



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 21 / 07 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Scape 877882

CC02/C06
Fls. 194

Processo nº	16041.000317/2007-84
Recurso nº	145.154 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO 11%
Acórdão nº	206-00.443
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 da União
de 19 / 08 / 08
Rubrica 2

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/2001 a 30/10/2001

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – CUSTEIO –
CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA – RETENÇÃO 11%.

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.

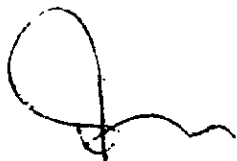
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 16041.000317/2007-84
Acórdão n.º 206-00.443

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 21, 07, 08 Sima Ayres de Oliveira Mat.: SIAPE 877862
--

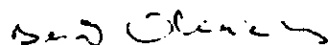
CC02/C06
Fls. 195

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar 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 Brasília, 23, 07, 08 Sirma Alves de Oliveira Mat.: Sape 677862	CC02/C06 Fls. 196
--	----------------------

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. 35 a 45) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa PROMAFER PROJETOS E MANUTENÇÃO FERROVIÁRIA, 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 203/98, n.º 209/99 e IN's 71/2002, 100/2003 e 03/2005.

A autoridade notificante relata também que a recorrente não apresentou o competente Contrato de Prestação de Serviços, 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. 70 a 123, 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, cobrança em duplicidade e tributação de valores indevidos, 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. 129 a 131, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção e afirmando que o contrato apresentado na defesa em nada modifica o entendimento inicial, vindo a corroborar a caracterização do serviço como sendo por cessão de mão-de-obra.

Argumenta que a notificada, ao não apresentar o Contrato de Prestação de Serviços durante a ação fiscal, o fazendo apenas na impugnação, 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.

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, e conclui pela manutenção do débito lançado.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 139 a 144, 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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	23, 07, 08
 Síma Alves de Oliveira Mat.: SIAPE 877862	

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, sendo que aqueles 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, nos termos da OS 209/99, os casos em que o objeto do contrato exija a utilização de conhecimentos e/ou capacidades especiais da contratada não é cabível a retenção, sendo esse precisamente o caso dos autos, no qual a capacidade técnica da contratada era condição “*sine qua non*” à prestação dos serviços contratados.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação n.º 21.437.4/0075/2007, julgou o lançamento procedente e indeferiu o pedido de perícia.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 166 a 182), repetindo basicamente as alegações trazidas após a manifestação fiscal.


Preliminarmente, insiste 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 não basta a IN 03/05 prever que a manutenção e reparo de vagões constituíam 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.

~

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	23 . 07 . 08
	
Simeia Alves de Oliveira	
Mat.: SIAPE 877862	

Sustenta que, conforme contrato juntado aos autos, o caso em tela envolve serviços de “mudança de truques da bitola larga para a bitola métrica de 251 vagões GFE, nas instalações do Terminal Rodo-ferroviário da Multilex”, não estando, portanto, presentes os requisitos do citado dispositivo legal, já que à alegada continuidade faltou o pressuposto essencial, qual seja, o fazer em si sem estar dirigido para qualquer resultado, e os serviços foram executados no Terminal Rodo-ferroviário da Multilex, evidenciando que a mão-de-obra técnica empregada não estava sob o mando da recorrente.

Defende que a ausência do anexo ao contrato em nada prejudica a análise de seu objeto e forma de execução dos serviços, já que restou claro da cláusula primeira que o objeto do contrato não é uma simples manutenção, como quis fazer crer a auditoria.

Inova ao afirmar que a empresa prestadora dos serviços era optante do SIMPLES durante o período autuado, e transcreve o art. 151 da IN 100/03 para demonstrar que o instituto da retenção não se aplica no caso em tela.

Traz a jurisprudência e a doutrina para sustentar o entendimento de que não é somente naquele período 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.

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, 23 / 07 / 08 Sims Aires de Oliveira Mat.: Sape 677862	CC02/C06 Fls. 199
---	----------------------

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. 185 a 187).

A recorrente foi notificada por não ter efetuado a retenção, e o recolhimento, de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pela empresa prestadora de serviço por ela contratada, a PROMAFER PROJETOS E MANUTENÇÃO FERROVIÁRIA.

Entre suas razões de recurso, consta a de que a empresa contratada era optante do SIMPLES no período do débito.

De fato, em que pese a declaração da autoridade notificante no item 19 do Relatório Fiscal (fl. 44), de que não restou comprovado, no curso da ação auditora, a opção da empresa prestadora ao SIMPLES, a recorrente acostou, aos autos, a Declaração Anual Simplificada da empresa contratada, comprovando a opção, pela PROMAFER, ao referido sistema de pagamento de tributos.

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 06/2001 a 10/2001. Portanto, para o período do lançamento não havia a obrigatoriedade de a empresa contratante reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal emitida por prestadora optante do SIMPLES, restando prejudicado o objeto da presente notificação.

Nesse sentido e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta,

VOTO no sentido de **CONHECER** do recurso para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS