamente cumprida, demonstrando a total boa-fé da recorrente.

Sustenta haver imensa desproporcionalidade na penalidade aplicada, uma vez que, quando ocorreu algum atraso no pagamento, este não ultrapassou o período de 01 (um)

mês, conforme se extrai da planilha das notas fiscais colacionadas pela fiscalização, impondo seja decretada a insubsistência do lançamento, em homenagem ao princípio da razoabilidade.

Contrapõe-se ao lançamento, notadamente quanto a exigência da retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, alterado pela Lei nº 9.711/98, aduzindo para tanto que a base de cálculo do verdadeiro sujeito passivo, ora substituído, qual seja, o prestador de serviços, passou a ser a nota fiscal e/ou a fatura correspondente, e não a folha de salários, na forma que exige a Constituição Federal, razão pela qual aludida exação encontra-se maculada por vício de inconstitucionalidade.

Argúi a inconstitucionalidade da TAXA SELIC, argumentando, entre outros motivos, que sua instituição decorreu de resolução do Banco Central, e não por lei, não podendo, dessa forma, ser utilizada em matéria tributária, por desprestigiar o Princípio da Legalidade. Alega, ainda, tratar-se referida taxa de juros remuneratórios, o que a torna ilegal e inconstitucional.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

A então Secretaria da Receita Previdenciária apresentou contra-razões, às fls. 219/229, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

Incluído na pauta do dia 25/02/2005, a Egrégia 2ª Caj do CRPS, achou por bem DAR PROVIMENTO AO RECURSO, anulando a NFLD por não conter a descrição dos serviços prestados pelas empresas contratadas, de maneira a comprovar a existência de cessão de mão-de-obra, conforme se extrai do Acórdão nº 148/2005, às fls. 231/234.

Irresignada com a decisão encimada, a Secretaria da Receita Previdenciária apresentou Pedido de Revisão de Acórdão, às fls. 236/247, com arrimo nos incisos I e IV, do artigo 60, da Portaria MPS nº 88/2004, suscitando o que segue.

Alega inexistir cerceamento do direito de defesa da contribuinte, ao contrário do que restou decidido no Acórdão recorrido, uma vez que a autoridade lançadora discriminou de forma clara e precisa os fatos geradores das contribuições previdenciárias exigidas.

Sustenta que a contribuinte em nenhum momento questionou a cessão de mão-de-obra, tendo, em verdade, aceitado os argumentos da fiscalização nesse sentido, impondo seja reformado o Acórdão atacado de maneira a julgar procedente o lançamento fiscal.

Após conceituar a “prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra” como sendo o fornecimento, a quem contrata, de um serviço específico e especializado realizado com o quadro de pessoal do contratado (cedente de mão-de-obra), conclui que a defesa apresentada pela contribuinte deixa claro que entendeu o aludido conceito.

Em defesa de sua pretensão, infere que o fiscal autuante não tinha o dever de elencar os serviços prestados pelas empresas contratadas, comprovando a cessão de mão-de-obra, tendo em vista que a própria contribuinte destacou na Nota Fiscal/Fatura a retenção de 11% objeto da notificação fiscal, a recolhendo a destempo, razão do lançamento.

Instada a se manifestar a propósito do Pedido de Revisão da SRP, a contribuinte ofertou suas contra-razões, às fls. 260/284, corroborando as razões de decidir do Acórdão recorrido, pleiteando sua manutenção, ressaltando, ainda, a inexistência de prejuízo do INSS no procedimento adotado pela empresa, eis que cumpriu com sua obrigação tributária principal.

Reincluído na pauta do dia 25/10/2005, a Colenda 2ª Câmara do CRPS, acolheu o Pedido de Revisão da SRP, anulando o Acórdão recorrido, determinando, ainda, a conversão do julgamento em diligência para que o fiscal autuante prestasse informações a respeito dos recolhimentos efetuados pela recorrente.

Em atendimento à diligência requerida pela 2ª Caj do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, a autoridade lançadora elaborou Informação Fiscal, às fls. 290/317, elencando as empresas, o CNPJ, os valores das NF's e os recolhidos pela recorrente, propugnando pela manutenção do débito, por entender que a contribuinte não cumpriu com a legislação de regência, mais precisamente o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, o qual determina que o contratante deverá reter 11% da nota fiscal ou fatura de serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da NF.

Assevera que o procedimento adotado pela contribuinte faz com que o conta corrente do prestador de serviços junto a Previdência Social acuse a ausência de recolhimento no mês correspondente ao da emissão das Notas Fiscais, bem como excesso de recolhimento do mês seguinte.

Defende que o recolhimento efetuado na competência seguinte àquela em que deveria ter ocorrido, além de contrariar o disposto em lei, faz com que não seja possível a cobrança dos acréscimos legais que deixaram de ser recolhidos, não se cogitando, assim, em cumprimento de obrigação principal por parte da contribuinte, por constar no controle de arrecadação das empresas cedentes de mão-de-obra ausência de recolhimento da retenção.

Diante da confrontação da planilha de fls. 290/309 com o Relatório Fiscal de fls. 52/64 e o DAD, às fls. 04/17, propõe a retificação parcial do débito, nos termos do quadro constante das fls. 315/317.

Devidamente intimada do resultado da diligência determinada pela 2ª Câmara do CRPS, a recorrente apresentou nova manifestação de inconformidade, às fls. 322/349, contrapondo as alegações do fisco previdenciário, reiterando as razões de fato e de direito expandidas em seu recurso voluntário, requerendo a decretação da improcedência do feito.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e efetuado o depósito recursal, conheço do recurso e passo à análise das alegações recursais.

PRELIMINAR NULIDADE LANÇAMENTO

Preliminarmente, pretende a recorrente seja declarada a nulidade do feito, sob o argumento de que a autoridade lançadora não logrou motivar/fundamentar o ato administrativo do lançamento, de forma a explicitar clara e precisamente os motivos e dispositivos legais que embasaram a notificação, contrariando a legislação de regência, notadamente o artigo 142 do CTN.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura do anexo “Fundamentos Legais do Débito – FLD”, às fls. 26/28, e Relatório Fiscal da Notificação, mais precisamente no item V, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção da NFLD.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhe suportaram, ou melhor, os fatos geradores das contribuições previdenciárias ora exigidas, não se cogitando na nulidade do procedimento.

Melhor elucidando, os cálculos dos valores objetos do lançamento foram extraídos das Notas Fiscais de Prestação de Serviços, e demais documentos contábeis, fornecidos pela própria recorrente, não deixando margem a qualquer dúvida quanto a regularidade da conduta fiscal, como procura demonstrar a notificada.

Com efeito, o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, determina que as empresas tomadoras de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, por substituição tributária, deverão reter 11% (onze por cento) da nota fiscal ou fatura do serviço, a título de contribuição previdenciária, como segue:

“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."

Por sua vez, o § 3º do dispositivo legal encimado, traz em seu bojo a definição de *cessão de mão-de-obra*, para efeito do perfeito enquadramento dos casos concretos à norma supratranscrita, ou seja, subsunção da norma ao fato, *in verbis*:

"§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação."

Ao regulamentar a matéria, o Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 219 e parágrafos, reiterou os preceitos legais acima esposados, trazendo, ainda, a exemplo do § 4º, do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, rol taxativo dos serviços a serem enquadrados como cessão de mão-de-obra, nos seguintes termos:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - construção civil;

V - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

VI - acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII - cobrança;

VIII - coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX - copa e hotelaria;

X - corte e ligação de serviços públicos;

XI - distribuição;

XII - treinamento e ensino;

XIII - entrega de contas e documentos;

XIV - ligação e leitura de medidores;

XV - manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI - montagem;

XVII - operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII - operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão; (Redação alterada pelo Decreto nº 4.729, de 09/06/03)

ORIGINAL - XIX - operação de transporte de cargas e passageiros;

XX - portaria, recepção e ascensorista;

XXI - recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII - promoção de vendas e eventos;

XXIII - secretaria e expediente;

XXIV - saúde; e

XXV - telefonia, inclusive telemarketing.

§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra. [...]"

Conforme se extrai dos dispositivos legais retro, tratando-se de serviços **efetivamente/comprovadamente** prestados mediante cessão de mão-de-obra, estarão sujeitos à retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Frise-se, porém, que o entendimento majoritário levado a efeito nesta egrégia Câmara é no sentido de que não basta que a autoridade lançadora informe o serviço prestado, enquadrando-o no rol acima mencionado. Deverá, ainda, comprovar mediante documentação hábil e idônea a ocorrência do fato gerador do tributo, *in casu*, a execução do serviço mediante cessão de mão-de-obra, exceto nos casos em que a contribuinte não ofertou os contratos e/ou outros documentos solicitados pela fiscalização, hipótese em que o fiscal autuante poderá presumir tal situação a partir de outros elementos colocados à disposição do Fisco (Notas Fiscais, p. ex.), ou quando a retenção de 11% já se encontra destacada na própria nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, o que se vislumbra na presente demanda.

Cumpre esclarecer que referida conduta da fiscalização, em demonstrar cabalmente a ocorrência do fato gerador, com espeque no artigo 142 do CTN, encontra sustentáculo, igualmente, na própria vontade do legislador ordinário que, ao disciplinar a matéria, fez questão de elucidar a conceituação de *cessão de mão-de-obra*, no § 3º, do artigo 31 da Lei nº 8.212/91. Se assim não fosse, bastaria arrolar os serviços que se enquadram como cessão de mão-de-obra, sem conquanto conceituá-lo.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que a legislação previdenciária pertinente à matéria impõe ao agente lançador que demonstre o enquadramento do serviço prestado no rol taxativo constante dos dispositivos legais supra, comprovando, ainda, ter sido executado mediante cessão de mão-de-obra.

É o que determina o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, nos seguintes termos:

"Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento." (grifamos)

Conforme se extrai da documentação acostada aos autos, conclui-se que o conjunto dos elementos de provas, corroborado com os argumentos da fiscalização, são suficientemente capazes de demonstrar que os serviços, de fato, foram prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Aliás, o própria contribuinte promoveu o recolhimento da retenção de 11% de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, o tendo feito, porém, fora do prazo contemplado nas normas legais que regulam o tema, rechaçando, assim, qualquer argumento de que a fiscalização não teria comprovado a existência da cessão de mão-de-obra.

Dessa forma, não há se falar em irregularidade e/ou ilegalidade, ou mesmo em presunções no procedimento levado a efeito pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, uma vez que agiu da melhor forma, com estrita observância à legislação de regência.

MÉRITO

No mérito, pretende a contribuinte a reforma da decisão recorrida, a qual manteve a exigência fiscal em sua plenitude, asseverando que cumpriu a obrigação principal estabelecida no artigo 31 da Lei nº 8.212/91, tendo simplesmente efetuado o recolhimento em GPS única e a destempo, o que ensejaria tão somente a cobrança de juros e multa relativos a tais recolhimentos, sobretudo por inexistir prejuízo ao INSS.

Por sua vez, pugna a SRP pela manutenção do lançamento fiscal em sua integralidade, aduzindo para tanto que a contribuinte não cumpriu com a legislação de regência, mais precisamente o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, o qual determina que o contratante deverá reter 11% da nota fiscal ou fatura de serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da NF.

Inferre, ainda, que o recolhimento efetuado na competência seguinte àquela em que deveria ter ocorrido, além de contrariar o disposto em lei, faz com que não seja

possível a cobrança dos acréscimos legais que deixaram de ser recolhidos, não se cogitando, assim, em cumprimento de obrigação principal por parte da contribuinte, por constar no controle de arrecadação das empresas cedentes de mão-de-obra ausência de recolhimento da retenção.

Antes mesmo de se adentrar as questões de mérito, propriamente ditas, cumpre esclarecer, de forma superficial, a diferença entre obrigações principal e acessória contemplada pelo Código Tributário Nacional.

Consoante se positiva do artigo 113 do Código Tributário Nacional, as obrigações tributárias são divididas em duas espécies, obrigação principal e obrigação acessória. A primeira diz respeito a ocorrência do fato gerador do tributo em si, por exemplo, recolher ou não o tributo propriamente dito, extinguindo juntamente com o crédito decorrente.

Por outro lado, a obrigação acessória, relaciona-se às prestações positivas ou negativas, constantes da legislação tributária de interesse da arrecadação ou fiscalização tributária, sendo exemplo de seu descumprimento a contribuinte preparar folhas de pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço em desacordo com os padrões e normas estabelecidos pelo INSS.

Diante dessas breves considerações, não obstante as substanciosas razões do fisco em defesa do crédito previdenciário ora lançado, constata-se que as argumentações da contribuinte, em parte, merece acolhimento.

Destarte, ainda que a contribuinte não tenha observado o disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 em sua plenitude, não podemos deixar de considerar os recolhimentos efetuados pela contratante de serviços, mesmo que em GPS única e a destempo.

Com efeito, o fato de os sistemas do INSS não conseguirem captar os recolhimentos da retenção de 11% quando efetuados em GPS única e fora do prazo legal, por si só não é capaz de justificar a cobrança total daquele tributo, desconsiderando as importâncias já pagas pela contribuinte.

Ora, se houve recolhimentos realizados pela contribuinte relacionados aos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, como a própria autoridade fazendária reconhece, não se pode deixar de admiti-los para efeito de abatimento em eventual lançamento exigindo diferenças.

De fato, não podemos dizer que a obrigação principal tributária encontra-se plenamente cumprida, uma vez que os recolhimentos foram promovidos a destempo, restando diferenças a serem exigidas, especialmente juros e multa de mora. Em outra via, não podemos simplesmente fechar os olhos para os pagamentos realizados pela contribuinte, em que pese deixar de observar o *modus operandi* correto de tal procedimento.

Somente a título elucidativo, admitir a pretensão do fisco, ao desconsiderar os recolhimentos atrasados procedidos pela empresa no caso de retenção de 11%, inviabiliza, inclusive, o instituto da denúncia espontânea, contemplada no artigo 138 do CTN, a qual exclui a responsabilidade da contribuinte no caso de pagamento do tributo, acompanhada, se for o caso, de juros e multa.

Na hipótese dos autos, constatando a fiscalização alguns recolhimentos relacionados a serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, mesmo que em única GPS e fora do prazo legal, deveria ter promovido o lançamento simplesmente da diferença devida e/ou dos juros e multa de mora, mas, nunca, da totalidade do valor da retenção de 11%, em detrimento das importâncias já recolhidas, sob pena de enriquecimento ilícito do INSS.

Nesse sentido, acolhemos as retificações propostas pela autoridade fazendária consubstanciada na Informação Fiscal, às fls 310/317, com as exclusões dos valores indevidamente lançados, determinando, ainda, seja abatido do crédito previdenciário as importâncias recolhidas pela contribuinte a título de retenção de 11%, relativamente aos levantamentos EL, HP, HV, QW, SO, WH e ZA,

DA MULTA E TAXA SELIC

Por fim, insurge-se a contribuinte contra a aplicação da multa moratória e da Taxa Selic, por entender ser ilegal e inconstitucional, entendimento que, igualmente, não tem o condão de macular a exigência em questão.

Destarte, as contribuições sociais arrecadadas pelo INSS estão sujeitas à taxa referencial do SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91, não prosperando a alegação da impossibilidade de utilização para a fixação de juros de mora, senão vejamos:

"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. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)"

Por sua vez, de conformidade com o artigo 35, inciso I, da Lei 8.212/91, as contribuições previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso, senão vejamos:

"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:

[...]"

Nesse sentido, devida a contribuição e não sendo recolhida até a data do vencimento, fica sujeita aos acréscimos legais na forma da legislação de regência. Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, e bem assim da multa moratória, nos termos do artigo 35 do mesmo Diploma Legal.

DA APRECIÇÃO DE QUESTÕES DE
INCONSTITUCIONALIDADES/ILEGALIDADES NA ESFERA
ADMINISTRATIVA.

Relativamente ao inconformismo à cobrança das contribuições previdenciárias ora lançadas a pretexto de ilegalidades e/ou inconstitucionalidades, além da exigência de tais tributos encontrar respaldo na legislação previdenciária, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 147/2007, que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

"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. [...]"

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Sumula nº 02, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, assim estabelece:

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

E, segundo o artigo 53, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, as Súmulas, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.

Finalmente, o artigo 102, I, "a" da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

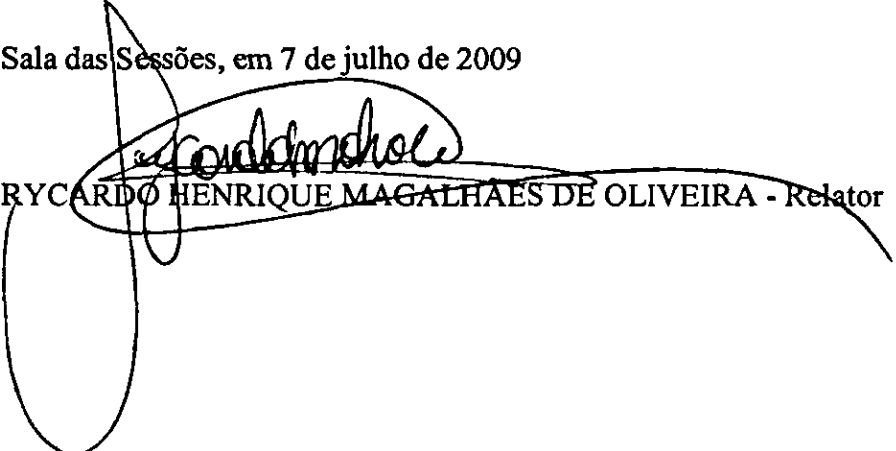
[...]"

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

Quanto as demais alegações da contribuinte, não merece aqui tecer maiores considerações, uma vez não serem capazes de ensejar a reforma da decisão recorrida e/ou macular o crédito previdenciário ora exigido, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente debatidas/rechaçadas pelo julgador de primeira instância.

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, DAR -LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir do presente lançamento os valores indevidamente exigidos, conforme Informação Fiscal de fls. 310/317, determinando, ainda, sejam deduzidas as importâncias recolhidas a título de retenção de 11%, relativamente aos levantamentos EL, HP, HV, QW, SO, WH e ZA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2009


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA - Relator