



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 02 / 05 / 08  
Sime Alves de Oliveira  
Mat.: Sape 577862

CC02.C06  
Fls. 222

**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

<b>Processo nº</b>	13881.000129/2007-76
<b>Recurso nº</b>	145.157 Voluntário
<b>Matéria</b>	RETENÇÃO 11%
<b>Acórdão nº</b>	206-00.446
<b>Sessão de</b>	14 de fevereiro de 2008
<b>Recorrente</b>	AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
<b>Recorrida</b>	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicação no Diário Oficial de 30  
de 15 / 05 / 08  
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/12/2003 a 30/07/2005

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO –  
CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA – RETENÇÃO 11%.

A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 13881.000129/2007-76  
Acórdão n.º 206-00.446

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02/05/08	
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877882	

CC02/C06  
Fls. 223

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

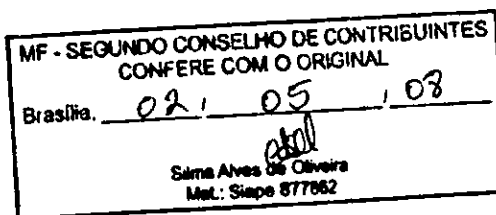
Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, referente à obrigação do contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviço.

Consta do Relatório da NFLD (fls. 43 a 52) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa PUIPIO ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS S/C LTDA, sem, contudo, efetuar a retenção de 11% do valor bruto das notas/faturas emitidas pela contratada, contrariando o disposto na Lei 9.711/98 e nas Ordens de Serviço nº203/99, nº 209/99 e IN's 69/2002, 100/2003 e 03/2005.

A autoridade notificante relata também que a recorrente não apresentou o competente Contrato de Prestação de Serviços bem como parte das notas fiscais arroladas, prejudicando a determinação das condições e forma de execução dos serviços e impossibilitando a redução da base de cálculo tributável.

Informa que as notas fiscais, faturas e recibos não apresentados foram apurados diretamente dos lançamentos contábeis e que foram consideradas para dedução do levantamento fiscal as GRPS/GPS apresentadas com código de pagamento 2631.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 78 a 159, alegando, em síntese, cerceamento de defesa por falta de tempo hábil para elaboração da defesa de 120 notificações, inexistência da cessão de mão-de-obra, prestação de serviços por pessoa jurídica sem empregados, dispensa de retenção em razão da prestadora ser optante do SIMPLES, cobrança em duplicidade e tributação de valores indevidos, extinção da responsabilidade do tomador de serviço e inaplicabilidade de juros moratórios com base na taxa Selic.

Da análise da defesa, o processo foi convertido em diligência e a autoridade notificante se manifestou, conforme despacho de fls.164 a 166, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção e informando que os documentos juntados na impugnação em nada modificaram o entendimento inicial, já que o contrato é extremamente sucinto e genérico, o período do débito não se enquadra na dispensa de retenção prevista no art. 142 da IN 03/05 e a declaração dada pelo escritório de contabilidade não é elemento suficiente para afastar a obrigatoriedade da retenção.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 174 a 180, defendendo que deveria ter sido reaberto prazo de defesa de 15 dias à impugnante, e não de apenas 10 dias como ocorreu, já que a nova manifestação da auditoria fiscal trouxe a própria fundamentação do lançamento, pressuposto de validade do ato administrativo.

Alega que jamais se recusou a colaborar com a auditoria, afirmando que, no curso da ação fiscal, disponibilizou todos os documentos que pôde amealhar a respeito das contratações de serviços prestados no período fiscalizado, sendo que a documentação que teve que providenciar junto aos prestadores de serviço foram anexados à impugnação.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
Silma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 877862

Defende que, ao contrário de que entende a fiscalização, se não existe elementos caracterizadores da cessão de mão-de-obra presume-se que não existiu cessão, não havendo nada na espécie que autorize a inversão do ônus da prova, ou que justifique a presunção levada a cabo pela auditoria fiscal.

Sustenta que, independente da IN 03/2005, a retenção não pode ser exigida pois o sistema de arrecadação destinada aos optantes do SIMPLES é incompatível com o regime de retenção da LEI 9.711/98.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação n.º 21.437.4/0108/2007 (fls. 182 a 193), julgou o lançamento precedente, ressaltando que os prazos para impugnação não podem ser prorrogados, nos termos do ar. 35, da Portaria 520/2004 e informando que não há como acolher a solicitação de produção de prova documental e indeferiu o pedido de perícia.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 200 a 217), repetindo basicamente as alegações trazidas na impugnação e após a manifestação fiscal.


Preliminarmente, insiste que deveria ter sido concedido novo prazo de 15 dias para apresentação de defesa pois a manifestação da auditoria após a impugnação não configura mero encerramento de instrução do processo, e sim o próprio lançamento, pois só ali foram arrolados os fundamentos que conferem a validade ao ato administrativo do lançamento, não bastando, portanto, a abertura de prazo de dez dias para colher simples manifestação da notificada.

Reitera que é descabida a presunção de existência de mão-de-obra e que não basta a IN 03/05 prever que os serviços administrativos constituiriam caso de retenção, pois é imprescindível a demonstração, pela auditoria fiscal, de que as atividades em mira preencheriam os pressupostos da cessão, concluindo que nada há nos autos que autorizasse a inversão do ônus da prova.

Cita o art. 142 do CTN e a doutrina para tentar demonstrar que sem a prova do evento ocorrido no mundo fático, não há que se falar em fato tributário típico ou tributo imputável ao sujeito passivo e defende que o lançamento de ofício e inversão do ônus da prova com base no art. 233 do RPS não são cabíveis, já que todos os documentos de que a recorrente dispunha foram apresentados.

No mérito, insiste que não houve cessão de mão-de-obra, pois os serviços prestados, conforme elementos colocados à disposição da auditoria, não preenchem os requisitos do § 3º, do art. 31, da Lei 8.212/91, quais sejam, colocação dos serviços à disposição do contratante e prestação de serviços contínuos, e que, como se extrai da própria natureza do serviço contratado, a prestação de resultado depende da capacidade técnica da prestadora de serviços.

Sustenta que os argumentos de que a recorrente teria se utilizado de grande quantidade de serviços prestados por terceiros que seriam de necessidade permanente da empresa não suprem a deficiência do lançamento que, conforme advertira a Seção do Contencioso de São José dos Campos, veio desacompanhado de demonstração tópica de elementos objetivos de convicção.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	02 / 05 / 08
 Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sisppe 877862	

CC02/C06 Fls. 226
----------------------

Destaca que os serviços em causa foram prestados pelo próprio sócio titular da empresa, sem o concurso de empregados, hipótese que a própria IN 100/03 e IN 03/05 dispensam a retenção, e que se o texto constitucional prevê que a contribuição previdenciária devida pelo empregador incide sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos a pessoas físicas que lhe preste serviço, nos casos em que o serviço é prestado pelo próprio sócio e o prestador de serviços não possui nenhum funcionário, não há que se falar em retenção.

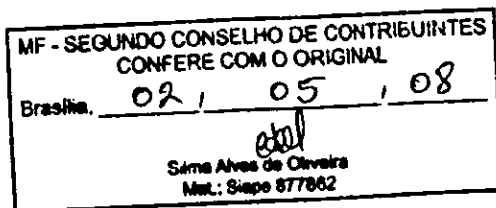
Reafirmar que a empresa prestadora dos serviços era optante do SIMPLES desde set/2003, e traz a jurisprudência e a doutrina para sustentar o entendimento de que não é somente no período de jan/2000 a ago/2002 que o instituto da retenção não se aplica às empresas optantes do SIMPLES, e alega que a IN 70/02 desbordou nitidamente os limites de sua competência, e as IN's 209/99, 100/03 e 03/2005 ultrapassaram de sua competência regulamentadora, o que as tornam inaplicáveis.

Insiste na cobrança em duplicidade, sob o argumento de que os auditores, em seu levantamento, entendendo que a empresa não teria procedido às retenções, tomaram o valor líquido constantes dos registros contábeis pelo valor bruto das notas e destacaram mais 11% sobre esses valores que, na verdade, já haviam sido objeto dessa retenção e reitera que houve equívoco na apuração da base de cálculo, pois foram tributados valores que não guardam nenhuma relação com a hipótese de incidência da contribuição em causa, como adiantamentos aos prestadores para pagamento de vale-transporte e vale-refeição.

