



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10510.003340/2009-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.741 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de maio de 2024
Recorrente COMPANHIA ESTADUAL DE HABITAÇÃO E OBRAS PÚBLICAS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2004 a 31/12/2007

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra é obrigada a reter e recolher, em nome da contratada, 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Mônica Renata Mello Ferreira Stoll - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração - AI (e-fls. 02/43) lavrado em nome do sujeito passivo acima identificado decorrente da ausência de retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais de serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra.

Conforme indicado no Relatório Fiscal (e-fls. 44/49), os débitos incluídos no lançamento são resultado de procedimento de fiscalização na autarquia DEHOP - Departamento Estadual de Habitação e Obras Públicas de Sergipe em virtude do disposto na Lei Estadual nº

6.334/08, a qual extinguiu o DEHOP e determinou que todos os seus bens, direitos e obrigações fossem assumidos pela CEHOP - Companhia Estadual de Habitação e Obras Públicas.

De acordo com o auditor, foram utilizados os seguintes levantamentos:

- 1) BSB - Refere-se aos valores das notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela empresa BSB Grupo de Serviços Ltda. A retenção não foi efetuada ou foi efetuada a menor pela contratante.
- 2) MMF e MMC - Referem-se aos valores das notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela empresa MMF Serviços de Informática Ltda. tanto para o DEHOP quanto para a CEHOP. Não houve a discriminação dos valores nas notas fiscais e nem a retenção de 11% por parte do tomador dos serviços.
- 3) JAR - Refere-se a levantamento de débito para lançamento da retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal nº 0049 emitida pela Locadora de Veículos Jardins Ltda. em decorrência da prestação de serviços de locação de veículos com motorista. Identificou-se que não houve a retenção por parte da contratante.

A Impugnação (e-fls. 115/125) foi julgada Procedente em Parte pela 6ª Turma da DRJ/SDR em decisão assim ementada (e-fls. 270/279):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2004 a 31/12/2007

RETENÇÃO.

A empresa é responsável pela retenção de onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

RETENÇÃO EM SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO CIVIL POR EMPREITADA TOTAL.

Não se considera cessão de mão-de-obra, para os fins deste artigo, a contratação de construção civil em que a empresa construtora assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente.

Cientificada do acórdão de primeira instância em 31/05/2011 (e-fls. 281/282), a interessada interpôs Recurso Voluntário em 07/06/2011 (e-fls. 284/294) trazendo exatamente os mesmos argumentos de sua Impugnação, excluindo-se apenas o item sobre a BSB Grupo de Serviços Ltda., cujo lançamento fora afastado pela DRJ/SDR. Tais alegações foram resumidas nos seguintes trechos do relatório da decisão recorrida:

Inclusão indevida na base de Cálculo se serviços não sujeitos à retenção 11%.

Com relação ao levantamento JAR - LOCADORA JARDINS alega inexistência de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra. Ausência de comprovação dos pressupostos do lançamento pela autoridade fiscal.

[...]

Afirma que, para que haja a retenção instituída no *caput* do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § 30 traz a definição de cessão de mão-de-obra. Nessa mesma direção, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99 estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de serviços que, se executados mediante cessão de mão-de-obra, estarão sujeitos à retenção.

Esclarece que, para que haja a retenção, não basta que o serviço esteja relacionado no §2º do art. 219 do RPS, é necessário, antes e também, que seja demonstrada pela autoridade lançadora nos autos do procedimento fiscal, efetivamente, a ocorrência de

mão-de-obra cedida, da forma como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91. Diz que todos os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais se convergem no mesmo sentido: para haver a retenção é imprescindível a demonstração da cessão de mão-de-obra.

Com relação aos serviços de transporte, afirma que a configuração da cessão de mão-de-obra requer um cuidado especial da autoridade fiscal, eis que tais serviços possuem intrinsecamente natureza peculiar que o afasta do conceito estatuído no § 3º do art. 31, da lei nº 8.212, de 1991.

Diz que esta dificuldade não passou despercebida pelo Poder Executivo Federal, tanto que o Decreto nº 4.729, de 2003, excluiu do rol do §2º do artigo 219, o serviço transporte de carga, afastando por completo a possibilidade de retenção nesta hipótese.

Diz que, para se configurar a responsabilidade da retenção do contratante de serviços de transporte é imprescindível que os serviços sejam prestados mediante cessão de mão-de-obra e que haja a demonstração efetiva dessa situação, nos autos do procedimento fiscal.

Que independentemente de se excluir ou não o transporte do rol dos serviços sujeitos à retenção, resta evidente e indiscutível a conclusão de que, para que haja a aplicação da retenção é necessário que os serviços contratados sejam executados mediante a cessão de mão-de-obra. Não basta apenas a afirmação pela autoridade lançadora, mas sua demonstração efetiva, na forma definida no citado §3º do art. 31 da Lei nº 8212, de 1991.

O mesmo acontece em relação aos serviços de informática, cuja caracterização de cessão de mão-de-obra pelo agente fiscal não restou demonstrada. Não basta apenas a afirmação da autoridade de que este ou aquele serviço foi contínuo e que houve cessão de mão-de-obra. Há que se apresentar prova robusta que caracterize a hipótese legal de incidência da exação.

Afirma que é imperioso, que haja a colocação, pela contratada, de segurados à disposição da contratante, que realizem trabalhos contínuos, em suas dependências ou nas de terceiros; e ainda que os empregados fiquem sob o comando do contratante, o que no presente caso não ocorreu e nem a autoridade fiscal teve o cuidado de demonstrar no Relatório.

[...]

Alega haver necessidade de se comprovar que não houve recolhimento da contribuição pelo contribuinte principal.

Diz que a retenção de 11% se traduz em uma praxe arrecadatória que visa centralizar nos tomadores de serviço a responsabilidade pelo recolhimento de contribuição previdenciária dos respectivos prestadores laborais.

Como já decidiu o pretório excelso, não se trata de nova exação tributária, mas de técnica de arrecadação, onde o valor retido pelo tomador é posteriormente compensado pelo contribuinte principal na apuração mensal do quantum devido.

Diz que a cobrança em face de eventual descumprimento da obrigação acessória de reter deve se traduzir, em última análise, no máximo em multa por infração à legislação tributária, mas nunca cobrança do tributo, sob pena de possível incursão no *bis in idem*.

Que na eventualidade de não ocorrer a retenção dos 11% pelo tomador do serviço, mas recolhida a contribuição previdenciária normalmente pela empresa prestadora do serviço, não há tributo remanescente a ser cobrado pelo responsável por substituição.

Deste modo, como o lançamento combatido não versa sobre multa acessória, somente diante da comprovação de que não houve recolhimento da contribuição previdenciária pelo contribuinte de fato é que se poderia manter o auto de infração.

[...]

Com relação à empresa MMF Serviços de Informática LTDA diz que esta é optante pelo SIMPLES, trazendo aos autos Certidão Simplificada da JUCESE — Junta Comercial do Estado de Sergipe e extrato do Simples Nacional gerado em 09/07/2009.

Diz que o sistema de arrecadação destinado às respectivas empresas optantes não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo artigo 31 da Lei n. 8.212, de 1991, que constitui “nova sistemática de recolhimento” daquela mesma contribuição destinada à seguridade social.

Que a retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo artigo 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica suspensão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

Que a Lei nº 9.317, de 1996 instituiu tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo Simples. Argumenta que por esse regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

Diz que em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do SIMPLES, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na alínea “f” do art. 30 da Lei 9.317, de 1996, e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação.

Daí porque a retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212, de 1991 e no percentual de 11%, além de implicar supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, importaria arrecadação do mesmo tributo.

Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711, de 1998, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317, de 1996).

Que foi esse, inclusive, o entendimento adotado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 511853/MG, Min. Franciulli Netto, DJ de 10.05.2004, transcrevendo julgado neste sentido.

Que pelas razões expostas, não há como prevalecer lançamento de retenção 11% sobre o valor bruto das Notas Fiscais, em face da redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003, de serviços de empresas optantes do SIMPLES, motivo pelo qual deve ser excluído o respectivo débito do auto de infração impugnado.

Pede a contestante que sejam acolhidas as alegações e que seja declarado extinto o crédito tributário, definido e lançado através do AUTO DE INFRAÇÃO Nº 37.189.311-9.

Voto

Conselheira Mônica Renata Mello Ferreira Stoll - Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, o lançamento decorre da ausência de retenção ou retenção inferior a 11% do valor bruto constante das notas fiscais de serviço emitidas pelas empresas BSB Grupo de Serviços, MMF Serviços de Informática e Locadora de Veículos Jardins.

A responsabilidade da empresa tomadora de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, pela retenção de 11% do valor bruto da respectiva nota fiscal ou fatura e pelo recolhimento dessa importância em nome da empresa contratada está prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91 e no art. 219 do Decreto nº 3.048/99.

No caso em exame, o Colegiado a quo acatou parcialmente as alegações da contribuinte e excluiu do lançamento o crédito referente aos serviços prestados pela empresa BSB Grupo de Serviços, mantendo os demais levantamentos do Auto de Infração.

Quanto à matéria em litígio, considerando que o Recurso Voluntário possui idêntico teor da Impugnação, que todos os argumentos trazidos pela contribuinte já foram devidamente apreciados no julgamento de primeira instância e que nenhum documento complementar foi anexado aos autos, adoto as razões de decidir do acórdão recorrido (e-fls. 277/278), conforme previsto no art. 114, §12, I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF:

No que diz respeito ao levantamento JAR - LOCADORA JARDINS, no autos, constato que, pelo objeto do contrato, locação de 02 (dois) veículos tipo automóvel, com contrato nº 420027 apresentado pela impugnante em sua defesa, anexo às fls. 151/153 dos autos, constato que, pelo objeto do contrato, locação de 02 (dois) veículos tipo automóvel, **com motorista, para atender à diretoria de Obras da CEHOP, por um período de 12 meses**, fica demonstrada a cessão de mão-de-obra, especificamente o que se refere à disposição do art. 219, §1º do Decreto nº 3048, de 1999, que assim dispõe:

Art. 219

§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:

...

XIX - operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou subconcessão; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003)

O item 1.2 do referido contrato dispõe que será assegurada à CEHOP a fiscalização na execução dos trabalhos contratados, ficando demonstrada a colocação dos motoristas à disposição da contratante.

Quanto à alegação de que há necessidade de se comprovar que não houve recolhimento da contribuição pelo contribuinte principal, não existe tal necessidade.

O art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, em vigor à época dos fatos geradores assim dispunha:

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 Lei nº 9.711, de 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 dez 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 Medida Provisória nº 351, de 2007).

Pelo dispositivo acima transcrito, constato que a obrigação de reter era inerente às empresas contratantes de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra. Em nenhum momento a lei condiciona o recolhimento da retenção ao inadimplemento do prestador. Pelo contrário, estabelece que, se a retenção for maior que os valores devidos, caberá ao prestador pedir a restituição ou efetuar a compensação. Logo, se houve recolhimento integral por parte do prestador, este recolhimento foi indevido, competindo a ele, prestador, restituir-se ou compensar-se junto à RFB.

[...]

Quanto ao argumento de que a empresa MMF Serviços de Informática LTDA é optante pelo SIMPLES e de que não caberia ser aplicada a retenção, consultando os Sistemas Informatizados da Receita Federal do Brasil, concluo que não procede tal alegação.

Constato que, nos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, a referida prestadora não era optante pelo Simples. Neste período, a empresa declarava o seu Imposto de Renda como optante pela tributação com base no Lucro presumido.

O contrato juntado aos autos pela impugnante, às fls.154 a 157, demonstra que o serviço foi prestado pela referida empresa mediante cessão de mão-de-obra pelo prazo de 365 dias, portanto os lançamentos relativos à citada empresa deverão ser mantidos.

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Mônica Renata Mello Ferreira Stoll