



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

Processo nº 37311.000238/2007-16
Recurso nº 149.126 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.965 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente IGL INDUSTRIAL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/08/2005

PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO SOBRE AS FATURAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MEDIANTE EMPREITADA OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. APURAÇÃO NA TOMADORA. DESNECESSIDADE DE FISCALIZAÇÃO NA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO.

A exigência da contribuição que deixou de ser retida sobre as faturas emitidas pelas empresas prestadoras de serviço mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra pode ser exigida da empresa contratante independentemente de fiscalização prévia na contratada.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/08/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NA SEARA ADMINISTRATIVA.

À autoridade administrativa, via de regra, é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo vigente.

APRESENTAÇÃO DOCUMENTAL APÓS O PRAZO DE DEFESA. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não é aceita a apresentação de documentos após o prazo para impugnar o lançamento, a menos que ocorra uma das exceções prevista na legislação tributária, quais sejam: ocorra caso fortuito ou força maior, o documento se refira a fato ou direito superveniente ou se destine a contrapor a fatos ou razões surgidas posteriormente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/2001 a 31/08/2005

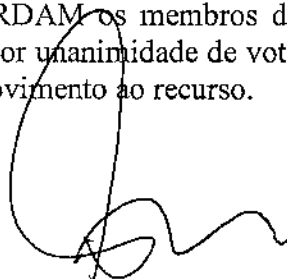
OMISSÃO NA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS SOLICITADOS
PELO FISCO. POSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DAS
CONTRIBUIÇÕES MEDIANTE ARBITRAMENTO.

Ao deixar de apresentar os documentos e esclarecimentos solicitados durante a ação fiscal, a empresa abre ao fisco a possibilidade de arbitrar o tributo devido, sendo do sujeito passivo o ônus de provar o contrário.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

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: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente processo de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.767.529-0, lavrada contra a contribuinte acima identificada e posteriormente cadastrado na Receita Federal do Brasil sob o número de processo constante no cabeçalho.

Foram incluídas no crédito as contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à obrigação da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra de reter 11% do valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviço e recolher a importância retida, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.711/1998.

De acordo com o extenso relato do fisco, fls. 120/164, inicialmente desenvolveu-se uma auditoria de diagnóstico, a qual tinha por desiderato verificar o cumprimento das obrigações previdenciárias, assim como, orientar o sujeito passivo quanto ao cumprimento das normas tributárias aplicáveis. Assevera o fisco que o procedimento restou parcialmente prejudicado em razão da falta de disponibilização de elementos solicitados. A seguir, são relatados em detalhes os percalços enfrentados pela auditoria para obter a documentação necessária ao cumprimento de seu mister.

Afirma-se que em razão da falta de apresentação de todos os documentos solicitados, aliada aos indícios de irregularidades verificados na fase de diagnóstico, foi dada continuidade aos trabalhos com o início da etapa de apuração das contribuições possivelmente não recolhidas.

Na sequência, é feito um histórico dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPF e Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD emitidos durante a ação fiscal.

Continuando, auditoria afirma que, em relação aos pagamentos efetuados a pessoas jurídicas, a empresa não apresentou toda a documentação solicitada, o que levou a fiscalização a utilizar os papéis apresentados para verificar o cumprimento das obrigações e, para os pagamentos não justificados documentalmente, procedeu ao arbitramento das contribuições, nas situações em que se vislumbrou a ocorrência de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

A seguir, é feito um relato detalhado de todas as ocorrências tidas como fatos geradores de contribuição, onde se apresenta a atividade desenvolvida pelo prestador, a legislação aplicável e a metodologia adotada para apuração do tributo.

A empresa apresentou defesa, fls. 482/553, a qual não foi acolhida pelo órgão de primeira instância, que declarou procedente o lançamento, fls. 571/587.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, fls. 592/640, no qual, em apertada síntese, alega que:

a) o prazo para impugnação, de apenas quinze dias, representa cerceamento de direito da recorrente;

b) a imposição de multas progressivas, que variam na razão de 10% a 60%, também representa uma afronta ao princípio constitucional da ampla defesa;

c) o trabalho fiscal foi baseado em meros indícios e presunções, na medida que utilizou-se de todos os lançamentos contábeis de pagamento a pessoas jurídicas, sem considerar que poderiam haver ali serviços não executados por cessão de mão-de-obra e situação em que o valor registrado continha, além de serviços, materiais e equipamentos;

d) nos casos em que não ocorreu a retenção, as contribuições foram recolhidas pelos prestadores, inexistindo prejuízo à Fazenda Pública;

e) protesta pela juntada dos comprovantes de recolhimento das retenções, na situação em que essa era efetivamente cabível;

f) se há alguma responsabilidade da recorrente, esta é tão somente subsidiária, pelo que deveria o fisco ter previamente diligenciado nos prestadores de serviço para verificar a regularidade fiscal dos mesmos;

g) a base de cálculo adotada está divorciada do fato gerador das contribuições, qual seja, a folha de salários dos prestadores de serviço;

Ao final pede a declaração de improcedência da NFLD e a juntada posterior de documentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente possuía decisão judicial garantindo o seguimento do recurso independentemente de depósito prévio.

Para enfrentar as preliminares que dizem respeito a inconstitucionalidade do prazo para impugnação e da multa aplicada, que no entendimento da recorrente feririam o princípio da ampla defesa, é necessária uma análise da conformação com a Constituição de dispositivos legais aplicados no presente feito, daí, é curial que, a priori, façamos uma abordagem acerca da possibilidade de afastamento por órgão de julgamento administrativo de ato normativo por inconstitucionalidade.

Sobre esse tema, 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 256, de 22/06/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando, regra geral, o afastamento de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, a pretexto de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

5
Kleber

Observe-se que, somente nas hipóteses ressalvadas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência.

Nessa linha de 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."

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do "caput" do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹. Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre as alegações de inconstitucionalidade de lei pela recorrente.

Nessa toada, deixarei de me pronunciar sobre suposta inconstitucionalidades do prazo legal para contestação administrativa e da multa aplicada na presente NFLD.

Também não posso concordar com a recorrente, quando afirma que sua responsabilidade pelas contribuições em questão é tão-somente subsidiária. A obrigação legal de efetuar a retenção das faturas emitidas pelas prestadoras de serviços executados mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra quando descumprida, faz surgir para o fisco o dever de exigir as contribuições não retidas da empresa tomadora, independentemente de fiscalização no contratado.

A ausência de retenção dá ensejo a duas consequências jurídicas para a empresa contratante, de um lado é aplicada a penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, de outro, recai sobre a mesma a responsabilidade pelos valores não retidos. Não fosse assim restaria desnaturada essa sistemática de arrecadação, posto que o fisco, para exigir as contribuições teria que obrigatoriamente fiscalizar o prestador de serviço, acarretando em perda de eficiência da máquina arrecadadora, o que se choca com o espírito da previsão legal contida no art. 31 da Lei nº 8.212/1991.

Não há também o que se falar em descompasso entre a base de cálculo e o fato gerador, posto que a contribuição previdenciária é calculada sobre as remunerações pagas aos trabalhadores da empresa prestadora, sendo a retenção sobre as faturas apenas uma antecipação da contribuição devida. Quando do recolhimento mensal pela prestadora abate-se dessa o valor retido pela tomadora.

Assim, temos que o valor da fatura é tomado como base para calcular a retenção e não, como afirma o contribuinte, para calcular a contribuição da empresa prestadora dos serviços.

Alega a notifica inconsistências no procedimento fiscal, o qual teria se fundado em meras presunções para lavrar o presente crédito previdenciário. Sobre esse aspecto deve-se ter em conta que o relato da auditoria e seus anexos deixam claro que os valores devidos foram apurados com base na escrita contábil da empresa, para os casos em que não houve a apresentação dos contratos e notas fiscais de prestação de serviço.

Vê-se na espécie que, mesmo tendo sido regularmente intimada, a notificada deixou de apresentar todos os documentos relativos aos lançamentos contábeis em questão,

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.
(...)

fato que deu ensejo a lavratura de Auto de Infração para aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Impossibilitado de conhecer em minúcias todos os fatos registrados na contabilidade, o fisco elaborou sua apuração com esteio nos registros lançados nos livros fiscais, tendo apresentado minucioso demonstrativo de toda o procedimento, como se pode ver do corpo do Relatório da NLFD e das planilhas colacionadas.

Tal procedimento é perfeitamente cabível, posto que, tanto o CTN (art. 148)², quanto a Lei n.º 8.212/1991 (art. 33, § 3.º)³, autorizam o fisco a arbitrar a quantia devida, quando os elementos disponibilizados pelo sujeito passivo não mereçam fé ou sejam omissos. Nesses casos, cabe a empresa interessada fazer prova em contrário.

Tal prerrogativa decorre do dever de colaboração dos contribuintes para com a Administração Tributária, que necessita das informações a serem prestadas pelos sujeitos passivos para reconstituir o momento da ocorrência do fato gerador e verificar o regular cumprimento das obrigações fiscais pelos administrados. Assim, quando o sujeito passivo deixa de colaborar com o fisco no seu mister, surgem duas consequências jurídicas: a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória e a possibilidade da confecção do lançamento tributário por arbitramento.

Portanto, não posso aceitar que se diga que o lançamento foi efetuado com base em meras presunções e indícios, posto que tomou como base documentos fornecidos pelo sujeito passivo, e para os períodos em que não houve a apresentação em conformidade com as intimações efetuadas, a auditoria lançou mão dos registros contábeis da recorrente.

Ressalte-se que no recurso não se refuta com provas consistentes uma situação, uma que seja, que o fisco tenha tomado como fato gerador e que não fosse vinculado a serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra. Tal fato me leva a conclusão de que o trabalho da auditoria foi desenvolvido dentro dos ditames legais.

Diante da recusa da contribuinte em fornecer os elementos necessários à verificação direta de sua regularidade fiscal, não restou ao fisco alternativa que não fosse o procedimento de arbitramento, o qual, repita-se, foi pautado por critérios de razoabilidade, não tendo o sujeito passivo logrado êxito em demonstrar qualquer incorreção na feitura da NFLD sob testilha.

O pedido para a juntada de novos documentos, como guias de recolhimento que comprovariam a improcedência do lançamento não deve ser acatada. A empresa notificada teve a oportunidade de fazê-lo durante a ação fiscal, na apresentação da defesa e agora no recurso, portanto, ocorreu preclusão para essa faculdade processual. A Portaria MPS n.º 520,

² Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

³ § 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.

7
Kauf

de 19/15/2004⁴, que regulava o contencioso fiscal de exigência de contribuições previdenciárias, a qual guarda a mesma redação do Decreto n.º 70.235/1972, dispunha que a prova documental deveria ser juntada com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em momento posterior.

Diante do exposto, voto por afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Sala das Sessões, em 28 de janeiro de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

⁴ § 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.