

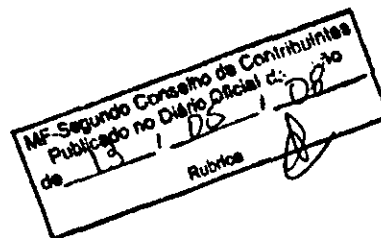


MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
Silma Alves de Oliveira
Met. Sape 877882

CC02/C06
Fls. 228

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	16041.000320/2007-06
Recurso nº	145.160 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO 11%
Acórdão nº	206-00.449
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



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/2004 a 28/02/2005

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.

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

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

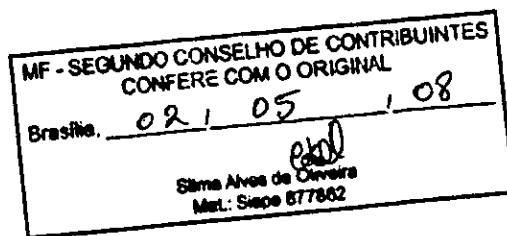
Presidente



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. 40 a 50) que a recorrente contratou serviços sob a modalidade de cessão de mão de obra junto à empresa J.F.T REPRESENTAÇÕES 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 nº203/99, nº 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. 104 a 152, 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, equívoco na apuração da base de cálculo, dispensa de retenção em razão da prestadora ser optante do SIMPLES, 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.142 a 144, esclarecendo os motivos de convencimento da fiscalização da existência da cessão de mão de obra e da obrigatoriedade da retenção e informando que o documento juntado na impugnação à fl. 152 em nada modifica o entendimento inicial.

Informa que, apesar de constarem das notas fiscais anexadas que os serviços eram executados pelo proprietário, a empresa não comprovou o disposto no art. 148, inciso II e § 2º.

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.

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

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.

Cientificada da Informação Fiscal, a recorrente se manifestou às fls. 169 a 178, 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.

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.

A Secretaria da Receita Previdenciária – SRP, por meio da Decisão-Notificação nº 21.437.4/0073/2007 (fls. 180 a 194), 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. 200 a 217), 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 é descabida a presunção de existência de mão-de-obra e que não basta a IN 03/05 prever que os serviços de acabamento 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

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

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, conforme elementos colocados à disposição da auditoria, 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.

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.

Defende o cancelamento da presente notificação, visto que não preenchidos os requisitos ensejadores da retenção, além de, conforme ressalvado expressamente nas notas fiscais, os serviços foram prestados pelo próprio sócio titular da contratada, sem o concurso de empregados.

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.

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 de usinagem e acabamento 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 CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02/05/08	
	
Silma Alves de Oliveira	
Matr.: Siga 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. 218 a 221).

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 28/12/2006. Portanto, não seriam cinco dias que fariam diferença, já que em quase cinco 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 J.F.T REPRESENTAÇÕES 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 acabamento 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, durante a ação fiscal, 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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 / 05 / 08	
Sims Alves de Oliveira Mat.: Sisa 677662	

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 relacionado com o presente lançamento 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 JFP 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. 110).

Portanto, o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço que se enquadra na situação prevista no art. 219, do Decreto 3.048/99 e 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:

“Art. 33.

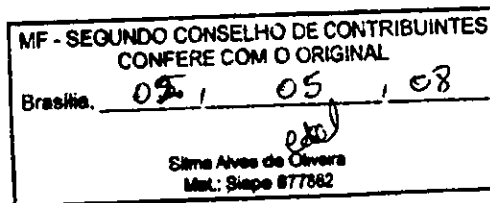
(...).

§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 o lançamento em tela deveria ser cancelado, ou ao menos reduzido proporcionalmente, conforme o disposto no art. 159, da IN 100/2003, sob o argumento de que para a consecução dos serviços de usinagem e acabamento é imprescindível a utilização de determinados equipamentos e o fornecimento de certos materiais, entendo que essa alegada “utilização imprescindível” 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 entende, ainda, que estaria dispensada da retenção pois, conforme ressalvado expressamente nas notas fiscais, os serviços foram prestados pelo próprio sócio titular da contratada, sem o concurso de empregados.

Todavia, a legislação previdenciária que tratava do instituto da retenção à época da ocorrência do fato gerador que ensejou a presente NFLD, assim dispunha:



"IN 100/2003

(...).

Art. 157. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção, quando:

I - o valor correspondente a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços for inferior ao limite mínimo estabelecido pelo INSS para recolhimento em documento de arrecadação;

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição, cumulativamente;

III - a contratação envolver somente serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada por legislação federal, ou serviços de treinamento e ensino definidos no inciso X do art. 155, desde que prestados pessoalmente pelos sócios, sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais.

§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição.

§ 2º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso III do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que o serviço foi prestado por sócio da empresa, profissional de profissão regulamentada, ou, se for o caso, profissional da área de treinamento e ensino, e sem o concurso de empregados ou outros contribuintes individuais ou consignando o fato na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, são serviços profissionais regulamentados pela legislação federal, entre outros, os prestados por administradores, advogados, aeronautas, aeroviários, agenciadores de propaganda, agrônomos, arquitetos, arquivistas, assistentes sociais, atuários, auxiliares de laboratório, bibliotecários, biólogos, biomédicos, cirurgiões dentistas, contabilistas, economistas domésticos, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, fonoaudiólogos, geógrafos, geólogos, guias de turismo, jornalistas profissionais, leiloeiros rurais, leiloeiros, massagistas, médicos, meteorologistas, nutricionistas, psicólogos, publicitários, químicos, radialistas, secretárias, taquígrafos, técnicos de arquivos, técnicos em biblioteconomia, técnicos em radiologia e tecnólogos."

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

Dessa forma, a recorrente só estaria desobrigada de efetuar a retenção se atendesse, **cumulativamente**, ao disposto no inciso II do art. 157 da IN 100/2003 transcrito acima. Porém, a notificada não comprova, nos autos, que a contratada não possui empregados, ou que o seu faturamento do mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição. Conforme exposto acima, não basta constar, das notas fiscais, que os serviços foram executados pelos sócios para dispensar a contratante de efetuar a retenção.

Em relação 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 02/2004 a 02/2005, 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 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.

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, também, 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	
Brasile.	02 / 05 / 08
	
Sílvia Alves de Oliveira	
Mat.: Siage 877862	

"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