Repete as razões de defesa sobre a inaplicabilidade de juros SELIC, acrescentando o argumento de que a competência para apreciação da legalidade ou constitucionalidade de atos normativos não é exclusiva do Poder Judiciário, devendo a autoridade administrativa, ao se deparar com arguições de ilegalidade, deve julgar o caso concreto, apreciando a lei em conformidade com a Constituição.

A SRP não ofereceu contra-razões.

É o Relatório.



## Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e está acompanhado do depósito recursal (fs. 218).

Da análise das razões recursais trazidas pela recorrente, registro o que se segue.

Preliminarmente, a recorrente alega cerceamento de defesa por não ter sido reaberto o prazo de defesa de quinze dias após manifestação do fiscal notificante.

Como foi concedido dez dias para manifestação da recorrente, contados da data da sua ciência do referido despacho fiscal, e como não há previsão legal para prorrogação do prazo de apresentação de defesa, ela reclama, na verdade, por mais cinco dias para apresentar defesa.

Contudo, é oportuno registrar que os argumentos trazidos em sede recursal, em 13/06/2007, são basicamente os mesmos apresentados após a manifestação fiscal, em 09/02/2007. Portanto, não seriam cinco dias que fariam diferença, já que em mais de quatro meses a recorrente não inovou em suas razões ou apresentou elementos que ensejassem a revisão do lançamento.

Verifica-se, também, dos autos, que a notificação se deu em 27/04/2006 e a cientificação da DN em 14/05/2007. Ou seja, decorrido mais de um ano da lavratura da NFLD, a recorrente não apresentou documentos ou provas capazes de demonstrar cabalmente a inexistência de cessão de mão-de-obra nos serviços prestados. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, já que a recorrente poderia ter trazido a documentação aos autos para fazer prova de suas argumentações.

Sendo assim, rejeito a preliminar suscitada.

A fiscalização constatou que a empresa AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A não efetuou a retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pela empresa prestadora de serviço por ela contratada, a PUIPO ADMINISTRAÇÃO DE SERVIÇOS S/C LTDA.

Em suas razões recursais, a notificada alega que não houve cessão de mão-de-obra e defende que não basta a IN 03/05 prever que os serviços administrativos constituiriam caso de retenção, pois é imprescindível a demonstração, pela auditoria fiscal, de que as atividades em mira preencheriam os pressupostos da cessão, concluindo que nada há nos autos que autorizasse a inversão do ônus da prova.

Entretanto, apesar de solicitado por meio de TIAD, ela não apresentou, durante a ação fiscal, o contrato de prestação de serviços e demais documentos necessários ao correto enquadramento do tipo de serviço prestado. Ao proceder dessa forma, a recorrente impossibilitou ao fiscal a demonstração da existência ou não de cessão de mão-de-obra no serviço prestado. Portanto, houve a inversão do ônus da prova, cabendo à recorrente comprovar o que alega.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02/05/08	
Sílvia Alves de Oliveira Mat. S/ape 877662	

A recorrente entende que é incabível ao caso a inversão do ônus da prova cogitada pela decisão recorrida com base no art. 233 do RPS pois apresentou todos os documentos de que dispunha.

Porém, conforme deixou claro a autoridade fiscal, o ônus da prova recaiu sobre a notificada pelo fato de não ter sido apresentado o contrato de prestação de serviços relacionados com o presente lançamento e outros documentos necessários ao deslinde da questão, e não “todos os documentos de que dispunha”, conforme entendeu de forma equivocada a recorrente.

A própria notificada reconhece que o tipo de serviço prestado pela PUPPIO está sujeito à retenção prevista no art. 31, da Lei 8.212/91 pois declara nos itens 29/30 de sua peça recursal (fl. 212), que os valores da base de cálculo considerados pela auditoria está equivocada pois a recorrente já havia procedido regularmente às retenções devidas de 11% sobre esses valores.

Contudo ela apenas alega que já “havia procedido a retenção” sem, contudo provar o alegado. Porém, não basta alegar. Mesmo porque não consta das notas fiscais de prestação de serviço o destaque da retenção.

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço que se enquadra na situação prevista no art. 219, do Decreto 3.048/99 e a falta da retenção e do contrato da prestação do serviço, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991:

“Art. 33.

(...).

*§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.”*


O contrato de Prestação de Serviços apresentado na impugnação (fl. 128) corrobora o entendimento de que os serviços prestados se enquadram no conceito legal de cessão de mão de obra, pois foi firmado por prazo indeterminado, com pagamento mensal, para realizar serviços administrativos, organização de arquivos e rotinas gerais.

E serviços contínuos são aqueles definidos na IN 100/03, ou seja:

“Art. 152. (...).

(...).

*§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.”*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Siape 877862	

Assim, entendo que restou caracterizada a situação prevista no art. 31, da Lei 8.212/91, bem como a obrigatoriedade de a recorrente efetuar a retenção de que trata o referido dispositivo legal.

A empresa entende, ainda, que estaria dispensada da retenção pois, conforme declarações da Etecon Processamento Contábil S/S Ltda, os serviços foram prestados pelo próprio sócio titular da contratada, sem o concurso de empregados.

Todavia, a legislação previdenciária que tratava do instituto da retenção à época da ocorrência do fato gerador que ensejou a presente NFLD, assim dispunha:

“IN 100/2003

(...).

*Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:*

*I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;*

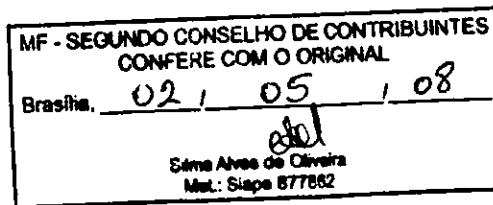
*II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;*

*III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.*

*§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição. (grifei).*

*§ 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, profissional de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais ou consignando o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.*

*§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, entre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos,*



*farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos."*

Dessa forma, a recorrente só estaria desobrigada de efetuar a retenção se atendesse, cumulativamente, ao disposto no inciso II do art. 157 da IN 100/2003 transcrito acima. Porém, a notificada não comprova, nos autos, que a contratada não possui empregados, ou que o seu faturamento do mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

Em relação ao fato de a empresa contratada ser optante do SIMPLES, o art. 151 da referida IN 100/2003 assim dispõe:

*"Art. 151. 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."*

Portanto, no período do débito, de 02/2004 a 02/2005, a notificada estava obrigada, sim, a efetuar a retenção sobre o valor bruto da nota fiscal emitida pela prestadora.

A recorrente entende que não é somente no período de jan/2000 a ago/2002 que o instituto da retenção não se aplica às empresas optantes do SIMPLES, e alega que a IN 70/02 desbordou nitidamente os limites de sua competência, e as IN's 209/99, 100/03 e 03/2005 operaram *contra legem*, o que as tornam inaplicáveis.

Todavia, cumpre destacar que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *"o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica"*

Quanto ao argumento de que houve equívoco na apuração da base de cálculo, pois foram tributados valores que não guardam nenhuma relação com a hipótese de incidência da contribuição em causa, como adiantamentos aos prestadores para pagamento de vale-transporte e vale-refeição, a referida IN 100 assim dispôs sobre a matéria:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 / 05 / 08	
 Síme Alves de Oliveira Mat.: Sisppe 877862	

*“Art. 161. Poderão ser deduzidas da base de cálculo da retenção as parcelas que estiverem discriminadas na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, que correspondam: (grifei).*

*I - ao custo da alimentação in natura fornecida pela contratada, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), conforme Lei n.º 6.321, de 1976;*

*II - ao fornecimento de vale-transporte de conformidade com a legislação própria.*

*Parágrafo único. A fiscalização do INSS poderá exigir da contratada a comprovação das deduções previstas neste artigo.”*

E como não consta, nas notas fiscais apresentadas, a discriminação das parcelas referidas acima, e como mais uma vez a recorrente apenas alega, mas não prova, que os valores apurados pela auditoria estão equivocados, não há que se falar em dedução da base de cálculo da retenção.

A empresa alega, também, que a aplicação da taxa SELIC é ilegal e defende que a autoridade administrativa, ao se deparar com argüições de ilegalidade, deve julgar o caso concreto, apreciando a lei em conformidade com a Constituição.

Porém, cumpre esclarecer que o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF n.º 147/2007, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 49.

Ademais, o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, nos termos do art. 19 do referido Regimento Interno, por meio do Enunciado 03/2007, transcrito a seguir:

*“É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”*

Nesse sentido e,

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

**VOTO no sentido de CONHECER do recurso para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008

  
**BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS**