



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

Processo nº 16041.000310/2007-62
Recurso nº 145.170 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.408 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de junho de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente AMSTED MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2002 a 30/05/2005

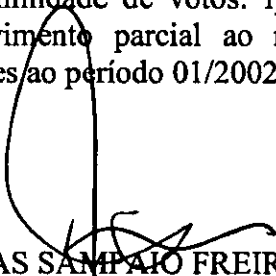
PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - RETENÇÃO 11%.

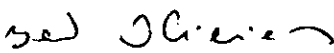
A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso que sejam excluídos do lançamento as contribuições referentes ao período 01/2002 a 08/2002.


ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado 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. 41 a 51) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa INSTALL FORNOS COMÉRCIO E SERVIÇOS 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 nº, nº 209/99 e INs 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. 96 a 150, 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, dispensa de retenção em razão da prestadora ser optante do SIMPLES, extinção da responsabilidade do tomador de serviço, cobrança em duplicidade e tributação de valores indevidos, equívoco na apuração da base de cálculo, 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. 156 a 159, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção

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.

Informa que, no período fiscalizado, apesar de a notificada ter contratado uma enorme quantidade de empresas que prestavam serviços contínuos, ou seja, serviços que se constituíam em necessidade permanente da empresa, foram apresentados à fiscalização um número ínfimo de Contratos de Prestação de Serviços.

Observa que a empresa não considera imprescindível elaborar os referidos Contratos, por escrito, com os prestadores por ela enquadrados como Fornecedores Sistemáticos ou Emergenciais 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.

Esclarece que, da análise dos cadastros das prestadoras de serviços, constatou-se que muitas não possuem sequer estabelecimento e/ou instalações que possibilitem a execução dos serviços, e muitas inclusive possuem escritório dentro das instalações da Amsted, com ramal eletrônico, e conclui pela manutenção do débito lançado.

Quanto à alegação de redução de base de cálculo, informa que na ação fiscal, além de não ter sido apresentado o Contrato, as notas fiscais analisadas não discriminam os valores de equipamentos e acrescenta que não é inerente à execução de montagem industrial a utilização de equipamentos.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 167 a 176, 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.

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.

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.

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.

Informa que a contratada é optante do SIMPLES e aduz que a dispensa da retenção não se restringe ao período de 01/00 a 08/02, a teor da IN 03/05, pois entende que tal norma ultrapassou os limites de sua competência, o que a torna inaplicável.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 21.437.4/0068/2007 (fls.182 a 195), julgou o lançamento procedente, 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. 201 a 218), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.

Preliminarmente, defende o entendimento 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 descabido a presunção de existência de mão-de-obra e que não basta a IN 03/05 prever que os serviços de montagem industrial 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 falar-se 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.

Sustenta que, conforme notas fiscais juntadas aos autos, o caso em tela envolve serviços de “montagem de fornos de tratamento térmico”, não estando, portanto, presentes os requisitos do citado dispositivo legal, já que, na espécie, não se depara com simples colocação de empregados da contratada à disposição da contratante, mas, como se extrai da própria natureza do serviço, contratado, de prestação de resultado que depende da capacidade técnica da prestadora.

Argumenta que o ajuste entre a recorrente e a empresa contratada não se limita ao simples fornecimento de mão de obra, sob controle e orientação do contratante do serviço, mas de pacto envolvendo típica obrigação de resultado, colimando, pois, um escopo definido, e que à alegada continuidade faltou o pressuposto essencial, qual seja, o fazer em si sem estar dirigido para qualquer resultado.

Aduz que a usual cláusula de prorrogação automática do contrato não autoriza concluir que à recorrente interessaria apenas a disponibilidade de mão-de-obra, independentemente da existência de serviços a serem executados, e repete que a cessão de mão-de-obra não foi demonstrada no momento da autuação, na oportunidade da diligência, e nem na decisão recorrida.

Reafirmar que a empresa prestadora dos serviços era optante do SIMPLES durante o período autuado, 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 operaram *contra legem*, o que as tornam inaplicáveis.

Defende que é notório que o uso de equipamentos/materiais está inseparavelmente ligado à montagem industrial, sem o que não se pode alcançar o escopo contratual, e que o arbitramento da base de cálculo haverá de observar o percentual de 50% do valor dos serviços prestados, a teor da IN 100/03, art. 159, § 1º.

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

7

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 e a Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução de nº 206-00.060 (fls. 235 a 241), decidiu converter o julgamento em diligência para que a autoridade lançadora se pronunciasse em relação aos documentos constantes dos autos relativos a opção da contratada ao SIMPLES.

Atendendo ao solicitado por esta Sexta Câmara, o agente notificante se manifestou (fls. 249/250) informando que a prestadora foi excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2002, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/TSR 581031, de 02/08/2004 e sugerindo a manutenção do valor integral do crédito previdenciário.

A empresa notificada, cientificada do resultado da diligência, se manifestou às fls. 253/257, alegando, em apertada síntese, que a exclusão do SIMPLES da empresa prestadora tornou-se válida e eficaz somente após agosto de 2004, data da publicação do aludido ato declaratório.

Entende que não há qualquer sentido em exigir da recorrente a verificação da situação do prestador de serviços, para fins de retenção, se até 08/2004 não havia nenhum indício de que a situação encontrava-se irregular.

Reitera o entendimento de que não restou demonstrada a cessão de mão de obra, e requer que seja dado provimento ao recurso e julgado o lançamento improcedente.

É o relatório.



Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado 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 25/05/2007, 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 anulação do lançamento.

Verifica-se, também, dos autos, que a notificação se deu em 27/04/2006 e a cientificação da DN em 25/04/2007. Ou seja, conforme afirmado no relatório fiscal e não negado na peça recursal, a recorrente não apresentou, durante a ação fiscal, os contratados de prestação de serviços solicitados pela auditoria da Previdência Social e, decorrido quase 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 INSTALL FORNOS COMÉRCIO E SERVIÇOS 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 de montagem industrial 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 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.

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 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 INSTALL FORNOS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA está sujeito à retenção prevista no art. 31, da Lei 8.212/91 pois declara, em sua peça impugnatória, que “parcela considerável dos valores incluídos na presente NFLD já havia sido objeto de retenção pela empresa” (fl. 107).

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço 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.

Em relação ao entendimento de que “é notório que, para a consecução das atividades da contratada, o uso de equipamentos / materiais está inseparavelmente ligado à montagem industrial”, entendo que essa alegada “notoriedade” não restou comprovada nos autos, já que não foi apresentado contrato, documento essencial para demonstrar a atividade da contratada e o tipo de serviço prestado, e nem consta, das notas fiscais apresentadas, a utilização de equipamentos. Portanto, é descabida a pretensão da recorrente de que haja redução da base de cálculo.

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.

Todavia, entendo que o crédito lançado deva ser revisto pelos motivos a seguir expostos.

Entre suas razões de recurso, consta a de que a empresa contratada era optante do SIMPLES no período do débito e junta a Declaração Anual Simplificada da empresa contratada, para tentar comprovar a opção pela INSTALL Fornos ao referido sistema de pagamento de tributos.

Em cumprimento à diligência determinada por esta Sexta Câmara, a autoridade fiscal informou que a prestadora foi excluída do SIMPLES a partir de 01/01/2002, e juntou o Ato Declaratório Executivo nº 581031, expedido em 02/08/2004 e, considerando que o lançamento se refere ao período de 02/2002 a 05/2005, sugeriu a manutenção integral do crédito previdenciário.

No entanto, o ato que declarou a exclusão da empresa prestadora do SIMPLES foi emitido somente em 02/08/2004, conforme documento à fl. 246.

Assim, no período compreendido entre 02/2002 a 08/2002, a empresa notificada não estava obrigada a efetuar a retenção, pois não havia ainda o Ato Declaratório Executivo de exclusão da prestadora do referido sistema tributário.

A IN 03 de 2005, vigente à época do lançamento, estabelece:

Art. 142. 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.

O débito lançado por meio da NFLD discutida se refere ao período compreendido entre 02/2002 a 05/2005. Portanto, para as competências 02/2002 a 08/2002 não havia a obrigatoriedade de a empresa contratante reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal emitida por prestadora optante do SIMPLES, devendo ser excluído, do lançamento, os valores correspondentes.

Quanto ao argumento 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 de 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, cumpre lembrar 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”*

Portanto, como previstos nos normativos legais, o instituto da retenção se alica ao período de 09/2002 a 05/2005.

Nesse sentido e,

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de **CONHECER** do recurso para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para que sejam excluídos do lançamento as contribuições referentes ao período 02/2002 a 08/2002.

É como voto.

Sala das Sessões, em 5 de junho de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora