



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

Processo nº 13770.001077/2007-11
Recurso nº 246.008 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.550 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2010
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente HOSPITAL METROPOLITANO S/A
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM VITÓRIA/ES

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2005 a 30/06/2006

**DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES INSUFICIÊNCIA.
NULIDADE DO LANÇAMENTO.**

O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade.

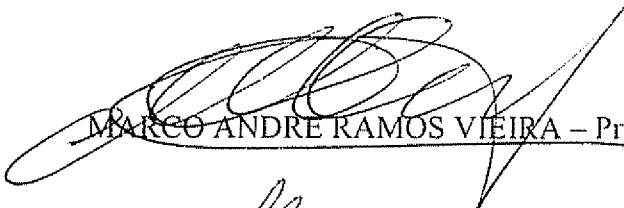
CERCEAMENTO DE DEFESA - RETENÇÃO CESSÃO DE MÃO DE OBRA. Art. 31 da Lei nº 8.212/91. Deve ser anulado o lançamento que resultar em prejuízo para o direito de defesa do sujeito passivo. A existência de serviços prestados sujeitos à retenção deve ser evidenciada

Processo Anulado

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos dos presentes, em anular o lançamento. O Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior acompanhou o relator pelas conclusões, entendendo que há vício material. Vencido o Conselheiro Thiago D'Ávila Melo Fernandes que votou pelo provimento do recurso.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA – Presidente


LIEGE LACROIX THOMASI - Relatora



Participaram do presente julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi, Arlindo Costa e Silva, Thiago D'ávila Melo Fernandes, Manoel Coelho Arruda Júnior, e Marco André Ramos Vieira (presidente). Ausente a Conselheira Adriana Sato.

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário referente à retenção dos 11% incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviços, nas competências de 10/2005 a 06/2006, emitidas pelas empresas relacionadas na fl. 25, do processo.

O relatório fiscal de fls. 24/26, diz que as contribuições incidentes sobre o pagamento de serviços prestados mediante cessão de mão de obra não foram retidas, embora persista a obrigatoriedade do recolhimento das mesmas. Aduz que os serviços prestados foram de Reforma- Construção Civil e os valores foram apurados com base nas notas fiscais de serviços, nos contratos de prestação de serviços e nos registros contábeis da notificada.

Após a apresentação de defesa, Decisão-Notificação julgou o lançamento procedente.

Irresignada com a decisão, a notificada interpôs recurso tempestivo, alegando em síntese:

- a) Que é inconstitucional o disposto pelo artigo 219 do Regulamento da Previdência Social;
- b) Que a atividade de construção civil não se enquadra na definição de cessão de mão de obra, porque há também o emprego de materiais e equipamentos, descaracterizando o conceito legal de cessão;
- c) Que o decreto extrapolou a lei ao impor outros serviços como prestados com cessão de mão de obra;
- d) Que não estava obrigada à retenção, pois os contratos listados pela fiscalização correspondiam à construção de obra por administração;
- e) Que é impossível a responsabilização solidária antes da fiscalização do devedor principal;
- f) Que a responsabilidade pelo recolhimento é das empresas prestadoras de serviço; sendo a recorrente apenas um cliente;
- g) Que a jurisprudência atual afirma que sempre se deve proceder a fiscalização da prestadora antes da tomadora;
- h) Que o administrador deveria ter buscado a verdade material antes da constituição do crédito;
- i) Que a taxa SELIC não pode ser aplicada frente à sua inconstitucionalidade.

Requer o provimento do recurso para que seja tornada insubsistente a notificação, assegurando-lhe a realização de prova documental para demonstrar o recolhimento das contribuições, por parte das empresas contratadas, ou, alternativamente que sejam recalculados os juros.



É o relatório.

Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, ressalta-se que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

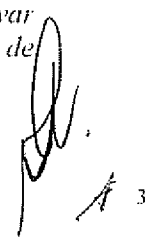
“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional ”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, os Conselhos de Contribuintes se auto-impuseram com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes):

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade



Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007:

"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária"

Quanto ao mérito do lançamento, o relatório fiscal explicita que se refere a retenções de 11% incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviços, que não foram objeto de recolhimento por parte da recorrente, na condição de tomadora desses serviços. Aduz, o relatório, que não houve o destaque nas notas fiscais, que as importâncias não foram retidas e que os serviços prestados foram de reformas.

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, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.711/1998, diz que a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá proceder à retenção incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da cedente de mão-de-obra:

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 MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98.

De acordo com o parágrafo 3, do artigo 31, da Lei n. 8.212/91 e parágrafo 1, do artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, entende-se como cessão de mão de obra 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.

O parágrafo 2, do mesmo artigo, lista os serviços que se sujeitam à retenção quando prestados com cessão de mão de obra, entre os quais figura a construção civil:

2ª 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;*

4



IV - serviços rurais;

V - digitação e preparação de dados para processamento;

...

E, o parágrafo 3, esclarece que os serviços de construção civil estão sujeitos à retenção, independentemente da forma como forem contratados, se por cessão de mão de obra ou por empreitada

...

§ 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.

Uma vez que a obrigação de reter e recolher o valor retido quando do pagamento pelos serviços prestados somente surge nas hipóteses previstas na legislação tributário-previdenciária, faz-se necessária a demonstração nos relatórios de auditoria fiscal das características capazes de se impor ao contratante a exigência fiscal.

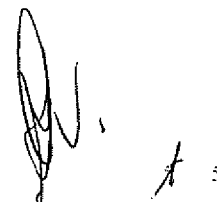
A descrição de serviços prestados por cessão ou empreitada de mão de obra não é suficiente para o lançamento tributário. A autoridade fiscal deve demonstrar que o serviço se subsume ao descrito no artigo 219, §§2º e 3º do Decreto nº 3.048, de 06/05/99.

Todavia, no presente processo não há como se evidenciar a prestação de serviços para sustentar o lançamento. Não há nos autos provas da prestação de serviço sujeita à retenção. Não foram juntadas as notas fiscais com a descrição dos serviços prestados, nem os contratos havidos para afastar a alegação da recorrente de que os mesmos são apenas de administração de obras.

Muito embora os serviços prestados na construção civil estejam sujeitos à retenção de 11%, quando contratados com cessão de mão de obra ou por empreitada, na forma descrita pelo artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, é imprescindível que o relatório fiscal traga os fatos que levaram ao lançamento, ou, no caso de não apresentação ou apresentação deficiente de documentos, isto também deve estar relatado e devidamente fundamentado para que se proceda ao arbitramento do crédito lançado, o que efetivamente não ocorreu no presente processo.

Analisando os autos verifiquei que o relatório fiscal não evidenciou a caracterização dos serviços prestados, nem a forma pela qual foram prestados, fato este que impossibilitou a defesa da recorrente.

A fiscalização deve comprovar, quando do lançamento, a existência da cessão de mão de obra nos moldes descritos pela legislação. O ônus de demonstrar a natureza da cessão de mão de obra é da fiscalização. Devem ser juntados aos autos os contratos existentes entre as partes comprovando a forma de contratação, além da descrição dos serviços prestados com os elementos caracterizadores da prestação de serviço com cessão de mão de obra, ou seja: que o prestador de serviços ou contratado tenha colocado segurados à disposição do tomador ou contratante; que tais segurados tenham permanecido à disposição nas dependências do tomador (contratante) ou na de terceiros; que tenham realizado serviços contínuos, repetindo-se periódica ou sistematicamente.



É de se atentar que tal necessidade não se impõe por simples formalismo, mas é importante para evitar o cerceamento do direito de defesa por parte do contribuinte, uma vez que, ausentes no relatório fiscal os requisitos da prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra, coloca-se sobre a ele o peso desproporcional de tentar produzir sua defesa sem saber exatamente o que lhe está sendo cobrado.

Pelo exposto, não é possível, com base nas informações trazidas no relatório fiscal, concluir acerca da obrigatoriedade da retenção sobre as notas fiscais de serviço relacionadas às fls. 09 e 10, do processo.

Um dos princípios que sustenta o processo administrativo fiscal é o da verdade material e, por este princípio, o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração do crédito. Portanto, a conduta da autoridade fiscal, em prol da verdade material, deve proceder no sentido de verificar se a hipótese abstratamente prevista na norma de direito material, efetivamente ocorreu. Nesse sentido, tem que trazer no relatório fiscal todos os dados, informações e documentos a respeito da real caracterização da cessão de mão-de-obra, ou, no caso, da prestação de serviço na construção civil.

A falta de caracterização de que os serviços prestados se sujeitam à retenção prevista na Lei nº 9.711/98, por si só gera o cerceamento de defesa do contribuinte e conseqüentemente a anulação do lançamento, nos termos do inciso II, do artigo 59, do Decreto 70.235/72.

Por todo o exposto, voto para ANULAR a NFLD.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2010.


LIEGE LACROIX THOMASI - Relatora


x 6