

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

**Processo n°** 17546.000575/2007-42  
**Recurso n°** 152.653 Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-00.126 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 6 de maio de 2009  
**Matéria** RETENÇÃO  
**Recorrente** AMSTED - MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A  
**Recorrida** DRJ-CAMPINAS/SP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/07/2007

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra

**CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA - OCORRÊNCIA - ÔNUS DA PROVA**

Deixando a empresa de apresentar à auditoria fiscal a documentação necessária à demonstração das condições de realização dos serviços que lhe foram prestados, toma para si o ônus de demonstrar a não ocorrência da hipótese legal, no caso, a inoocorrência de cessão de mão-de-obra

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/07/2005

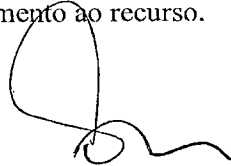
**INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE**

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a argüição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

**RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.**

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 negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vicira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristianc Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

## Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 48/57) informa que as contribuições lançadas incidem sobre as notas fiscais de serviços prestados, sob a modalidade de cessão de mão de obra, emitidas pela empresa Personalize Service S/C Ltda.

A auditoria fiscal informa que não foi apresentado o Contrato de Prestação de Serviços, bem como parte das notas fiscais arroladas, o que prejudicou a determinação das condições e forma de execução dos serviços contratados, bem como impossibilitou a admissibilidade de qualquer redução na base de cálculo tributável.

De acordo com as cópias de notas juntadas aos autos, trata-se de serviços de limpeza, gerais, capina, pintura e outros.

A notificada apresentou defesa (fls. 92/111) onde manifesta seu inconformismo pelo fato de terem sido lavradas cento e vinte e cinco notificações, após quase nove meses de ação fiscal e, no entanto, a mesma dispor de apenas quinze dias para analisar e apresentar defesa de todas elas.

Apresenta preliminar no sentido de que teria ocorrido a decadência no direito de constituição de parte do crédito lançado.

Aduz que inexistente cessão de mão-de-obra no serviço prestado e entende que se o ajuste não se limita ao fornecimento de mão-de-obra sob o controle e orientação do locatário do serviço, ensejando trabalho subordinado ao tomador, não se depara com cessão de mão-de-obra sujeita à retenção.

Alega que em razão da prestadora de serviços ser optante pelo SIMPLES estaria dispensada de realizar a retenção.

Considera que verificando-se o pagamento da contribuição pelo contribuinte prestador dos serviços, não caberia exigir novo recolhimento da exação na tomadora.

Alega que carece de base legal a aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Solicita realização de perícia e indica assistente técnico para realizá-la, bem como os quesitos a serem respondidos.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que manifestou-se pela manutenção das bases de cálculo utilizadas em razão de os contratos juntados aos autos pela recorrente não incluírem todos os serviços prestados, nem todos os estabelecimentos da empresa. Além disso, os valores faturados ultrapassam os valores mensais previstos nas

Planilhas Mensais de Custos anexas aos contratos. Várias notas fiscais tratam de serviços não previstos nos contratos juntados.

Não foi comprovada a inscrição da prestadora no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, bem como a regularidade no fornecimento de vale-transporte.

Os valores discriminados nas notas fiscais como fornecimento de materiais ou não tem previsão contratual ou são superiores ao valor previsto.

Quanto às guias de retenção juntadas aos autos, a auditoria fiscal informa que já haviam sido consideradas quando efetuado o lançamento.

Quanto à alegação de não ocorrência de cessão de mão-de-obra, a auditoria fiscal argumenta que a determinação das condições em que o serviço foi prestado depende dos elementos probatórios que a empresa disponibiliza e esta não apresentou contrato de prestação de serviços. Tal omissão levou à auditoria fiscal a recorrer da presunção com conseqüente inversão do ônus da prova.

Entretanto, mesmo alegando a inoccorrência de cessão de mão-de-obra, a recorrente reconheceu tal condição para esse mesmo prestador, quando efetuou a retenção e recolheu os valores devidos em algumas competências.

A notificada foi intimada do resultado da diligência e manifestou-se (fls. 308/316) alegando o descabimento da presunção da existência de cessão de mão-de-obra adotada pela fiscalização.

