



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

Processo n° 16041.000312/2007-51
Recurso n° 145.168 Voluntário
Acórdão n° 2401-00.407 – 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: 01/01/2002 a 30/07/2005

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

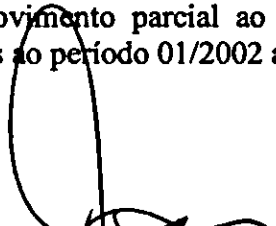
A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

No período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, a empresa optante pelo SIMPLES, que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, não está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

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. 56 a 66) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa UNIPREST PRESTAÇÃO DE 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 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. 110 a 156, 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, indevidos extinção da responsabilidade do tomador de serviço, 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.162 a 165, 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 modificam o entendimento inicial, pois essas notas fiscais já haviam sido apresentadas na ação fiscal.

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.

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 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, concluindo, por fim, pela manutenção do débito lançado.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 173 a 178, defendendo, em síntese, 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, ausente no relatório fiscal da NFLD.

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.

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.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 21.437.4/0067/2007 (fls. 180 a 192), 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. 198 a 216), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.

Preliminarmente, insiste que deveria ter sido reaberto o prazo defesa de 15 dias 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 de montagem de vagões 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, conforme se depreende das notas fiscais juntadas aos autos, os serviços prestados, “manutenção e montagem de vagões” 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.

Inova ao afirmar que a empresa prestadora dos serviços era optante do SIMPLES desde 01/01/2000, 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 as INs 100/03 e 03/05 operaram *contra legem*, o que as tornam inaplicáveis.

Defende que é notório que o uso de equipamentos/materiais está inseparavelmente ligado à montagem de vagões, 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 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 lançamento e a Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por meio da Resolução de nº 206-00.059 (fls. 230 a 236), decidiu converter o julgamento em diligência para que a autoridade lançadora se pronunciasse em relação ao documento apresentado junto à peça recursal e que atesta a opção da contratada ao SIMPLES.

Atendendo ao solicitado por esta Sexta Câmara, o agente notificante se manifestou informando que a prestadora é optante do SIMPLES desde 01/01/2000, permanecendo nessa condição até 30/06/2007, data da sua exclusão, e sugerindo a retificação do débito com a exclusão, do presente lançamento, das contribuições apuradas no período de 01/2002 08/2002.

A empresa notificada, cientificadas do resultado da diligência, se manifestou às fls. 246/251, reiterando o entendimento de que o instituto da retenção não se aplica às empresas optantes do SIMPLES e que a IN 03/2005 operou *contra legem*, o que a torna inaplicável e requerendo 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 o 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, verifica-se que a recorrente tomou ciência da notificação em 28/04/2006 e 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 contratos 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 UNIPREST PRESTAÇÃO DE 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 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. 118).

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço com cessão de mão de obra 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 manutenção e montagem de vagões”, 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.

De fato, a recorrente acostou, aos autos, a Declaração Anual Simplificada da empresa contratada, comprovando a opção pela UNIPREST PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA ao referido sistema de pagamento de tributos, o que foi confirmado pela autoridade notificante em diligência fiscal.

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 01/2002 a 07/2005. Portanto, para as competências 01/2002 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 aplica ao período de 09/2002 a 07/2005.

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 01/2002 a 08/2002.

É como voto.

Sala das Sessões, em 5 de junho de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora