



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

Processo nº 37311.002757/2004-76
Recurso nº 141.952 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-00.774
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente ROCA BRASIL LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2001 a 31/12/2001

NULIDADE - CIÊNCIA DE MPF COMPLEMENTAR - INEXISTENTE.

Não representa nulidade do lançamento, o fato do contribuinte ter tomado ciência de MPF Complementar após término do prazo estabelecido no anterior.

CERCEAMENTO DE DEFESA - PRAZO.

Não há que se falar em cerceamento de defesa se o prazo concedido ao contribuinte está em conformidade com a lei

RETENÇÃO - BASE DE CÁLCULO - MATERIAIS E EQUIPAMENTOS.

Cabe ao contribuinte comprovar os efetivos valores referentes a materiais e equipamentos incluídos em nota fiscal de serviço apresentando o contrato de prestação de serviços, bem como as notas fiscais de serviços com as devidas discriminações dos valores relativos, tal qual prevê a legislação

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE - ARGUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento o recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

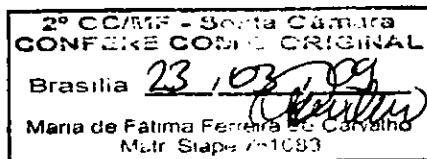
Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 13/15) informa que a notificada contratou serviços de pavimentação, terraplenagem e concretagem, prestados pela empresa Revest Engenharia Revestimentos Ltda e não efetuou a retenção devida e, embora devidamente intimada, não apresentou o contrato firmado entre a mesma e a prestadora.

Em razão das notas fiscais registrarem o fornecimento de material e equipamentos e tais serviços exigirem o uso de equipamentos para serem realizados, a auditoria fiscal aplicou um percentual de 35% sobre o total da nota, com a finalidade de apurar a base de cálculo para a retenção.

A prestadora teria efetuado o destaque dos 11% somente sobre os valores relativos à mão-de-obra discriminada na nota fiscal, valores estes recolhidos pela notificada.

A notificada apresentou defesa (fls. 24/33) onde alega a ocorrência de cerceamento de defesa pelo exíguo prazo concedido para a apresentação da mesma, considerando o número de notificações e autos de infração lavrados.

Afirma que foi surpreendida pelo recebimento da presente notificação lavrada pelo entendimento das auditoras fiscais da não comprovação contratual do fornecimento de equipamentos e materiais utilizados na execução dos serviços prestados. Entende que as normas expedidas pelo órgão não estabelecem a necessidade de apresentação de contratos de prestação de serviços para a dedução dos valores relativos aos equipamentos e materiais da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Alega que o percentual de 35% utilizado está equivocado, uma vez que os serviços realizados são de terraplanagem e pavimentação asfáltica, cujos percentuais correspondem a 15% e 10%, respectivamente.

Considera ilegal a retenção de 11%, por afronta ao art. 128 do Código Tributário Nacional, uma vez que inexistente vínculo da mesma com o fato gerador.

Foi emitido Relatório Complementar (fls. 161/162) a fim de sanear a tabela discriminativa da apuração do crédito previdenciário, a qual deixou de informar duas notas fiscais que serviram de base para o lançamento.

Não houve manifestação da notificada a respeito do Relatório Complementar.

Pela Decisão-Notificação nº 21.426.4/0141/2004 (fls. 164/173), o lançamento foi considerado procedente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 178/189) onde efetua repetição das alegações já apresentadas em defesa.

A SRP apresentou contra-razões (fls. 193/197) onde mantém a decisão recorrida.

O autos foram encaminhados à 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social, que pelo Decisório nº 53/2004 (fls. 198/202) converteu o julgamento em diligência para a juntada dos Mandados de Procedimento Fiscais – MPF – Complementares.

Juntados os documentos solicitados, os autos encaminhados à 2ª CaJ que efetuou nova conversão em diligência para que fosse dada a oportunidade ao contribuinte de manifestar-se sobre os documentos juntados.

Às folhas nº 223/224, a notificada apresenta suas alegações, no sentido de que a ciência do MPF-Complementar nº 02 ocorreu em 25/06/2003, data posterior ao prazo previsto no MPF-Complementar nº 01, situação em que o fisco pretendeu estender seus trabalhos no momento em que a fiscalização já estava extinta por decurso de prazo. Entende a recorrente que a presente notificação seria nula pela razão apresentada.

A SRP manifesta-se com o argumento de que a notificação não seria nula, pois o MPF – Complementar nº 02 é válido e foi emitido dentro do prazo de validade do MPF – Complementar nº 01. Afirma que, quando muito, poder-se-ia discutir a validade dos atos praticados entre a emissão do MPF – Complementar nº 02 e a ciência do mesmo. Quanto à presente notificação, esta foi lavrada dentro do prazo estabelecido no MPF – Complementar nº 04. Lembra que nos termos do § único do art. 607 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, vigente à época, ainda que o MPF esteja extinto por decurso de prazo, a autoridade responsável pode determinar a emissão de novo MPF para a conclusão do procedimento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente, cumpre afastar a nulidade suscitada pela recorrente no que tange à ciência do MPF – Complementar nº 02 ter ocorrido após o término da vigência do MPF – Complementar nº 01.

Vale ressaltar que o Mandado de Procedimento Fiscal é um documento que objetiva dar ao órgão um controle e acompanhamento mais contundente das ações fiscais realizadas, no sentido de subsidiar o planejamento, bem como dar ao contribuinte a garantia da legitimidade do procedimento fiscal ao qual está sendo submetido.

No caso em tela, embora o MPF – Complementar nº 02 tenha sido emitido dentro do prazo de validade do anterior, a ciência do contribuinte ocorreu após o término da vigência do mesmo. A meu ver, não se vislumbra a alegada nulidade. Nos termos do art. 14 do Decreto nº 3.969/2001, os prazos do MPF e seus complementares são contínuos. Ademais,

eventual questionamento quanto à eventual extinção do prazo para conclusão do procedimento deveria ter sido efetuado na ocasião do recebimento do questionado MPF complementar.

Em verdade, ao receber o MPF – Complementar nº 02, o contribuinte tão somente foi informado da continuidade do procedimento fiscal, com a qual concordou.

Diante do argüido, rejeito a preliminar suscitada.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa pela prazo concedido para a apresentação da mesma, também não merece melhor sorte.

Ainda que tenham sido lavrados contra a recorrente várias notificações e autos de infração, o prazo estabelecido pela lei não prevê a possibilidade de alongamento do prazo de defesa em razão do número de notificações ou autuações resultantes da ação fiscal.

Como a autoridade administrativa está cingida ao Princípio da Estrita Legalidade, não cabe qualquer ato discricionário no sentido de alterar o prazo estabelecido, com base nas alegações apresentadas. Assim, não seria possível conceder prazo diferenciado à recorrente que não aquele previsto no art. 37, § 1º da Lei nº 8.212/1991.

Nesse sentido, também rejeito essa preliminar.

No mérito, a recorrente se irressigna pelo fato da auditoria fiscal ter considerado como base de cálculo para a retenção o valor de 35% (trinta e cinco por cento) da nota fiscal de serviços e haver desconsiderado o valor destacado como mão-de-obra, pela contratada, sobre o qual a recorrente reteve e recolheu a contribuição correspondente.

Tal procedimento ocorreu em razão da notificada haver deixado de apresentar o contrato de prestação de serviços. Segundo a mesma, não há norma que condicione a dedução mediante a apresentação de contrato.

Com relação à afirmação da recorrente, é imperioso observar o disposto nos parágrafos 7º e 8º, do art. 219, do Decreto 3.048/99, *in verbis*:

"§ 7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

§ 8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o limite mínimo do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, não houver previsão contratual dos valores correspondentes a material ou a equipamentos."(g.n.).

Da leitura do dispositivo, pode-se concluir que a exclusão dos valores de material ou equipamento da base de cálculo da retenção está condicionada ao cumprimento de dois requisitos, quais sejam, discriminação em nota fiscal e previsão contratual. Portanto, a alegação da recorrente não merece acolhida.



Como a recorrente não apresentou o contrato para que fosse apurado o valor efetivo dos materiais e equipamentos e os serviços exigirem o uso de equipamentos para serem realizados, a auditoria fiscal aplicou um percentual de 35% sobre o total da nota fiscal.

A juntada de documentos com o intuito de comprovar que houve locação de equipamentos e aquisição de materiais que teriam sido utilizados na prestação de serviços não modifica o lançamento.

Não é controverso o fato de que a recorrente utilizou materiais e equipamentos na execução dos serviços, haja vista a aplicação de percentual diferenciado para a apuração da base de cálculo da retenção.

A recorrente ainda se insurge contra o percentual aplicado, afirma que aos serviços de pavimentação asfáltica e terraplanagem aplicam-se os percentuais de 10% e 15%, respectivamente.

Ainda que a recorrente não tenha apresentado o contrato, da análise das notas fiscais de serviços que originaram o presente lançamento verifica-se que foram prestados serviços conjugados de terraplanagem e concretagem de piso. Quanto à pavimentação, a mesma não é asfáltica, mas em concreto, o que impede a aplicação do percentual alegado pela recorrente.

Por fim, a recorrente questiona a legalidade do dispositivo que instituiu a retenção. Segundo a mesma, a retenção violaria o art. 128 do Código Tributário Nacional.

Não cabe a essa instância administrativa manifestar-se a respeito da legalidade de dispositivos vigentes.

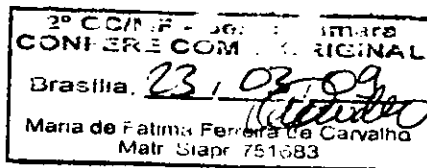
O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

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 expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste" (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.).

Assim sendo, cabe à recorrente manifestar seu inconformismo perante o Poder Judiciário que detém a competência para apreciar a questão.

Diante de todo o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR PRELIMINARES SUSCITADAS e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008


ANA MARIA BANDEIRA