



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

Processo nº 10510.004449/2009-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-001.873 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de outubro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente SERVIÇO SOCIAL DO COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 31/10/2005

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO.

Consoante art. 31 da lei 8.212/91, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra ou de empreitada de construção civil, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida.

MULTA APLICÁVEL. LEI SUPERVENIENTE. APLICABILIDADE SOMENTE SE MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Os valores da multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem ao ano de 2005, o valor da multa aplicada deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para que o valor da multa aplicada seja calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao

Processo nº 10510.004449/2009-97
Acórdão n.º **2803-001.873**

S2-TE03
Fl. 3

contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art.2º. da portaria conjunta RFB/PGFN no. 14, de 04.12.2009. Vencido Conselheiro Osmar Pereira Costa.

assinado digitalmente

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Oséas Coimbra Júnior, Gustavo Vettorato, Osmar Pereira Costa, Bianca Delgado Pinheiro e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve auto de infração lavrado, referente a contribuições devidas em razão da falta de retenção de 11% do valor dos serviços constantes em notas fiscais de prestação de serviços, conforme previsto no art. 219, do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

A Decisão-Notificação – fls 116 e ss, conclui pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo o auto de infração lavrado. Inconformada com a decisão, apresenta recurso voluntário, alegando, em síntese, o seguinte:

- O Acórdão ora recorrido não apresentou fundamentação pertinente a não aceitação da tese de que esse mesmo caso já havia sido considerado em outra Autuação como impassível de Autuação (sic), pela escorreita aplicação dos dogmas legais, não gerando a imposição de multa, além da falta de apreciação quanto à imunidade tributária atribuída pela Carta Magna ao SESC.
- Constatou tanto na autuação como no r. Acórdão fustigado, como motivo determinante da lavratura do Auto, a não retenção da contribuição devida ao Órgão Previdenciário, em razão da prestação de serviços com cessão ou empreitada de mão-de-obra da empresa AFS Construções e Serviços Ltda, relativas ao período de 04/2005 a 10/2005. No entanto, a matéria presente nesta Autuação já foi motivo de intimação fiscal registrada sob o nº 0520100.2008.00984, determinando que o Recorrente esclarecesse o motivo da não retenção da contribuição social ao INSS de 11% (onze por cento), com relação à empresa Impacto Construções e Montagens Ltda, tendo o ilustre Agente Fazendário acatado a documentação e a justificativa apresentada por essa empresa. Assim, o que ocorreu na presente autuação já havia sido apreciado pelo Agente Fiscal, tendo dois casos idênticos sido decididos de maneira diversa, o que é inaceitável.
- No que diz respeito ao acatamento das justificativas e documentação da empresa Impacto Construções Ltda, sabe-se que a mesma fez um requerimento perante a Receita Federal objetivando a não retenção de 11% nos serviços de engenharia civil, quando houvesse cessão ou empreitada de mão-de-obra, o que lhe foi deferido, acarretando a precedência para casos idênticos.
- Na exposição de motivos do v. Acórdão recorrido (item 7.1), não houve a apreciação das alegações supras, tão somente por uma ausência de comprovação nos autos, o que também é inaceitável.
- O Órgão Colegiado julgador não adentrou matéria articulada pela então defesa simplesmente pela ausência de documentação, contudo,

foi citado o número da intimação fiscal e os dados da empresa envolvida e, com esses dados, há de se crer que tal documentação se encontrava nos arquivos da Receita Federal, podendo ser facilmente verificada a veracidade das alegações. . O Recorrente não apresentou a documentação, preferindo informar os dados da intimação fiscal, pois não poderia imaginar que o próprio Órgão não reconheceria documentação interna e cuja numeração foi por ele gerada.

