



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Suape 677882

CC02/C06
Fls. 253

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	16041.000313/2007-04
Recurso nº	145.166 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO 11%
Acórdão nº	206-00.452
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 13 / 05 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2003 a 30/01/2005

Ementa: 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 Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 16041.000313/2007-04
Acórdão n.º 206-00.452

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

CC02/C06 Fls. 254

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.

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

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 CATER COMÉRCIO E 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 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 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. 125 a 178, 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, equívoco na apuração da base de cálculo, cobrança em duplicidade e tributação de valores indevidos 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. 184 a 186, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção e elencando os motivos pelos quais entende que o contrato juntado na impugnação em nada modifica o entendimento inicial.

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.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 194 a 200, defendendo 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.

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

Assevera 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 21.437.4/0074/2007 (fls. 202 a 215), 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. 221 a 238), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.

Preliminarmente, insiste que deveria ter sido reaberto o prazo de defesa de 15 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 manutenção preventiva e corretiva 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, conforme se depreende do contrato juntado aos autos, 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.

Frisa que a grande maioria das notas fiscais objeto da autuação refere-se à filial de Osasco e estão dentro do período de abrangência do contrato e acrescenta que o contrato, apesar de ter como objeto a execução de serviços na filial, também foi celebrado com a Matriz.

Combate os argumentos de que os serviços compreendidos no presente lançamento seriam de construção civil, se reportando ao contrato, cujo objeto do ajuste era a manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos.

3

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 108	
	
Silma Alves de Oliveira	
Mat.: Siapo 677662	

Reafirmar que a empresa prestadora dos serviços era optante do SIMPLES desde jan/2002, 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 100/03 operou *contra legem*, o que a torna inaplicável.

Insiste que o lançamento tal como efetuado não pode subsistir, por não ter sido observado a dedução de que trata o art. 159 e § 1º, da IN 100/203, já que para a consecução dos serviços em tela é imprescindível a utilização de determinados equipamentos e materiais, e defende que o lançamento em tela deveria ser cancelado, ou ao menos reduzido proporcionalmente.

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 CONTRIBUENTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 08	
<i>do</i>	
Sílvia Alves de Oliveira Mét. Supl. 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. 243 a 246).

Da análise das razões recursais trazidas 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 sua 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 08/01/2007. 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 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 CATER COMÉRCIO E 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 manutenção corretiva 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 CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 02 / 05 / 08 Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sispes 877662	CC02/C06 Fls. 259
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------

Contudo, apesar de solicitado por meio de TIAD, ela não apresentou, durante a ação fiscal, o contrato de prestação de serviços necessário ao correto enquadramento do tipo de serviço prestado. Ao proceder dessa forma, a recorrente impossibilitou à auditoria 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.

A própria notificada reconhece que o tipo de serviço prestado pela CATER 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. 133).

É objeto do Contrato firmado em 16/12/2003, apresentado na impugnação, a prestação de serviços à filial de Osasco, sendo que o lançamento abrange os serviços prestados à matriz e filial, compreendendo o período 09/2003 a 01/2005. Portanto, o contrato válido para o período de 09 a 10/2003 não foi apresentado.


Portanto, como os serviços prestados se enquadram na situação prevista no art. 219, do Decreto 3.048/99 e diante da falta do contrato de prestação de serviços durante a ação fiscal, a autoridade notificante não teve outra alternativa a não ser lançar o competente débito invertendo o ônus da prova.

Assim, o agente fiscal, ao constatar a falta da retenção nas notas fiscais emitidas pela prestadora, 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 a falta da retenção e do contrato da prestação do serviço, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991: com o disposto nesta Lei.”

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	CC02/C06
Brasília, 02 / 05 / 08	Fls. 260
 Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sape 877802	

O contrato apresentado corrobora o entendimento de que os serviços prestados se enquadram no conceito legal de cessão de mão de obra, pois os segurados foram colocados à disposição do contratante para realizarem serviços contínuos.

E serviços contínuos são aqueles definidos na IN 100/03, vigente à época da ocorrência do fato gerador, ou seja:

“Art. 152. (...).

(...).

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.”


Verifica-se que no caso em tela a manutenção se constitui em necessidade permanente da recorrente, sendo que o Contrato apresentado foi firmado com prazo indeterminado, conforme sua Cláusula Sétima (fl. 176), tendo sido acordado um pagamento mensal (cláusula 5º), referente ao fornecimento de mão-de-obra composta por uma equipe de um engenheiro, sete mecânicos, sete eletricitas (cláusula segunda), entre outros ali elencados.


Ficou evidenciado, também, que o serviço foi prestado nas instalações da contratante, pois trata-se de manutenção de equipamentos instalados nas dependências da recorrente.

O objeto do contrato, constante da cláusula primeira, estabelece que “*constitui objeto deste Contrato a prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva dos equipamentos e instalações de natureza elétrica, eletrônica, mecânica e lubrificação dos equipamentos instalados na AMSTED MAXION, filial de Osasco-SP*”.

Assim, restou caracterizada a situação prevista no art. 31, da Lei 8.212/91, bem como a obrigatoriedade de a recorrente efetuar a retenção de que trata o referido dispositivo legal.

Em relação ao entendimento de que o lançamento tal como efetuado não pode subsistir, por não ter sido observado a dedução de que trata o art. 159 e § 1º, da IN 100/203, já que para a consecução dos serviços em tela é imprescindível a utilização de determinados equipamentos e materiais, vale observar que consta da cláusula quinta, item 5.2, do contrato apresentado (fl. 175), que estão incluídos também no preço final, entre outros, equipamentos, por ventura necessários. Ou seja, a necessidade de uso de equipamento não é absoluta. Não há nada que indique, no referido documento que a utilização de equipamentos ou materiais da contratada seja imprescindível para a execução dos serviços. Consta apenas que, se por ventura for necessário o uso de equipamento/material, o seu custo já está incluído no preço acordado.

O art. 158, da IN 100/03 assim dispõe: 

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 / 05 / 08	CC02/C06 Fls. 261
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Suspe 877862	

“Art. 158. Havendo previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, para a execução dos serviços, esses valores serão deduzidos da base de cálculo desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, conforme previsto no § 7º do art. 219 do RPS.” (grifei).

Portanto, no caso presente, não cabe a redução da base de cálculo pleiteada.

Relativamente ao fato de a empresa contratada ser optante do SIMPLES, o art. 151 da referida IN 100/2003 assim dispõe:

“Art. 151. 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.”

Portanto, no período do débito, de 09/2003 a 01/2005, a notificada estava obrigada, sim, a efetuar a retenção sobre o valor bruto da nota fiscal emitida pela prestadora.

A recorrente entende 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 100/03 operou *contra legem*, o que a torna inaplicável.

Todavia, cumpre destacar 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”*.

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:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
<i>del</i> Silmá Alves da Oliveira Mat.: SIAPE 877862

CC02/C06 Fls. 262

"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

Silma Alves da Oliveira

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS