



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

Processo nº 13706.000029/2008-51
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.723 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CLÍNICA SÃO CARLOS SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/12/2002

DECADÊNCIA.

Estando o período de apuração dentro do prazo quinquenal, conforme previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, não há que se falar em decadência.

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXIGIBILIDADE

Conforme artigo 31 da Lei 8.212/91, a empresa contratante deverá reter 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura e recolher o respectivo valor em nome da empresa contratada.

ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADAS.

Argumentações com ausência de prova enseja o indeferimento da pretensão, haja vista a impossibilidade de se apurar a veracidade das alegações. É mister destacar que alegações genéricas e desacompanhadas de provas não têm o condão de afastar os lançamentos, pois compete ao sujeito passivo o ônus da prova no tocante a fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão do fisco, como regra geral disposta no art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Matheus Soares Leite que dava provimento parcial para reconhecer a decadência da competência 06/2002.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

Contra o contribuinte acima qualificado, foi lavrada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito DEBCAD 37.107.975-6, que apurou o crédito tributário no montante de R\$ 125.508,06 (cento e vinte e cinco mil, quinhentos e oito reais e seis centavos).

Consta do Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD 37.107.975-6 (fls. 40/42) que a autuação é decorrente de identificação de realização de prática médica caracterizada como serviço base de incidência da retenção da alíquota de 11% sobre os serviços realizados, o que foi identificado a partir da análise de contratos e notas fiscais.

Devidamente cientificado do lançamento em 09/07/2007 (fl. 87), a Interessada apresentou impugnação tempestiva (fls. 90/109), alegando, em síntese:

(i) preliminarmente, a decadência dos fatos geradores referentes ao período de maio/1999 a junho/2002; e

(ii) no mérito, que com relação ao contrato firmado com a empresa AMCOR, não há que se falar em obrigação de retenção e recolhimento da contribuição previdenciária de 11%;

(iii) que a cobrança da contribuição de 11% somente seria validade caso a prestadora de serviços não tenha efetuado o recolhimento do tributo e se houvesse sido realizada a retenção quando da remuneração da própria prestadora de serviços; e

(iv) que restaram preenchidos os requisitos previstos na Instrução Normativa SRP nº 03/2005 no que tange à dispensa da obrigatoriedade de retenção da contribuição previdenciária de 11%.

Ao final, requer: (a) o reconhecimento de que a relação contratual existente entre a Interessada e a empresa AMCOR não se caracteriza como prestação de serviços mediante cessão de mão de obra; (b) que a exigência de recolhimento da contribuição de 11% somente pode recair sobre a tomadora de serviços na hipótese de ter havido a retenção e se a prestadora de serviços não tiver recolhido a contribuição devida; e (c) que a Impugnante estava

dispensada da retenção e do recolhimento da contribuição, nos termos da Instrução Normativa nº 03/2005.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (RJ) lavrou Decisão Administrativa contextualizada no Acórdão nº 12-21.293 **da 10ª Turma da DRJ/RJO1**, às fls. 149/157, mantendo lançamento procedente em parte. Recorde-se:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

Período de apuração: 01/05/1999 a 30/06/1999, 01/08/1999 a 30/11/1999, 01/01/2000 a 31/05/2000, 01/08/2000 a 31/01/2001, 01/03/2001 a 31/03/2001, 01/05/2001 a 31/05/2001, 01/09/2001 a 30/09/2001, 01/01/2002 a 31/12/2002.

DECADÊNCIA PARCIAL. RETENÇÃO DE 11%. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EXIGIBILIDADE. ONUS DA PROVA. CRÉDITO LANÇADO NA TOMADORA.

I - O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 05 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

II - A empresa contratante deverá reter 11%(onze por cento) sobre o valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo, e recolher a importância retida em nome da empresa contratada até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

III - Alegações desprovidas das respectivas provas não ensejam revisão do lançamento.

Lançamento Procedente em Parte”

Inconformada com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, a Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 163/177, argumentando o que segue:

(i) Que se operou a decadência com relação aos fatos geradores ocorridos até junho/2002;

(ii) Que a relação contratual entre a Recorrente e a empresa AMCOR não é de cessão de mão de obra e, portanto, não há que se falar em sua obrigação em recolher a contribuição previdenciária de 11%;

(iii) que a cobrança da contribuição de 11% somente seria validade caso a prestadora de serviços não tenha efetuado o recolhimento do tributo e se houvesse sido realizada a retenção quando da remuneração da própria prestadora de serviços; e

(iv) que restaram preenchidos os requisitos previstos na Instrução Normativa SRP nº 03/2005 no que tange à dispensa da obrigatoriedade de retenção da contribuição previdenciária de 11%.

Deste modo, pleiteia a declaração de nulidade do auto de infração e que seja reconhecida a improcedência do crédito tributário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa- Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

A Recorrente foi cientificada da r. decisão em debate no dia 25/03/2009 conforme Aviso de Recebimento às fls. 162, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, no dia 24/04/2009, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DA PRELIMINAR

2.1 Decadência

O acórdão de primeira instância reconheceu a decadência com relação às contribuições previdenciárias lançadas no período de 05/1999 a 05/2002.

Contudo, inconformada com a referida decisão, a Recorrente sustenta em seu Recurso Voluntário que a notificação do lançamento ocorreu em 09/07/2007, data que deveria ser considerada para fins de contagem do prazo decadencial.

Em se tratando de decadência referente a contribuições previdenciárias, deve ser destacado que a Súmula Vinculante nº 8 do STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91, que previa o prazo de decadencial de 10 (anos) para créditos previdenciários, *in verbis*:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Assim, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei 8.212/91, a constituição do crédito referente às contribuições previdenciárias devem respeitar o prazo decadencial revisto no Código Tributário Nacional com a aplicação do disposto no artigo 150, § 4º ou 173, I, do CTN.

Embora a Recorrente tenha discordado acerca dos fatos geradores sobre os quais o acórdão de primeira instância reconheceu a decadência, não há como acolher a sua tese.

Entendo que o início do prazo para contagem do prazo decadencial ocorreu no momento da notificação do contribuinte - 09/07/2007, entretanto, diferente do decidido pela instância *a quo*, entendo que o dispositivo que deve ser aplicado para a análise da decadência é o artigo 173, inciso II do CTN, tendo em vista que o pagamento considerado pela DRJ para aplicação do artigo 150, parágrafo 4º do CTN, foi efetuado pela empresa substituída (AMCO) e não pela autuada (Clínica São Carlos), entendimento que, *s.m.j*, não encontra amparo legal.

Registre-se que, como não foi apresentado Recurso de Ofício nesse particular, entendo que a matéria não foi devolvida para análise por este Colegiado, razão pela qual não me manifesto quanto ao período deferido pela DRJ.

Desta forma, nego provimento ao pedido de decadência com relação aos fatos geradores ocorridos em junho/2002.

3. DO MÉRITO

3.1 Da prestação de serviços – Cessão de Mão de Obra

A Recorrente sustenta que a relação contratual existente com a empresa AMCOR não se trata de cessão de mão de obra e, portanto, não poderia ser condenada ao recolhimento de contribuição previdenciária na alíquota de 11%.

Contudo, a tese recursal não merece acolhimento.

A cessão de mão de obra é definido pelo artigo 219, § 1º, do Regulamento da Previdência Social, que expõe o seguinte:

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.

De acordo com o Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 40/42), restou amplamente comprovado que o contrato com a empresa AMCOR se refere à cessão de mão de obra e à prestação de serviços médicos. Recorde-se:

Examinando o contrato com a AMCOR, cópia anexa, de acordo com os ditames legais que norteiam a relação jurídica entre tomador e prestador na execução de serviços sob a forma de cessão e/ou empreitada, restou comprovado o exercício do contrato como sendo cessão de mão de obra.

Trata o contrato de prestação de serviços médicos, onde a contratada se compromete a manter equipe permanente, através de um médico plantonista na Unidade de Terapia Intensiva, 24 h/dia; um médico plantonista de 07 h às 19 h para atendimento aos pacientes internados na Clínica e um médico responsável pela chefia, rotina e gerência médica, mediante pagamento de honorários profissionais estipulado em percentual sobre o total bruto recebido dos pacientes.

Nesse sentido, o caso aqui debatido se enquadra no disposto no artigo 31 da Lei 8.212/91, que prevê a retenção, por parte da empresa contratante de serviços de cessão de mão de obra, de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços em nome

da empresa cedente da mão de obra, até o dia 20 do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal ou fatura.

Desta forma, estando comprovada a existência de cessão de mão de obra, era dever da Recorrente efetuar a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura referente ao contrato existente com a empresa AMCOR.

Assim, diante da ausência de comprovação acerca dos argumentos lançados na peça recursal, não há como se acolher a tese ali apresentada.

Portanto, nego provimento ao Recurso Voluntário, nesse ponto.

3.2 Da responsabilidade pela retenção

A Recorrente se insurge contra o acórdão de primeira instância argumentando que ainda que se considerasse a existência de contrato de cessão de mão de obra, esta somente poderia ser obrigada a efetuar o recolhimento caso tivesse sido comprovado que a prestadora de serviços não recolheu a exação ou se fosse impossível a exigência do referido recolhimento em face da cedente da mão de obra e se tivesse sido feita a correspondente retenção quando da remuneração da Recorrente à contratada (prestadora de serviços).

Todavia, as referidas alegações não merecem acolhimento.

Conforme exposto alhures, o presente caso se trata de recolhimento de contribuições previdenciárias referentes à cessão de mão de obra. O artigo 31 da Lei 8.212/91 apresenta uma obrigação referente à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura. Nesse sentido, assim expõe o referido artigo:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, 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 até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

Na presente situação, não foram constatadas as devidas retenções nas notas fiscais de serviços emitidas pela empresa prestadora de serviços, conforme amplamente exposto no Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 40/42).

Ora, a obrigação da Recorrente de recolher as contribuições previdenciárias de 11% não está condicionada à qualquer obrigação da empresa AMCOR, conforme tenta defender em seu Recurso Voluntário.

Sendo assim, nego provimento ao Recurso Voluntário, nesse ponto.

3.3 Da dispensa de retenção

A Recorrente sustenta que preenche os requisitos previstos na Instrução Normativa SRP 03/2005 para a dispensa da obrigatoriedade de retenção da contribuição previdenciária de 11% e que apenas os profissionais médicos sócios da EMCOR utilizaram suas instalações hospitalares.

Contudo, a tese recursal não merece acolhimento.

A Recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório de demonstrar a veracidade de suas alegações, sendo certo que a documentação juntada aos autos não corrobora com sua tese.

Em que pese a Recorrente sustentar suas alegações com base na declaração de fls. 138, deve ser destacado que o referido documento se trata de período diverso ao discutido neste procedimento administrativo, sendo inviável sua utilização como meio de prova.

Ora, não restou demonstrado que apenas os sócios da AMCOR utilizaram suas instalações hospitalares e nem que a Recorrente foi dispensada da retenção da contribuição de 11%.

É mister destacar que alegações genéricas e desacompanhadas de provas não têm o condão de afastar os lançamentos, pois compete ao sujeito passivo o ônus da prova no tocante a fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão do fisco, como regra geral disposta no art. 373, II, do Código de Processo Civil vigente.

Portanto, era dever da Recorrente apresentar documentação comprobatória das suas alegações, ônus do qual não se desincumbiu.

Assim, diante da ausência de comprovação acerca dos argumentos lançados na peça recursal, não há como se acolher a tese ali apresentada.

Desta forma, nego provimento ao Recurso Voluntário também nesse particular.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário, para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO** nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.