- Nesse diapasão, entende o Recorrente que a multa atribuída no Auto de Infração ora recorrido não pode prosperar, pois seria uma penalização para um fato gerador que já havia sido apreciado em outro caso idêntico e que teve o seu desfecho favorável ao contribuinte, gerando um precedente.
- Direito a imunidade tributaria.
- Valor excessivo da multa - verdadeiro confisco tributário
- Requer o Recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado pela sua flagrante insubsistência, com o reconhecimento de que o SESC não descumpriu qualquer obrigação tributária.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Oseas Coimbra

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

DA RETENÇÃO

A presente autuação se refere a falta de retenção obrigatória de 11%, posto que não efetivada pelo contribuinte, em razão da contratação da empresa AFS Construções para a prestação de serviços de construção civil.

A responsabilidade pelo desconto e recolhimento dos valores retidos, é exclusiva do contratante, ex vi art. 31 da lei 8.212/91.

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 de mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente de mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

Sobre a obrigatoriedade da retenção, temos a previsão do §4º do artigo 31 da lei 8.212/91:

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

§ 6º Em se tratando de retenção e recolhimento realizados na forma do caput deste artigo, em nome de consórcio, de que tratam os arts. 278 e 279 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplica-se o disposto em todo este artigo, observada a participação de cada uma das empresas consorciadas, na forma do respectivo ato constitutivo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Percebe-se que a lei expressamente atribuiu ao Regulamento da Previdência Social a possibilidade de minuciar os serviços sujeitos à retenção, o que foi efetivado através do artigo 219, §2º do decreto 3.048/99

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. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 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;

IV - 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 cargas e passageiros;

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

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.

Com o fito de afastar a responsabilidade pela retenção, a recorrente alega o seguinte:

1. Autuação já foi motivo de intimação fiscal registrada sob o nº 0520100.2008.00984, determinando que o Recorrente esclarecesse o motivo da não retenção da contribuição social ao INSS de 11% (onze por cento), com relação à empresa Impacto Construções e Montagens Ltda, tendo o ilustre Agente Fazendário acatado a documentação e a justificativa apresentada por essa empresa.
2. Impacto Construções Ltda fez um requerimento perante a Receita Federal objetivando a não retenção de 11% nos serviços de engenharia civil.
3. Direito a imunidade tributaria.

O número 0520100.2008.00984 se refere ao mandado de procedimento fiscal que deu origem à ação fiscal, o que nada acrescenta à situação posta.

Eventuais esclarecimentos pertinentes a serviços prestados por outra empresa - Impacto Construções Ltda, não têm o condão de afastar o presente lançamento. Caso existissem fatos que pudessem influenciar no julgamento do presente auto, caberia a recorrente objetivamente apontá-los, com a juntada dos documentos pertinentes, conforme art. 16 do decreto 70.235/72, que transcrevo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

Acerca da imunidade pleiteada, tal tese é ineficaz *in casu*, pois as retenções obrigatórias são de responsabilidade de contribuintes imunes/isentos, posto que se trata de contribuição de terceiro, tendo a recorrente somente a responsabilidade pelo recolhimento dos valores retidos do prestador, sem arcar com o ônus da exação, uma vez que não se trata de contribuição própria, a qual poderia, em tese, ser albergada pelo favor legal.

Fica assim demonstrado que o contribuinte não trouxe nenhum elemento que afastasse sua responsabilidade pelas retenções devidas.

Dessarte, a decisão da Delegacia de Julgamento, nesse ponto, não merece reparo, estando de acordo com o ordenamento jurídico pertinente.

DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

A multa aplicada tem seu valor determinado pela legislação em vigor. A atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para sua aplicação. A presente multa encontra fundamento nos dispositivos legais trazidos no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, fls 09 e 10.

No entanto, o art. 106, inciso II, "c" do CTN determina a aplicação de legislação superveniente apenas quando esta seja mais benéfica ao contribuinte.

Os valores da multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem ao ano de 2005, o valor da multa aplicada deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para que o valor da multa aplicada seja calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte. A comparação dar-se-á no momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte e, na inexistência destes, no momento do ajuizamento da execução fiscal, conforme art.2º. da portaria conjunta RFB/PGFN no. 14, de 04.12.2009.

assinado digitalmente

Oséas Coimbra - Relator.