



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

Processo nº 15586.001214/2007-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.936 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2017
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA
Recorrente INST. DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO ESPÍRITO SANTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 30/06/2007

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%.

A empresa tomadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra é obrigada a reter e recolher, em nome da contratada, 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a teor do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.711/99.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário para, na parte conhecida, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Andrea Brose Adolfo - Presidente Substituta

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: ANDREA BROSE ADOLFO, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, FABIO PIOVESAN BOZZA, JORGE HENRIQUE BACKES, ALEXANDRE EVARISTO PINTO e MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que, por maioria, julgou procedente autuação fiscal com ciência em 04/12/2007 para constituição de crédito correspondente à retenção de 11% sobre serviços prestados por cessão de mão de obra. Segue transcrição de trechos da decisão recorrida:

Decisão recorrida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 30/06/2007

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%.

A empresa tomadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra é obrigada a reter e recolher, em nome da contratada, 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a teor do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.711/99.

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de leis e atos normativos é prerrogativa do Poder Judiciário, não sendo a instância administrativa competente para tanto.

...

A inclusão dos serviços supra citados no rol dos sujeitos à retenção em questão, se contratados mediante cessão de mão-de-obra, encontra respaldo na seguinte fundamentação legal explicitada pela fiscalização:

a) Serviços prestados pela Pedra e Cal Engenharia Ltda em 04/2003: art. 102, III, da Instrução Normativa INSS/DC nº 71, de 10 de maio de 2002;

b) Serviços prestados pela Associação Amigos dos Deficientes Físicos de 08/2004 a 07/2005: art. 154, V e VI, e art. 155, XXIV, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003;

c) Serviços prestados pela Associação Amigos dos Deficientes Físicos de 08/2005 a 06/2007: art. 145, V e VI, e art. 146, XXIV, da Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005.

...

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde se reiteram as alegações trazidas na impugnação:

Afirma que os valores dos da ação fiscal foram devidamente recolhidos pelas empresas contratadas no prazo devido, conforme documentação obtida após a fiscalização diretamente com a cedente de mão-de-obra e anexada a este processo, não sendo lícito cobrar da notificada os valores já quitados somente sob o fundamento de que esta não realizou a retenção no momento oportuno. Defende que essa cobrança consiste em enriquecimento sem causa do Órgão Federal exeqüente, "que receberia em dobro o valor referente às contribuições devidas, em prejuízo do erário estadual responsável pela manutenção da Autarquia ora impugnante". Ressalta ainda que o equívoco quanto à ausência da retenção pela impugnante se deu em virtude de as empresas prestadoras de serviço não terem destacado o valor da retenção nas respectivas notas fiscais.

Alega que, mesmo se as contribuições não tivessem sido integralmente recolhidas pelas empresas prestadoras de serviço, não haveria responsabilidade da impugnante quanto ao suposto débito, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 33, §5º, da Lei 8.212/91.

...

E ainda que:

Em primeiro plano, porque ao contrário do fundamento expendido na decisão recorrida, não seria necessária uma ação fiscal nas empresas contratadas, com levantamento de documentos, a fim de se aferir os recolhimentos previdenciários incidentes sobre as faturas de prestação de serviços. É que a Recorrente juntou aos presentes autos todos os comprovantes que demonstram tais recolhimentos, de forma que não há a necessidade de qualquer diligência nesse sentido, mas tão somente a constatarão efetiva do pagamento das contribuições contida nos documentos juntados.

O julgamento foi convertido em diligência para que a fiscalização se manifestasse sobre os documentos juntados pelo recorrente, averiguasse sobre a validade da representação para atuar no processo e também a natureza jurídica de uma dos prestadores de serviços:

Surgiu também (uma dúvida) quanto ao regime jurídico de uma das contratadas, associação de amigos de deficientes físicos. Embora pela sua denominação pareça ser uma entidade beneficente, presta serviços de natureza econômica. (correção nossa)

Em resposta, informa a fiscalização:

- 1) *Quanto à documentação apresentada, esta já havia sido por nós examinada quando da execução da ação fiscal, tendo em vista ser obrigação da empresa contratante solicitar tais documentos à contratada, no que tange a GFIP e a Folha de Pagamento.*
- 2) *Quanto à afirmação de que as prestadoras de serviços efetuaram o recolhimento integral da contribuição lançada para todas as competências incluídas na NFLD, isto só pode ser verificado através de uma ação fiscal nas empresas*

contratadas, com análise de todas as folhas de pagamento (não só a do contratante), bem como das GFIP's e guias de recolhimento, além de livros contábeis e outros documentos que o auditor fiscal julgue necessários. Entretanto, ressaltamos que não há na legislação qualquer previsão que importe em benefício de ordem ou que imponha qualquer verificação na prestadora de serviços para que seja apurado o crédito na tomadora. Ou seja, não há condição resolutiva de extinção da obrigação da contratante caso as empresas contratadas recolham, no prazo legal, as contribuições incidentes sobre as suas folhas de pagamento.

...

- 3) *Assim sendo, podemos comprovar pelo descrito no item acima que a contratante não estava dispensada de efetuar a retenção em nenhuma hipótese.*
- 4) *Com relação à discussão acerca da competência do Diretor-Presidente em contratar assessoria jurídica, intimamos a empresa para esclarecer por escrito essa questão. A intimada esclareceu que a empresa tem competência para a efetuar dita contratação através do ofício PRODEST/DIPRE no 155/2013, cuja cópia anexamos ao processo.*

Manifesta-se a recorrente pela necessidade de cumprimento da diligência.

Em nova diligência a fiscalização afirma que a prestadora de serviços Associação Amigos dos Deficientes Físicos não está em gozo da imunidade como entidade beneficente de assistência social. Não houve manifestação do recorrente sobre a diligência.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

De acordo com as informações fiscais, os contratos foram examinados e devidamente caracterizada a cessão de mão de obra. O recorrente alega que os prestadores de serviço teriam realizado o recolhimento das contribuições sobre a folha de salários, o que caracterizaria um *bis in idem*.

Contudo, o instituto da retenção nas cessões de mão de obra substitui a responsabilidade solidária e não mais existe benefício de ordem, de forma que a retenção

sempre se presume como realizada. Caso fosse necessária fiscalização dos prestadores de serviços a regra jurídica seria esvaziada de sentido:

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.

No mais, o recorrente insurge-se contra a cobrança em tese – seriam inconstitucionais os dispositivos legais; no entanto, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Por tudo, voto por conhecer em parte do recurso voluntário para, na parte conhecida, negar provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes