



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

Processo n° 15979.000257/2007-66
Recurso n° 250.670 Voluntário
Acórdão n° **2301-02.133 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de junho de 2011
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Empresas em Geral.
Recorrente COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA - COSIPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1999 a 30/09/2001

CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DA NOTA. LIMINAR PROFERIDA EM FAVOR DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. IMPEDIMENTO DA TOMADORA DOS SERVIÇOS. RETENÇÃO NÃO EFETUADA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR. AUTUAÇÃO IMPROCEDENTE.

As empresas tomadoras de serviços mediante cessão de mão de obra encontram-se obrigadas a reter e recolher 11% do valor da nota fiscal (art. 31 da Lei nº 8.212/1991).

Contudo, enquanto em vigor decisão liminar proferida em mandado de segurança impetrado pela prestadora dos serviços, a tomadora dos serviços se encontra não só liberada da retenção, como também obrigada a não realizá-la, sob pena de descumprimento de ordem judicial.

Assim, mesmo depois de revogada a liminar, não pode a tomadora dos serviços ser exigida do montante correspondente a 11% sobre o valor da nota fiscal, se os pagamentos em favor da cedente de mão de obra foram efetuados sem a retenção e não é mais possível fazê-lo.

Aplicar indiscriminadamente os efeitos *ex tunc* da revogação da liminar para impor retroativamente a sistemática que teria sido afastada, equivale a posicionar o tomador dos serviços na condição de contribuinte, já que este tem que recolher a contribuição ainda que não possa mais reter o valor correspondente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar **provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).**

Marcelo Oliveira - Presidente.

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), MAURO JOSE SILVA, ADRIANO GONZALES SILVERIO, WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, DAMIAO CORDEIRO DE MORAES e LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD lavrada em 30.09.2002, em face da COMPANHIA SIDERÚRGICA PAULISTA – COSIPA, sob o fundamento de que esta teria deixado de reter e recolher o montante correspondente a 11% do valor da nota fiscal de serviços tomados da NM Engenharia e Anticorrosão Ltda.

Narra o Relatório Fiscal de fls. 20/26 que foram prestados mensalmente serviços a ora Recorrente, no período de outubro/1999 a setembro/2001, através de cessão de mão de obra, enquadrando-os na hipótese prevista no art. 219, §2º, XV e XVI do Decreto nº 3.048/1999, razão pela qual deveria ter ocorrido a retenção e recolhimento do valor correspondente aos 11% do valor da nota fiscal.

Apresentada impugnação pela empresa (fls. 41/47), foi mantido o lançamento pelo acórdão recorrido (fls. 5.365/5.370), cuja ementa foi proferida nos seguintes termos:

***CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
RETENÇÃO DOS 11% SOBRE FATURAMENTO***

Constituem obrigações da empresa contratante de serviços de limpeza, prestados mediante cessão de mão-de-obra, reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo e recolher tal importância em nome e CNPJ da empresa prestadora de serviços. Art. 31 § 3, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.

Irresignada, a empresa interpôs Recurso Voluntário tempestivo de fls. 5.373/5.390, alegando, em síntese que:

- a) Não foi apontado pela fiscalização os nomes das mãos de obra cedidas;
- b) No momento dos fatos geradores, estava vigente medida liminar concedida no mandado de segurança impetrado pela Associação Brasileira de Engenharia Industrial-ABEMI, da qual a NM Engenharia e Anticorrosão Ltda faz parte, determinando que as empresas tomadoras de serviços não efetuassem a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal;
- c) A fiscalização desconsiderou o valor da base de cálculo das contribuições, quando as notas fiscais apresentaram o montante correspondente à prestação de serviços e aos fornecimentos de equipamentos e materiais.

- d) Não existe relação entre as notas fiscais e os contratos analisados;
- e) Os serviços não podem ser considerados cessão de mão de obra;
- f) Não é possível a cobrança em duplicidade se houve o efetivo recolhimento de contribuições previdenciárias pelo prestador do serviço;
- g) Não deve ser aplicada multa.

Apresentadas contra-razões às fls. 5476/5.480, defendendo a manutenção do lançamento.

Subidos os autos ao Conselho de Recursos da Previdência Social, que proferiu decisão (fls. 5.482/5.486) convertendo o feito em diligência, para que a fiscalização esclarecesse a forma de execução dos serviços,

Em verdade, meu entendimento é no sentido de que a fiscalização deve buscar demonstrar, da forma mais circunspecta possível, o enquadramento da hipótese apurada com os serviços previstos na Lei e no Regulamento, descrevendo sua natureza, a sua forma de execução: se existia subordinação entre os funcionários.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do Recurso e passo ao seu exame.

Do Mérito

Sabendo-se que a autuação em comento decorreu da ausência de retenção e recolhimento pela ora Recorrente da contribuição previdenciária correspondente a 11% do valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra, cumpre analisar, segundo os argumentos trazidos pela Recorrente, se a prestação dos serviços enquadravam-se efetivamente como cessão de mão de obra e se a tomadora dos serviços, no caso a Recorrente, estava obrigada a realizar referida retenção, em face da existência de decisão liminar proferida em favor da prestadora dos serviços que lhe assegurava o direito de não sofrer dita retenção.

Consoante se infere do Anexo I do Relatório Fiscal, as notas fiscais que ensejaram a autuação foram expedidas no período de outubro/1999 a setembro/2001, e tiveram como prestadora de serviço a empresa NM ENGENHARIA E ANTICORROSÃO LTDA (fls. 27/28) que estaria acobertada naquele período por liminar concedida no mandado de segurança 1999.61.00.025667-2, impetrado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENGENHARIA INDUSTRIAL – ABEMI, da qual faz parte a empresa acima mencionada.

Compulsando os autos, verifica-se que, de fato, a liminar judicialmente concedida afastava a sistemática de recolhimento prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/1991 das associadas (fls. 58/63), tendo vigorado até 26.11.2002, quando então foi dado provimento ao recurso interposto pelo INSS, firmando entendimento de que a retenção era devida.

Em que pese a revogação de liminar produzir efeitos *ex tunc*, isto é, retroagir para o momento da concessão e restabelecer os fatos à situação anterior, não se pode olvidar que o caso em comento apresenta dois aspectos que torna a situação excepcional: (I) a obrigação da tomadora dos serviços de recolher a contribuição previdenciária do cedente da mão de obra somente tem sentido se for possível a retenção dos valores e, (II) sendo a obrigação tributária da tomadora de serviços limitada à retenção e recolhimento de percentual sobre o valor da nota fiscal no ato do pagamento, se este já havia sido efetuado, não haveria mais como cumprir a referida obrigação.

Ora, enquanto a medida liminar estava em vigor, a Recorrente não só estava liberada de efetuar a retenção como impedida de fazê-lo, sob pena de descumprimento de decisão judicial que beneficiava a prestadora de serviços. Assim, os pagamentos eram, corretamente, realizados sem a retenção dos 11% sobre o valor da nota fiscal.

Por outro lado, a obrigação do tomador dos serviços prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/1991 está vinculada à retenção dos valores devidos. A obrigação tributária que recai sobre o tomador dos serviços na verdade é uma antecipação do que será, ao final, devido pelo prestador, já que os valores serão deduzidos do montante a ser-lhe pago.

Em suma, quem suporta a referida contribuição previdenciária é o prestador do serviço, já que os valores são retidos pelo tomador quando do pagamento.

Assim, verifica-se que a obrigação tributária prevista no art. 31 da Lei de Custeio da Previdência Social, diferentemente daquelas previstas no seu art. 22, não é imposta definitivamente sobre o tomador dos serviços, servindo este, na verdade, como instrumento de arrecadação, pois recolhe o que foi retido do verdadeiro contribuinte, no caso, o cedente da mão de obra.

Neste diapasão, se não foi possível ao tomador dos serviços efetuar a retenção por ordem judicial, também não será devido o pagamento, sob pena de, neste caso, impor-lhe verdadeira exação sem lei que a preveja.

O raciocínio imposto pela Procuradoria do INSS, de que a revogação da liminar restabeleceria a obrigação do pagamento da contribuição, somente teria sentido se se estivesse diante de uma obrigação tributária principal devida pelo próprio autuado, como, por exemplo, se este tivesse obtido liminar que assegurasse o seu direito de não recolher a contribuição previdenciária incidente sobre as remunerações dos seus empregados. Neste caso, a revogação da liminar produziria seus efeitos *ex tunc*, obrigando-o a efetivar o recolhimento dentro do prazo de 30 dias, contado da cessação dos efeitos da liminar.

Não verificou a ilustre Procuradora que a situação em comento é diversa, pois não se está diante de uma obrigação tributária principal, na qual o próprio prestador dos serviços é quem suportaria o ônus da contribuição.

O recolhimento do tributo independentemente de retenção somente é cabível quando imposta ao contribuinte. Fazê-lo recolher a contribuição quando não mais é possível efetuar a correspondente retenção coloca-o na posição equivocada de contribuinte, o que não é o caso da ora Recorrente.

Evidentemente que, se por decisão própria, a empresa deixasse de efetivar a retenção, seria devedora da contribuição correspondente aos 11% do valor da nota, pois estaria diante de verdadeiro descumprimento do dispositivo legal (art. 31 da Lei nº 8.212/1991). Contudo, como tal atitude decorreu de proibição imposta pelo Poder Judiciário, não pode a ora Recorrente, agora, sofrer injustamente a carga de um tributo quando não concorreu para o descumprimento da norma.

Da Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de junho de 2011.

Leonardo Henrique Pires Lopes