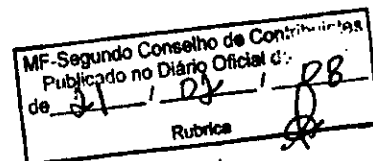




**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**QUINTA CÂMARA**

**Processo n°** 37169.000447/2006-70  
**Recurso n°** 143.655 Voluntário  
**Matéria** Desconto segurados  
**Acórdão n°** 205-00.197  
**Sessão de** 11 de dezembro de 2007  
**Recorrente** AUTO VIAÇÃO RAINHA LTDA  
**Recorrida** DRP - BLUMENAU SC



Assunto: Classificação de Mercadorias

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/03/2005

Ementa: NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RELATÓRIO FISCAL COMPLETO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA -GFIP. TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA -

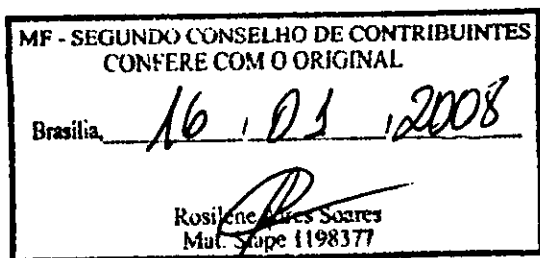
- AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO, RESPONSABILIDADE DA EMPRESA.

O relatório fiscal indicou todos os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a presente notificação.

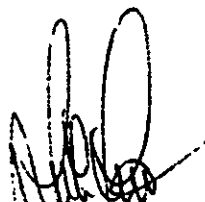
Houve discriminação clara e precisa dos fatos geradores, possibilitando o pleno conhecimento pela recorrente.

A GFIP é termo de confissão de dívida em relação aos valores declarados e não recolhidos.

Recurso negado.



ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



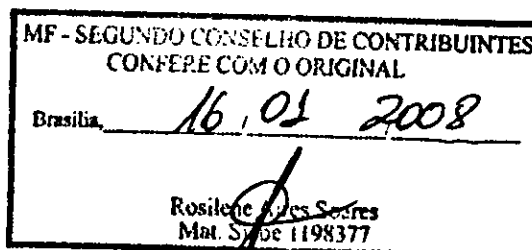
JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente



MARCELO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Relator



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto



## Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados empregados e dos contribuintes individuais, bem como a retenção de 11% nos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, que não foram recolhidas pela sociedade empresária nas competências fevereiro de 2003 a março de 2005, relatório fiscal às fls. 119 a 126.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pelo recorrente, fls. 130 a 142.

Foi comandada diligência fiscal, conforme fls. 158 e 159. Foram juntadas cópias às fls. 160 a 202; tendo a fiscalização prestado informações às fls. 203 a 204. Cientificada do resultado da diligência, a notificada manifestou-se às fls. 213 a 215.

A unidade descentralizada da SRP emitiu a Decisão-Notificação (DN), fls. 218 a 223, mantendo o lançamento em sua integralidade.

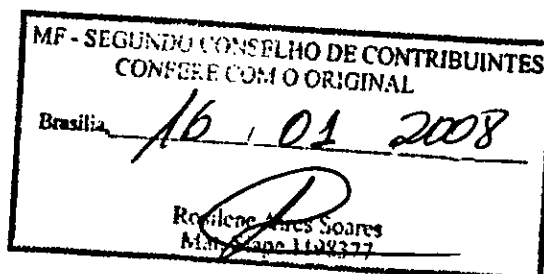
A recorrente não concordando com a DN emitida pelo órgão previdenciário interpôs recurso, fls. 226 a 241, alegando em síntese:

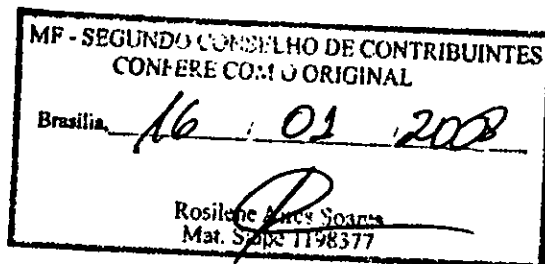
- A empresa somente pode ser responsabilizada no caso de os contribuintes individuais não recolherem a própria contribuição;
- Em relação à retenção de 11% deve ser verificado se os prestadores não recolheram a contribuição devida;
- As competências envolvidas foram objeto de prévias retenções, pagamentos e lançamentos consubstanciados em LDC, GPS e NFLD;
- Não é possível aferir a correção dos cálculos elaborados pela fiscalização;
- Não foi atendida a diligência solicitada pelo órgão previdenciário;
- Não é possível a formalização, no presente momento, de representação fiscal para fins penais;
- Requerendo que seja tomado insubsistente o lançamento.

A Receita Previdenciária apresenta suas contra-razões às fls. 260 a 261. O órgão previdenciário alega, em síntese, que:

- não foram trazidos argumentos ou documentos novos;
- Requerendo, por fim, que seja mantido o lançamento.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA, Relator

**PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fls. 225 e 226, a recorrente não implementou o depósito recursal em virtude de estar amparada por decisão judicial, conforme fls. 258.

Pressupostos superados, passo ao exame das questões de mérito.

**DAS QUESTÕES PRELIMINARES:**

Não assiste razão à recorrente quanto ao argumento de que não é possível aferir a correção dos cálculos elaborados pela fiscalização. Assim, quanto ao argumento de que a NFLD deve ser declarada nula; não lhe confiro razão. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente, conforme relatório fiscal, item 6 à fl. 120; o relatório fiscal indicou os motivos do lançamento; os fatos geradores estão devidamente descritos às fls. 28 a 54; a forma para se apurar o quantum devido, por competência, encontra-se às fls. 04 a 17; os dispositivos legais envolvidos na presente notificação encontram-se discriminados por competência às fls. 102 a 104.

Quanto ao argumento da recorrente de que as competências envolvidas foram objeto de prévias retenções, pagamentos e lançamentos consubstanciados em LDC, GPS e NFLD; todos os documentos já foram apropriados pela fiscalização e considerados durante a ação fiscal.

No relatório às fls. 55 a 70, estão demonstradas as LDC, créditos e todas as GPS, de forma individualizada. Caso a empresa tivesse outro crédito não considerado, bastaria indicá-lo em sua defesa, mas não o fez.

No relatório RADA, fls. 71 a 101, há um discriminativo em detalhes da apropriação dos créditos do contribuinte. Estão demonstradas por estabelecimento e por competência todas as apropriações realizadas. O débito que gerou o presente lançamento é o confronto dos valores apurados pela fiscalização deduzidos dos recolhimentos e parcelamentos realizados pelo contribuinte. O confronto está detalhado às fls. 04 a 17.

Desse modo, não reconheço o cerceamento de defesa ou a nulidade do procedimento fiscal.

Parte dos valores foram lançados com base na GFIP, declaração realizada pela própria empresa, bem como foram apurados com base nas folhas de pagamentos. Conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, abaixo transcrito, os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

*Art.225. A empresa é também obrigada a:*

(...)

*IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;*

(...)

*§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.*

Desse modo, caso houvesse algum erro cometido pela recorrente na elaboração, tanto das folhas de pagamento, como da GFIP, caberia à notificada a demonstração da fundamentação de seu erro. A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela próprios declarados em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez.

Quanto ao argumento de que não foi atendida a diligência solicitada pelo órgão previdenciário, não confiro razão à recorrente. As diligências são comandadas no interesse do julgador a fim de que sejam esclarecidos determinados pontos. Assim, caso as informações prestadas pela fiscalização satisfaçam ao julgador, há que se reconhecer que a diligência cumpriu seu desiderato. Além do mais, a Decisão-Notificação analisou todos os pontos suscitados pela notificada.

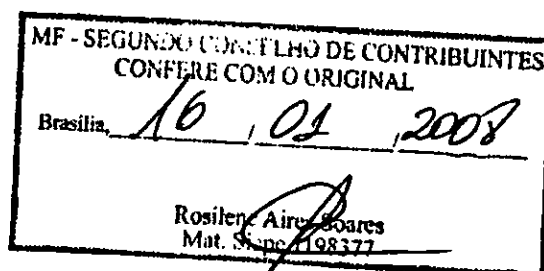
A obrigação da empresa em arrecadar as contribuições dos segurados empregados a seu serviço mediante desconto sobre as respectivas remunerações está prevista no art. 30, I da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

*Art.30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei n.º 8.620, de 5/01/93)*

*I - a empresa é obrigada a:*

*a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;*

(...)



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 16.01.2008

Rosilene Aires Soares  
Mat. Sape 1198377

Uma vez que a notificada remunerou segurados, descontando as contribuições previdenciárias por eles devidas, conforme informação nos registros documentais da empresa, deveria a notificada efetuar o recolhimento à Previdência Social. Não efetuando o recolhimento a notificada passa a ter a responsabilidade sobre o mesmo.

Mesmo não efetuando os referidos descontos a responsabilidade, perante a Previdência Social, sempre será do empregador, conforme previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

*Art. 33 (...)*

*§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.*

A obrigação de efetuar o desconto das contribuições devidas pelos segurados contribuintes individuais é devida a partir da competência abril de 2003, por força do art. 4º da Lei n.º 10.666, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 83/2002, nestas palavras:

*Art. 4º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia dois do mês seguinte ao da competência.*

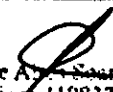
Mesmo não efetuando os referidos descontos, a responsabilidade, perante a Previdência Social, sempre será da entidade contratante, conforme previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991.

Desse modo, por expressa disposição em lei, não procede o argumento da recorrente de que a empresa somente pode ser responsabilizada no caso de os contribuintes individuais não recolherem a própria contribuição. A empresa é substituta tributária no recolhimento e não responsável supletiva.

Quanto à retenção de 11% sobre as notas fiscais de prestação de serviços que envolveram cessão de mão-de-obra, melhor sorte também não assiste à recorrente. O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n.º 9.711/1998, nestas palavras:

*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. (Redação dada pela MP n.º 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei n.º 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei n.º 9.711/98.*



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>16.01.2008</u>
 Rosilene A. Soares Mat. Sinc. 1198377

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente não há que se falar em ilegalidade, haja vista a responsabilidade da retenção estar prevista em lei.

Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura. No presente caso, as próprias notas fiscais já indicam os valores a serem retidos.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

Desse modo, ao contrário do que afirma a recorrente, a notificação pelo não recolhimento se realiza em nome da própria tomadora.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impõe a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados.

Assim, não é cabível o argumento da notificada de que a empresa prestadora sempre efetuou os recolhimentos devidos à Previdência Social, para elidir a responsabilidade da tomadora pela realização da retenção de 11%. O instituto da retenção surgiu para facilitar a arrecadação e fiscalização tributária, desse modo, o argumento de que a prestadora já teria efetuado o recolhimento, não elide a obrigação da tomadora em reter os valores, mesmo porque, esta não possui a certeza de que todos os valores devidos por aquela foram efetivamente recolhidos. Além do mais, o acordo entre as partes não pode ser oposto ao Fisco para afastar a responsabilidade pelo recolhimento.

Se a obrigação tributária é realizar a retenção, tal obrigação é extinta por meio da retenção e posterior recolhimento dos valores retidos à Previdência; e não por meio de juntada de folhas e guias da prestadora, pois nesse caso, para verificar se todos os valores foram efetivamente recolhidos pela prestadora, somente uma ação fiscal, o que iria desnaturar o instituto da retenção.

Ao contrário do que afirma a recorrente, o instituto da substituição tributária não viola os preceitos do Código Tributário Nacional. Existe um vínculo da tomadora ao fato gerador da obrigação da retenção, uma vez que a tomadora é quem paga o valor da nota fiscal é plenamente possível o exercício do seu encargo tributário, bastando no momento do pagamento efetuar a retenção. Desse modo, verifica-se que há um liame com o respectivo fato gerador, sendo compatível com o ordenamento jurídico a exigência da retenção.

Nesse sentido segue ementa de recurso especial n. 421.886-0, cujo Relator foi o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 10.6.2002:

***Previdenciário – Contribuição previdenciária – Arrecadação complexa – Empresa prestadora de serviço – Substituição tributária – Lei n. 8.212/1991, art. 31, na redação da Lei n. 9.711/1998.***

***Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Opção pelo "Simples". Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação da Lei n.***



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16 de 01 de 2008
Rosilene Aires Soares Mat. S/Sp 1198377

9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação.

1. A Lei n. 9.711, de 20.11.1998, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da Previdência Social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

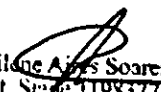
5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Quanto ao "desvirtuamento" da Lei n. 9.317/1996, há que se considerar que o fato de ser a empresa beneficiária do Simples, altera o efeito que a referida lei passou a produzir acerca da contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social incidente sobre a folha de salários. O Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja a simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/1991.

7. Recurso provido.

(REsp n. 421.886-0 – RJ. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma. Unânime. DJ 10.6.2002).

Não entendo cabível a demonstração, nos presentes autos, de que a prestadora já efetuara todos os recolhimentos para fins de elisão da responsabilidade pela retenção. Não há como afastar a responsabilidade pela retenção e posterior recolhimento haja vista ser uma presunção absoluta, no meu entender. Perante a Fazenda Pública a obrigada pela retenção será sempre a tomadora de serviços, nada impedindo que entre a recorrente e a prestadora de serviços se instaure ação regressiva de natureza civil. Caso a recorrente efetue o recolhimento da retenção de 11% e a prestadora comprove que houve recolhimentos a maior do que o

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>16</u> / <u>02</u> / <u>2008</u>
 Rosilene Alves Soares Mat. Suspeita 1198377

devido, caberá a compensação ou a restituição, mas esta questão não deve ser resolvida nos presentes autos, devendo ser instaurado, se for o caso, o procedimento próprio de restituição.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997.

*Cumpra ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.*

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Nesse mesmo sentido segue trecho do Parecer/CJ n.º 2.547, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23/8/2001.

*Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.*

De acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

#### **SÚMULA N.º 2**

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

Não procede o argumento de que não é possível a formalização, no presente momento, de representação fiscal para fins penais. A representação é uma simples comunicação da ocorrência, em tese, de crime, pois a fiscalização não possui competência para apuração da materialidade ou da autoria; mas possui obrigação legal de realizar a *delatio criminis*. A apuração da ocorrência ou não do crime, se houve ou não o dolo, é reservado à ação penal, se for o caso de recebimento da denúncia, cuja competência de oferecimento é do Ministério Público Federal.



Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão-Notificação (DN), haja vista os argumentos apontados pela recorrente serem incapazes de refutar o lançamento.

**CONCLUSÃO:**

Voto por CONHECER DO RECURSO do notificado para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2007

  
MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA -

