



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

Processo nº 11444.000400/2010-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-01.949 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de julho de 2012
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Órgãos Públicos
Recorrente MUNICÍPIO DE ASSIS PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

Ementa:

RETENÇÃO.

O contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços e recolher a importância retida, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei n.º 9.711/98.

PEDIDO DE PERÍCIA. REQUISITOS. INDEFERIMENTO.

O indeferimento do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, quando demonstrada sua prescindibilidade.

Considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora.

EDITADO EM: 17/07/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Wilson Antonio de Souza Correa, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato

CÓPIA

Relatório

O Auto de Infração de Obrigações Principais foi lavrado em 23/04/2010, com ciência pelo sujeito passivo em 28/04/2010 e refere-se às contribuições previdenciárias relativas à retenção de 11%, incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviço com cessão de mão de obra, nas competências de 01/2006 a 12/2006.

O relatório fiscal de fls. 32/35, diz que as contribuições não foram retidas pela autuada e as empresas contratadas para a prestação dos serviços foram: Everton Antonio Sala SC Ltda. e Sterlix Ambiental Tratamento de Resíduos Ltda.

Após impugnação, Acórdão de fls.261/272, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso, onde alega em síntese:

- a) que não há a obrigatoriedade da retenção porque os serviços foram prestados em regime de empreitada;
- b) que a empresa Everson Antonio Sala SC Ltda.-ME é enquadrada no SIMPLES, estando dispensada da retenção; que os serviços prestados são enquadrados como topografia;
- c) que deveria ser utilizada a legislação mais benéfica IN 69/2002, ao invés da IN 03/2005, pois aquela isentava os serviços de topografia da retenção;
- d) que não efetuou a retenção para a empresa Sterlix, porque disposição contratual atribui à prestadora o dever de manter a regularidade fiscal e que as contribuições foram recolhidas;
- e) que não há fundamentação legal para suportar a autuação, já que os serviços foram prestados por empreitada.

Requer a destituição deste AI e dos demais conexos, referente a aplicação da multa e a determinação de ofício da realização de diligências ou perícias se entendê-las necessárias.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

Cumprido o requisito de admissibilidade frente à tempestividade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

A recorrente insurge-se contra o lançamento argüindo que os serviços prestados estão isentos da retenção de 11%, incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviço porque o foram por empreitada, porque deveria ser aplicada legislação diversa da que sustentou a autuação, porque uma empresa é optante do SIMPLES e a outra está com suas contribuições regulares recolhidas.

Entretanto, da análise dos autos e documentos acostados, vê-se que não assiste razão à recorrente.

A Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra.

A partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, alterou-se a natureza jurídica da relação entre o INSS e a empresa tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra, deixando de existir a solidariedade, criando-se a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN.

O artigo 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção, determinando a observação do disposto no artigo 33, § 5º, **in verbis**:

“Art. 33. “Omissis”

...

§ 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”.

Assim, a retenção de 11% sobre o total da fatura ou nota fiscal de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra consiste em antecipação de recolhimento, feita pelo tomador do serviço em nome do prestador e caso a empresa contratante não efetue a retenção, assumirá este ônus.

Entende-se como cessão de mão-de-obra, para os fins da Lei nº 8.212/91, conforme §3º do seu art. 31, “a colocação a 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, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação”.

Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, submetendo-o às ordens do contratante, respeitados os limites do contrato. Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, desde que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços. E, por fim, serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, de natureza repetitiva, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. Difere da relação de emprego, pois não há pessoalidade da mão-de-obra cedida, conforme entendimento de Fábio Zambitte:

*“A cessão de mão-de-obra diz respeito à disponibilidade de mão-de-obra, de força de trabalho. Não há obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa. Ou seja, não há pessoalidade dos obreiros cedidos”. (Ibrahim, Fábio Zambitte, **A Retenção de 11% sobre a Mão-de-Obra**, 2000, p. 55)*

Empreitada, por sua vez, é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros ou nas da empresa contratada, tendo como objeto um fim específico ou um resultado pretendido.

Fábio Zambitte entende que na empreitada tem presença da independência funcional:

*“O trabalho do empreiteiro não é subordinado. A direção e fiscalização da obra ou da tarefa cabe ao empreiteiro, e não ao contratante. Isto não impede o dono da obra de, eventualmente, fiscalizar a obra, para verificar se esta progride a contento. Entretanto, não lhe é lícito assumir o controle da empreitada sem o rompimento contratual”. (Ibrahim, Fábio Zambitte, **A Retenção de 11% sobre a Mão-de-Obra**, 2000, p. 51)*

O que diferencia, em síntese, a cessão de mão-de-obra da empreitada é a colocação de segurados à disposição do tomador, o que se verifica através da forma de contratação dos serviços, isto é, da maneira como se dá a contratação. Se o objeto do contrato forem pessoas, segurados da Previdência Social, trata-se de uma cessão de mão-de-obra. Se o objeto do contrato for um serviço, um resultado acabado, trata-se de uma empreitada.

A distinção entre ambas é relevante, já que todos os serviços relacionados no Regulamento da Previdência Social são sujeitos à retenção quando contratados mediante cessão de mão-de-obra, mas somente os elencados nos incisos I a V sofrem retenção quando prestados mediante empreitada (art. 219, § 2º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Conforme verificado pela fiscalização, os serviços contratados pela autuada, além de estarem previstos no rol exaustivo do art. 219, § 2º, do RPS, enquadram-se à definição de cessão de mão-de-obra, conforme prescreve o art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91.

O contrato juntado aos autos, fls. 51/57, permite ver da permanência de segurados à disposição da tomadora, no caso dos serviços prestados de coleta de lixo hospitalar pela prestadora Sterlix Ambiental Tratamento de Resíduos Ltda., que se obriga ao

recolhimento diário e destinação final de resíduos hospitalares pelo prazo de um ano, podendo ser renovado por mais 5 anos, o que demonstra a necessidade contínua da prestação de serviços, com segurados à disposição da tomadora, constando inclusive do contrato que o funcionário da contratada que não corresponder à disciplina ou parte técnica deverá ser retirado do serviço em 24 horas, se assim a contratante determinar, evidenciando a clara cessão de mão de obra.

A alegação de que a contratante acima citada mantém sua regularidade fiscal, não ilide a obrigatoriedade da retenção disposta na Lei n.º 9.711/98, já que evidenciada a prestação de serviço com cessão de mão de obra.

No que se refere aos serviços prestados pela empresa Everson Antonio Sala S/C Ltda. ME, primeiramente é de se atentar que embora não conste dos autos o contrato de prestação de serviços, as notas fiscais e as notas de empenho trazidas às fls.41/48, mostram que referem-se a serviços de topografia, terraplenagem e construção de guias e sarjetas, serviços, portanto, de construção civil, na forma como disposto pelo artigo 413, da Instrução Normativa MPS/SRP n.º 03, de 14/07/2005, publicada no DOU em 15/07/2005 e vigente à época dos fatos geradores, sendo totalmente inócua a assertiva do contribuinte quanto à aplicação da Instrução Normativa INSS/DC n.º 69/2002, que já se encontrava revogada quando da emissão das notas fiscais de prestação de serviços, no exercício de 2006:

IN MPS/SRP n.º 03/2005

Art. 413. Considera-se: (

(...)

X - serviço de construção civil, aquele prestado no ramo da construção civil, tais como os discriminados no Anexo XIII;

Anexo XIII

(...)

2.13-8 OBRAS DE URBANIZAÇÃO - RUAS, PRAÇAS E CALÇADAS 4213-8/00 OBRAS DE URBANIZAÇÃO - RUAS, PRAÇAS E CALÇADAS (OBRA)

Esta Subclasse compreende:

- a construção de vias urbanas,*
- ruas e locais para estacionamento de veículos*
- a construção de praças e calçadas para pedestres*
- os trabalhos de superfície e pavimentação em vias urbanas, ruas, praças e calçadas*

(...)

4313-4/00 OBRAS DE TERRAPLENAGEM Esta Subclasse compreende:

- o conjunto de operações de escavação, transporte, depósito e compactação de terras, necessárias à realização de uma obra*

a execução de escavações diversas para construção civil

- os derrocamentos (desmonte de rochas)
- o nivelamento para a execução de obras viárias e de aeroportos"

Os serviços de construção civil estão sujeitos à retenção por ambas as formas de prestação, tanto por cessão de mão de obra como por empreitada, conforme explicita o parágrafo 4º do artigo 31, da Lei nº 8.212/91, e parágrafo 3º do artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, seguem as transcrições:

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 20/11/98) (Vide Medida Provisória nº 351, de 2007)

§ 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 da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

§ 3º Para os fins desta Lei, 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, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

§ 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 20/11/98)

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

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 20/11/98)

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.

Da leitura dos dispositivos legais supracitados, temos que os serviços prestados pela empresa Everson Antonio Sala S/C Ltda. ME, sujeitavam-se à retenção independentemente da forma como que prestados.

A alegação de que as empresas optantes pelo SIMPLES não podem sofrer retenção quando prestarem serviços por cessão de mão-de-obra não procede, primeiro porque nem a lei nem o regulamento dispensam essas empresas da retenção, segundo porque recolhem contribuições incidentes sobre a folha de serviços, precisamente as contribuições descontadas dos segurados empregados e contribuintes individuais. Logo, há contribuição, cujo recolhimento deve ser antecipado, por meio do instituto da retenção.

Embora a Instrução Normativa INSS/DC 08/2000, tenha, a partir de janeiro de 2000, considerando o custo-benefício da retenção, dispensado as empresas optantes pelo SIMPLES da obrigatoriedade da retenção, a partir de setembro de 2002, com a edição da Instrução Normativa INSS/DC 70/2002, por meio do art. 147, cuja redação foi dada pela Instrução Normativa INSS/DC 80/2002, essa retenção passou a ser novamente exigida:

INSS/DC 08/2000

Considerando o custo-benefício da retenção sobre os serviços prestados pelas empresas optantes pelo SIMPLES, de acordo com o disposto no art. 54 da Lei 8.212/91, resolve:

Art. 1º A retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada de mão-de-obra na forma do disposto no art. 31 da Lei 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei nº 9.711/98 e o Decreto nº 3.048/99, não será efetuada quando os serviços forem executados por empresas optantes pelo SIMPLES nos termos da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1.996.

IN INSS/DC 70/2002, na redação da IN INSS/DC 80/2002

Art. 147. No período de 1º de janeiro de 2000 até o dia anterior à vigência desta Instrução Normativa, a empresa optante pelo SIMPLES não está sujeita à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo emitido, quando prestar serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, na forma do disposto no art. 31 da

Lei 8.212, de 1991. (Redação dada Instrução Normativa INSS/DC nº 080, de 27.08.2002).

Tal determinação também vigorou através do art. 151 da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003 e, à época dos fatos geradores, o faz por meio do art. 142 da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, in verbis:

“Art. 142. A empresa optante pelo SIMPLES, que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002”.

Assim, apenas no período compreendido entre 01/01/2000 a 31/08/2002, as empresas optantes pelo SIMPLES não estiveram sujeitas à retenção de onze por cento sobre o valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos na prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, conforme disposições contidas na IN/INSS/DC nº 08, de 24 de janeiro de 2000, revogada pela IN/INSS/DC nº 70, de 10 de maio de 2002.

Para o período do crédito lançado nesta autuação, as normas regulamentares não deixam dúvida quanto ao fato de que as prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES estão sujeitas à retenção quando a prestação de serviços envolver cessão de mão-de-obra ou empreitada, na forma da legislação.

É totalmente despicienda a realização de diligências ou perícia para a necessária convicção no julgamento do presente recurso, em razão da natureza do lançamento, dos elementos que foram examinados e lhe deram suporte, devendo-se aplicar o disposto nas normas que disciplinam o processo administrativo tributário, *in verbis*:

DECRETO Nº 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993)

PORTARIA Nº 520, DE 19 DE MAIO DE 2004

Art. 11. A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

Portanto, indefiro o pedido de diligência e perícia, com base no artigo 11 da Portaria MPS n.º 520 de 19/05/2004, já que não se constitui em direito subjetivo do autuado e as razões expostas pela recorrente não merecem exame pericial, até porque não há qualquer apontamento onde os cálculos poderiam estar incorretos.

Ademais, considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72.

Processo nº 11444.000400/2010-01
Acórdão nº **2302-01.949**

S2-C3T2
Fl. 6

Por todo o exposto,

Voto por negar provimento ao recurso.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora

CÓPIA