



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

CC02/C06
Fls. 186

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	16041.000100/2007-74
Recurso nº	145.159 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO 11%
Acórdão nº	206-00.448
Sessão de	14 de fevereiro de 2008
Recorrente	AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial de 30
de 13 / 05 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2004 a 30/04/2005


Ementa: PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO –
EMPREITADA - RETENÇÃO 11%.

A empresa, como contratante de serviços de construção civil executados mediante empreitada 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.

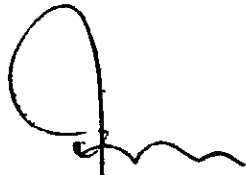
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 16041.000100/2007-74
Acórdão n.º 206-00.448

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

CC02/C06 Fls. 187

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

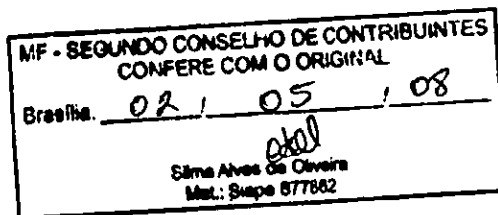
Presidente



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. 37 a 46) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de empreitada junto à empresa RACKEL REIS TERRAPLENAGEM-ME, 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 n.º, n.º 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 as notas fiscais emitidas pela prestadora, 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. 72 a 118, 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, 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. 123 a 125, esclarecendo que o contrato apresentado na impugnação em nada modifica o entendimento inicial, pois não abrange todo o período do débito e seu objeto é a locação de equipamentos, sendo que as notas fiscais arroladas no levantamento referem-se a outros serviços, conforme Relatório de Lançamentos às fls. 08/09 e cópias das NF às fls. 50/55.

Informa que, conforme determinação contida no inciso III, do art. 145, da IN 03/2005, a prestação de serviços na construção civil está sujeita à retenção independentemente da caracterização da cessão de mão-de-obra.

Argumenta que a notificada, ao não apresentar o Contrato de Prestação de Serviços durante a ação fiscal inverteu o ônus da prova de caracterizar a cessão de mão-de-obra, já que tal documento é essencial na definição do tipo de serviço prestado e alega que a ausência de caracterização da cessão de mão-de-obra no Relatório Fiscal foi por motivos alheios à vontade da fiscalização previdenciária, que não teve outra saída a não ser recorrer à presunção.

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

CC02/C06
Fls. 189

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 133 a 138, alegando, em síntese, que em sua nova manifestação, a auditoria fiscal permaneceu omissa, sem indicar os motivos de convencimento que teriam pautado a conclusão de existência de mão-de-obra sujeita à retenção ou à responsabilidade solidária.

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, e aqueles que teve que providenciar junto aos prestadores foram anexados à impugnação.

Frisa que a inexistência de contrato escrito entre as partes em nada prejudica a correta qualificação do tipo do serviço prestado, e 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.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação n.º 21.437.4/0060/2007 (fls. 140 a 152), julgou o lançamento procedente, indeferindo o pedido de perícia e a notificada, inconformada com a decisão, apresentou recurso tempestivo (fls. 158 a 170), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.

Preliminarmente, defende o entendimento de que deveria ter sido concedido novo prazo de 15 dias para apresentação de defesa, pois só após a manifestação da auditoria após a impugnação é que a recorrente se deparou com os fundamentos da constituição do crédito então levados a seu conhecimento e 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 descabido a presunção de existência de mão-de-obra e que não basta a IN 03/05 prever que os serviços de construção civil 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 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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 05, 108
<i>de</i> Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sinpe 877862

CC02/C06 Fls. 190

Sustenta que, conforme as notas fiscais anexas e o contrato juntado aos autos, no caso em tela houve a locação de equipamentos, não estando presentes os requisitos do citado art. 31, sendo que a locação de bens não configura prestação de serviços, já que não era objeto do contrato a cessão de mão-de-obra para operar os equipamentos.

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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
<i>adul</i> Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sisppe 677862	

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e está desacompanhado do depósito recursal por força de liminar concedida em Mandado de Segurança (fls. 180 a 182).

Da análise das razões recursais apresentadas 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 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 16/05/2007, são basicamente os mesmos apresentados após a manifestação fiscal, em 04/01/2007. 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 16/04/2007. Ou seja, conforme afirmado no relatório fiscal e não negado na peça recursal, a recorrente não apresentou, durante a ação fiscal, todos os contratos de prestação de serviços solicitados pela auditoria da Previdência Social e, decorrido mais de um ano da lavratura da NFLD, a recorrente não apresentou documentos ou provas capazes de demonstrar a inexistência da obrigação de se efetuar a retenção sobre os serviços de construção civil a ela 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 prestadora de serviços por ela contratada, a RACKEL REIS TERRAPLENAGEM-ME.

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 de construção civil 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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 021 05 108	
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Supte 877862	

Contudo, apesar de solicitado por meio de TIAD, ela não apresentou 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.

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.

Contudo, 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 e outros documentos necessários ao deslinde da questão, e não "todos os documentos de que dispunha", conforme entendeu de forma equivocada a recorrente.

Ademais, tratando-se de prestação de serviços na área de construção civil não há a necessidade de se comprovar a cessão de mão-de-obra para que fique configurada a obrigação de se efetuar a retenção prevista no art. 31 da Lei 8.212/91

O art. 219 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.049/99 estabelece:

"Art.219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216. (Nova redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003).

§ 1º (...).

§ 2º 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;

IV - serviços rurais;

(...).

§ 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." (grifei).

Dessa forma, conforme disposto no caput, os serviços prestados mediante cessão ou empreitada de mão de obra sofrem a retenção, e o serviço de construção civil se enquadra na situação prevista no caput, conforme dispõe o § 2º transcrito acima.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
Silvia Alves de Oliveira Mat.: Sisepe 677862

As notas fiscais juntadas aos autos (fls. 141 a 147) corroboram o entendimento de que os serviços prestados foram na área de construção civil.

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço de construção civil e a falta da retenção, 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.”

A empresa alega, ainda, que a aplicação da taxa SELIC é ilegal e defende que a autoridade administrativa, ao se deparar com arguições 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 nº 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