Entende que a falta de elementos caracterizadores da cessão de mão-de-obra presume justamente o contrário, a sua não ocorrência.

Pelo Acórdão 05-20.264 (fls. 320/329-verso), a 6ª Turma da DRJ de Campinas/SP julgou o lançamento procedente.

Irrsignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 337/352) onde alega nulidade do lançamento e decisão pautados apenas em presunção, inexistência de cessão de mão-de-obra e inaplicabilidade da taxa de juros SELIC.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.



## Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Quanto à alegação de nulidade do lançamento e decisão que teriam sido pautados apenas em presunções, não confiro razão à recorrente.

No caso do lançamento por retenção, cujo fato gerador é a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, se a tomadora não apresentar os contratos, a fim de que sejam analisadas as condições da prestação de serviços, é possível à auditoria fiscal presumir a ocorrência do fato gerador, uma vez que o contribuinte não pode ser beneficiado por sua omissão.

É necessário esclarecer que a caracterização de cessão de mão-de-obra prescinde da comprovação de que os empregados da prestadora estariam subordinados à tomadora que quando contrata um serviço pretende que este seja realizado conforme o acordado, cabendo à prestadora executá-lo.

Ainda que a recorrente alegue que os serviços prestados não comportam cessão de mão-de-obra, em algumas competências efetuou a retenção, conforme se verifica pelas guias juntadas, as quais já haviam sido aproveitadas na ocasião do lançamento.

Ademais, os contratos juntados aos autos, os quais não correspondem à totalidade de filiais e do período lançado, demonstram que o tipo de serviço prestado, qual seja, limpeza, vigilância, serviços gerais estariam sujeitos à retenção ainda que realizados por meio de empreitada conforme dispõe os §§ 2º e 3º do art. 219 do Decreto nº 3.048/1999.

*“§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

*I - limpeza, conservação e zeladoria;*

*II - vigilância e segurança;*

*III - construção civil;*

*IV - serviços rurais;*

*V - digitação e preparação de dados para processamento; (.....)*

*§ 3º Os serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra”*

A recorrente alega que a base de cálculo deveria ser retificada em face da utilização de determinados equipamentos e fornecimento de materiais para consecução dos serviços de montagem e manutenção de vagões.

O abatimento de valores referentes a materiais e equipamentos da base da retenção pode ser efetuado. Para tanto, é necessária a observação de requisitos como previsão contratual e discriminação em notas fiscais de serviço.

Quanto às deduções de alimentação e vale-transporte, vale lembrar que a Lei nº 8.212/1991 ao tratar das verbas não integrantes da remuneração permite que alimentação e transporte sejam excluídos, desde que fornecidos de acordo com a legislação própria.

No caso da base de cálculo da retenção a Instrução Normativa SRP nº 03/2005, assim dispôs:

*“Art. 152. Poderão ser deduzidas da base de cálculo da retenção as parcelas que estiverem discriminadas na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, que correspondam:*

*I - ao custo da alimentação in natura fornecida pela contratada, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, conforme Lei nº 6.321, de 1976;*

*II - ao fornecimento de vale-transporte de conformidade com a legislação própria.*

*Parágrafo único. A fiscalização da SRP poderá exigir da contratada a comprovação das deduções previstas neste artigo.”*

Verifica-se que deve haver a demonstração de que os valores deduzidos da base de cálculo sejam efetivamente fornecidos aos trabalhadores de acordo com a legislação, o que não ocorreu.

Como a recorrente não comprova o direito de abater valores da base de cálculo da retenção, não é possível alterá-la.

A recorrente alega a inaplicabilidade da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

A aplicação da SELIC encontra respaldo no art. 34 da Lei nº 8.212/1991. Tal dispositivo, ainda que revogado pela Medida Provisória nº 449/2008, encontrava-se vigente no ordenamento jurídico, à época do lançamento e produziu seus efeitos.

Portanto, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo princípio da legalidade, deixar de aplicar dispositivo legal sob o argumento de que seria inconstitucional ou afrontaria lei hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reequadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)”*

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

*“Súmula nº 2*

*O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.*

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009

  
ANA MARIA BANDEIRA - Relatora