



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

Processo nº 17546.000629/2007-70
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.585 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria RETENÇÃO DE 11%
Recorrente AMSTED MAXION FUNDIÇÕES EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/07/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DOS 11% -

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.

RETENÇÃO DOS 11% - CARACTERIZADA A CESSÃO DE MÃO DE OBRA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÔNUS DA TOMADORA DE SERVIÇOS.-

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizado.

SERVIÇO CUJA NATUREZA NÃO PRESCINDA DA UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA A SUA PRESTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. REDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO.

Mesmo não havendo previsão contratual, comprovada que a utilização de equipamentos é inerente a prestação dos serviços, é cabível a redução na base de cálculo da retenção.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negava. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

A presente NFLD, lavrada sob o n. DEBCAD 35.509.117-8, em desfavor da recorrente, decorrente da falta da retenção e recolhimento previdenciários de 11% incidente sobre as remunerações pagas aos segurados empregados das empresas cedentes de mão-de-obra, conforme notas fiscais de prestação de serviços, emitidas pela empresa CSC – CONSTRUTORA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, na forma prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91. O lançamento compreende competências entre o período de 12/2001 a 07/2005.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 109 a 103, diante da documentação apresentada, e, à luz da legislação aplicável à matéria, os créditos apurados foram distribuídos em levantamentos específicos, individualizados por empresa prestadora

A empresa prestadora reduziu, indevidamente, a base de cálculo, sob o pretexto de utilização de equipamentos, sem, no entanto, aplicando, indiscriminadamente, nas notas fiscais, o percentual fixo de 50% para equipamentos e 50% para mão de obra, sem qualquer previsão contratual (o contrato sequer foi apresentado), contrariando, assim, as determinações constantes dos atos normativos, abaixo transcritos. As disposições normativas que regem a matéria, em âmbito administrativo são: Ordem de Serviço INSS/DAF no 203/99 (período de 01/02/99 a 31/05/99), revogada pela Ordem de Serviço INSS/DAF no 209/99 (período de 01/06/1999 a 31/08/211 e Instrução Normativa INSS/DC no 69/2002, alterada pela Instrução Normativa no 80/2002

Ainda conforme fl. 105 do relatório, não foi apresentado o competente Contrato de Prestação de Serviços, prejudicando, assim, a determinação das condições e da forma de execução dos serviços contratados, restando, desta forma, impossibilitada a admissibilidade de qualquer redução na base de cálculo tributável, nos termos do artigo 151, do mesmo ato, ambos acima transcritos.

Foram desprezados, na apuração do crédito, os documentos cujos valores correspondentes a onze por cento dos serviços contidos em cada nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços resultou inferior ao limite mínimo estabelecido pela SRP para recolhimento em documento de arrecadação, nos termos do inciso I do artigo 148, da IN 03/2005.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 27/04/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 28/04/2006.

Inconformado com o lançamento a empresa apresentou impugnação, fls. 238 a 247.

O processo foi baixado em diligência, considerando os argumentos trazidos pelo impugnante e o fato de o auditor descrever que a empresa não apresentou os contratos de prestação de serviços, fl. 366.

Foi emitida informação fiscal, fl. 368 a 369, onde destaca a autoridade fiscal:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 29/10/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 03/12/2012 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 29/11/2012 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO
Impresso em 05/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foram apresentados pela defesa os contratos de prestação de serviços, firmados em 17/04/02 e 01/04/04, às fls. 283/293 e 295/306, assim como o Termo Aditivo datado de 01/04/05, fls. 294.

1.1.2.1 Tais Contratos não abrangem todo o período incluído neste lançamento (12/2001 a 07/2005) estando em vigor apenas de 17/04/02 a 16/04/03 e de 01/04/04 a 31/03/05, prazo de um ano conforme itens 9.1 dos mesmos. O segundo contrato fora prorrogado por mais um ano, de 01/04/05 a 31/03/06, conforme o Termo Aditivo de fls. 294.

1.1.2.2 Não estão anexados aos Contratos os Anexo I - Tabela de Preços Unitários e Serviços e Anexo I - Planilha de Pregos unitários e valor total pela execução dos serviços, partes integrante e complementar dos mesmos, indispensáveis à definição dos serviços prestados.

1.1.2.3 Ambos os Contratos, nos seus itens 3.2 e 3.1, respectivamente, prevêm o fornecimento de toda a mão de obra, equipamentos, máquinas, veículos, ferramentas e materiais necessários, porém não consta a discriminação de valores.

1.1.2.3.1 De acordo com o disposto no art. 150, inciso III da IN 03/05, neste caso, a base de cálculo para a retenção corresponderia a no mínimo a 50 % do valor da Nota Fiscal.

1.1.2.3.2 Na ação fiscal, na falta de apresentação do Contrato, muito embora com discriminação dos valores nas Notas Fiscais, não fora aceita a redução de 50% na base de cálculo, referente a equipamentos e foram apuradas tais diferenças.

1.1.2.3.3 Assim, deverão ser excluídas do presente levantamento as Notas Fiscais, para as quais foram apuradas tais diferenças e que tenham sido emitidas nos períodos abrangidos pelos Contratos apresentados, a saber, de 17/04/02 a 16/04/03 e de 01/04/04 a 31/07/05.

1.1.2.3.4 OBS: As Notas Fiscais no 96 e 3194, que não foram apresentadas, foram mantidas no levantamento, por não restar comprovado o uso de equipamentos.

Hipótese legal em que se subsume o serviço prestado:

1.2.1 Conforme Relatório Fiscal e documentos anexos verifica-se que o presente lançamento refere-se a prestação de serviços diversos, por parte da contratada, na área de construção civil, não estando caracterizada a empreitada total nos serviços prestados.

1.2.2 De acordo com o determinado pelo inciso III do art. 145 da IN 03/2005, a seguir transcrito, na construção civil caracterizada a prestação de serviços por parte da contratada não há de se falar em caracterização da cessão de mão de obra, a saber:

(...)

Na ação fiscal, fora verificado pela fiscalização que a empresa procedeu a retenção dos 11% para a Previdência Social.

conforme, Notas Fiscais, Guias de Recolhimento código 2631 e Relatório de Retenções ao INSS apresentados. Com este procedimento, ela, a Amsted, reconheceu, em relação a este prestador, o enquadramento da prestação de serviço e a obrigatoriedade da Retenção. As Notas Fiscais comprobatórias deste procedimento foram anexadas pela fiscalização.

Devidamente cientificado dos termos da diligência, manifestou-se o recorrente, reiterando a nulidade da autuação pela ausência de caracterização da cessão de mão de obra, bem como que apresentou os documentos na impugnação, fl. 430 a 434. Colaciona diversas declarações de que o serviço foi prestado diretamente pelo proprietário e que o mesmo não possuía empregados.

Foi exarada Decisão, fls. 444 e seguintes, julgando procedente em parte o lançamento, determinando a exclusão das guias cuja retenção restou constatada conforme informação fiscal da autoridade fiscal.

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOCIAIS
Período de apuração: 01/12/2001 a 31/07/2005
PREVIDENCIÁRIO. CESSÃO DE MAO-DE-OBRA. TOMADOR.
RETENÇÃO. RECOLHIMENTO. OBRIGATORIEDADE.
LANÇAMENTO.*

A empresa contratante de serviços, executados mediante cessão de mão-de-obra, deve reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida, no prazo legal, em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

*PREVIDENCIÁRIO. BASE DE CÁLCULOS. INCORREÇÃO.
RETIFICAÇÃO.*

A constatação de erro, na tomada dos valores da base de cálculos, reclama a retificação do valor da contribuição exigida.

Lançamento Procedente em Parte

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 270 a 291. Em síntese, a recorrente em seu recurso traz as mesmas alegações da impugnação, quais sejam:

1. Nulo o lançamento e Decisão pautados apenas em presunção. Preliminarmente, a decisão recorrida deixou de se pronunciar, amparada na petição de princípio de que os serviços fazem parte daqueles sujeitos a retenção.
2. Note-se que a auditoria fiscal fora instada pela DRP a manifestar-se sobre a impugnação e documentos apresentados pela empresa, complementando o lançamento que, justamente, se ressentia da falta de demonstração da ocorrência de cessão de mão-de-obra, eis que a NFLD reconheceu, textualmente, que lançara com base em presunção.
3. Nessa nova manifestação, a auditoria indicou os motivos de convencimento que teriam pautado a conclusão de existência de cessão de mão-de-obra sujeita à retenção. Tais motivos constituem a própria fundamentação do lançamento, pressuposto de validade do

ato administrativo, eis que o art. 142 do Código Tributário Nacional impõe à Administração constatar a ocorrência do fato gerador.

4. A revelar, pois, que não bastava a abertura de prazo de dez dias para colher simples manifestação da ora Recorrente que, só então, se deparou com os fundamentos da constituição do crédito então levados a seu conhecimento. Não se tratava, pois, de simples abertura de prazo ao final da instrução probatória, mas de abertura do prazo de impugnação em face de aditamento do lançamento.
5. Não cabe o lançamento com base em presunção, posto que o próprio auditor reconhece a necessidade de caracterização, posto o próprio CRPS reconhecer a nulidade do lançamento.
6. As alegações da auditoria e da decisão recorrida não afastam essa presunção. Não basta a IN 0305 prever que o serviço prestado constituiria caso de retenção; imprescindível é a demonstração tópica de que as atividades em 'mira preencheriam os pressupostos da cessão — ônus cabia a fiscalização, que dele não se desincumbiu e que, por isso, ensejou a reabertura de diligências, sem que a deficiência fosse suprida considerando que a apuração do crédito foi efetuada a partir dos arquivos digitais, alega a impugnante que parcela considerável dos valores incluídos na NFLD já foi objeto de retenção por parte da empresa;
7. Ocorreu decadência do direito de constituir créditos relativos a fatos geradores ocorridos anteriormente a 03/2001, uma vez que é inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/1991.
8. O conceito contido no § 3 do art. 31 da Lei nº 8.212/91, depreende-se claramente que o dever de retenção restringe-se aos contratos que envolvem locação de serviços, em que é de sua essência o simples "fazer". Assim, se o ajuste não se limita ao fornecimento de mão-de-obra, sob o controle e orientação do locatário do serviço, não se depara com cessão de mão-de-obra.
9. A doutrina esclarece que a "colocação à disposição do contratante" significa que o contratante é quem dirigirá a prestação dos serviços.
10. A impugnante não contratou cessão de mão-de-obra, mas prestação de serviços na área de *manutenção de equipamentos e pintura*.
11. Por se tratar de serviço especializado, o prestador é o único responsável por seus empregados. Nos termos do item 16 da OS nº 203/99, não é considerado cessão de mão-de-obra o serviço que exija a utilização de conhecimentos e/ou capacidades especiais da contratada.
12. Ainda que não haja a previsão contratual, considerando que a utilização de material/equipamento é inerente aos serviços prestados, há de ser aplicada a redução de 50% da base de cálculo, conforme previsão contida no § 8 do art. 219 do Decreto nº 3.048/1999, c/c o § 11 do art. 159 da IN nº 100/2003 e o § 10 do art. 150 da IN nº 3/2005.
13. A impugnante descreve as rotinas utilizadas no pagamento e no lançamento dos valores contidos nas Notas Fiscais de Serviço, concluindo, ao final, que ao apurar as bases de cálculo a partir dos arquivos digitais "Contas a pagar", a Fiscalização incidiu em equívocos, a saber: do valor constante das AP's — Autorização de Pagamento, a fiscalização considerou valores que, na verdade, já haviam sido objetos da retenção.

14. Foram tributados valores que não guardam nenhuma relação com a hipótese de incidência da retenção, tais como: adiantamentos aos prestadores para pagamento de vale-transporte e vale-refeição, valores relativos a reembolso de despesas incorridas na prestação de serviço, como despesas de viagens e estadia e outros.
15. O tomador dos serviços é o responsável tributário, conforme previsão contida no art. 128 do Código Tributário Nacional — CTN, mas, por analogia ao Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 3000/1999), a comprovação do recolhimento por parte da empresa contratada, o desobriga.
16. Não bastar, verifica-se que o serviço foi prestado por • empresa sem empregados, efetuado pessoalmente pelo próprio titular, conforme declarações da própria empresa prestadora, firmadas por seu representante legal, sob as penas da lei, nas quais atesta não possuir empregados, e que seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição. Sendo assim, a Recorrente não estava mesmo obrigada a efetuar a retenção, nos moldes do que dispõe o art. 148, II, juntamente com seu § 1.
17. 33. A decisão recorrida sustenta que a contratada — CSC – CONSTRUTORA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA - não atenderia os requisitos da IN 03105, art. 148, já que "*o faturamento ... foi superior a duas vezes o limite do salário-de-contribuição*" (fls.262).
18. 38. Além disso, é inócua e sem qualquer respaldo legal a exigência adicional quanto ao faturamento da contratada ("*faturamento do mês anterior ... igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, cumulativamente*" eis que o prestador de serviços que não possui empregados não pratica o fato jurídico tributável e, portanto, não é sujeito passivo de obrigação.
19. Nesse sentido , ao manter a retenção nos casos em que a contribuição é indevida — assim, quando o prestador de serviços não tem empregados, mas ostenta faturamento superior "*a ... duas vezes o limite máximo do salário-de-contribuição*" - a Administração passou a exigir exação diversa daquela prevista no artigo 195, I, 'a', da CF/88. Ou seja, a norma infra-legal pretendeu fazer nascer uma nova contribuição previdenciária residual.
20. É inconstitucional e ilegítima a cobrança dos juros com base na taxa SELIC, por afronta ao artigo 161, *caput* e § 11 do CTN e ao artigo 150, inciso I, da Constituição da República.
21. Diante do exposto, requer-se o provimento do presente recurso pelo Eg. Conselho de Contribuintes, para anular o lançamento, pautado, exclusivamente em presunção, ou, assim não se entendendo, o que se admite à guisa de argumentação, para reformar a decisão e cancelar o lançam

A DRFB encaminhou o recurso a este conselho para julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos. Superados os pressupostos, passo ao mérito.

DO MÉRITO

Em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa ou falta de definição clara dos fatos geradores que ensejaram o lançamento. No mesmo sentido, não existe qualquer nulidade na decisão de 1. Instância, tendo em vista que o julgador promoveu a apreciação dos fatos dentro do que prevê a legislação pertinente, sendo que o fato de não ter se engajado ao raciocínio do recorrente, desde que tenha fundamentado seu voto não importa qualquer nulidade.

Em se tratando de contratação de serviços mediante cessão ou empreitada de mão de obra é clara a legislação vigente à época, acerca da responsabilidade do contratante em reter 11% do valor da nota fiscal, recolhendo o fruto da retenção no CNPJ da empresa contratada, cabendo a empresa contratante, quando da execução dos serviços, reunir os elementos que comprovassem que a mesma estaria dispensada da execução da referida retenção de 11%.

Pelas informações trazidas no relatório fiscal, bem como pelo que restou demonstrado na informação fiscal, a recorrente não cumpriu a obrigação de reter e recolher as contribuições previdenciárias correspondentes sobre a totalidade dos serviços que lhe foram prestados, reduzindo a base de cálculo, descumprindo os preceitos normativos que regem a matéria.

Quanto a alegação do recorrente de que o lançamento deu-se por presunção não lhe confiro razão.

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação conferida pela Lei nº 9.711/1998, nestas palavras:

“Art. 31. 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, observado o disposto no § 5º do art. 33. (Redação dada pela MP nº 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei nº 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei nº 9.711/98.”

A recorrente tomou serviços que envolveram empreitada de mão-de-obra, prova disso que procedeu a retenção sobre o que considerava ser a mão d e obra empregada.

Assim, não merecer guarida qualquer alegação acerca da nulidade pela não caracterização de cessão de mão de obra.

Conforme descreveu a autoridade julgadora em diligência, foi proposto pelo auditor fiscal a retificação do débito considerando a apresentação parcial dos contratos para que se pudesse determinar a base de cálculo. Vejamos a referida decisão:

Da diligência e da retificação Ocorreu que durante a ação fiscal o contribuinte deixou de apresentar o contrato de prestação de serviços, bem como parte das notas fiscais relativas a esses serviços. Por conseguinte, diante dos documentos juntados os autos foram baixados em diligência. Isto porque o Serviço de Contencioso necessitava saber se tais documentos, que aparentemente possuíam alguma relação com os fatos geradores do presente lançamento, já haviam sido observados durante a ação fiscal. Dai a determinação dessa diligência, para que a autoridade julgadora formasse a sua convicção.

Assim, em cumprimento dessa diligência, a Auditora-Fiscal notificante retifica o lançamento, bem como acrescenta algumas considerações, das quais destacamos:

As Notas Fiscais trazidas aos Autos, fls. 277/282 e 307/363, já haviam sido apresentadas e analisadas na ação fiscal, em nada modificam o entendimento inicial.

1.1.2 Foram apresentados pela defesa os contratos de prestação de serviços, firmados em 17/04/02 e 01/04/04, as fls. 283/293 e 295/306, assim como o Termo Aditivo datado de 01/04/05, fls.294.

1.1.2.3 Ambos os Contratos, nos seus itens 3.2 e 3.1, respectivamente, prevêem o fornecimento de toda a mão de obra, equipamentos, máquinas, veículos, ferramentas e materiais necessários, porém não consta a discriminação de valores.

Assim, deverão ser excluídas do presente levantamento as Notas Fiscais, para as quais foram apuradas tais diferenças e que também tenham sido emitidas nos períodos abrangidos pelos Contratos apresentados, a saber, de 17/04/02 a 16/04/03 e de 01/04/04 a 31/07/05.

OBS.: As Notas Fiscais nº 96 e 3194, que não foram apresentadas, foram mantidas no levantamento, por não restar comprovado o uso de equipamentos.

1.4 Tendo em vista todo o que foi acima exposto, e considerando que a presente análise importa na retificação parcial do crédito previdenciário, anexa-se a seguir novo Demonstrativo de Pagamentos e Apuração das Retenções Devidas Anexo I, em substituição aos de fls. 110/157, bem como o Quadro Demonstrativo de Crédito Retificado, objeto do Anexo II.

“

Note-se, pois, que em decorrência dos contratos juntados, ainda que não se refiram ao período total do lançamento, dos quais consta a previsão do fornecimento de material/equipamento, corroborado com as notas fiscais, procedeu-se a exclusão dos valores correspondentes, nas competências de 04/2002 a 04/2003 e de 04/2004 a 07/2005. Quando, então, é apresentado novo demonstrativo dos valores excluídos. Pelo que o lançamento permanece inalterado em face às demais competências.

Por conseguinte, impõe-se a retificação do valor do débito, de R\$ 111.742,26 (Cento e onze mil e setecentos e quarenta e dois reais e vinte e seis centavos), para R\$ 28.189,22 (Vinte e oito mil e cento e oitenta e nove reais e vinte e dois centavos), na forma do Discriminativo Analítico do Débito Retificado — DADR, cópia do qual juntamos ao presente acórdão.

Quanto ao argumento que os demais serviços também foram prestados mediante fornecimento de material por isso cabível a redução da base de cálculo, não lhe confiro razão. O fato de a lei não exigir que os contratos de prestação de serviços sejam solenes, não desobriga de “comprovar” o cumprimento da obrigação previdenciária. Para obter o benefício legal da redução da base de cálculo, compete a empresa provar o fornecimento de materiais e não apenas argumentar. Conforme descrito pela autoridade julgadora, necessário se faz a apresentação dos contratos para que determine o valor dos materiais e mão de obra empregada nos contratos.

O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação disponível e a descrição das contratações mediante empreitada e cessão de mão-de-obra (quando possível). Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, observados os limites de deduções (quando cabíveis) e recolher a importância devida.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

“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.”

DOS JUROS SELIC

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento,

ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF:

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 do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais

Quanto a alegação de inconstitucionalidade, seja da contribuição devida ou mesmo dos juros aplicáveis, no mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por todo o exposto, entendo que o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos acima.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO para no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Do preciso relatório e do consistente voto apresentados pela Ilustre Relatora, observa-se que a mesma, como também pensa esse Julgador, compactuam do entendimento de que efetivamente os serviços envolvidos no lançamento foram executados mediante cessão de mão de obra, por isso estavam sujeitos aos ditames do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, sendo obrigatória a retenção de 11% pela empresa tomadora de serviço – a autuada.

Nossa divergência reside, todavia, na possibilidade de redução da base de cálculo da retenção. Entendeu a Conselheira Elaine Cristina no presente caso que, a falta de apresentação dos contratos impediria que se considerasse a utilização equipamentos, a qual seria a causa para que se aplicasse a retenção sobre o faturamento constante da fatura com dedução de percentual relativo ao custo dos equipamentos.

Inclino-me a adotar posicionamento diverso. Para mim os serviços executados para a autuada pela empresa CSC – CONSTRUTORA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA, conforme os contratos acostados parcialmente durante a auditoria, não prescindiam da utilização de equipamentos, os quais eram fornecidos pela empresa tomadora dos serviços. Senão vejamos excerto da decisão de primeira instância, reproduzida no relatório do voto do qual divirjo:

1.1.2.3 Ambos os Contratos, nos seus itens 3.2 e 3.1, respectivamente, prevêem o fornecimento de toda a mão de obra, equipamentos, máquinas, veículos, ferramentas e materiais necessários, porém não consta a discriminação.

Na data da lavratura, vigia a IN DRP n.º 03/2005, aplicável ao lançamento, nos termos do art. 144, § 1.º, do CTN, posto que, quanto à fixação da base de cálculo da retenção, trouxe novos critérios de apuração. De acordo com esse normativo, mesmo não havendo previsão contratual para utilização de equipamentos, caso os mesmos sejam considerados inerentes ao serviço prestado, há de se aplicar a redução na base de cálculo da retenção.

Eis as regras em questão:

Art. 150. *Os valores de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, cujo fornecimento esteja previsto em contrato, sem a respectiva discriminação de valores, desde que discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, não integram a base de cálculo da retenção, devendo o valor desta corresponder no mínimo a: (Redação dada pela IN SRP nº 20, de 11/01/2007)(Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)*

I - cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;

II - trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços para os serviços de transporte passageiros, cujas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada;

III - sessenta e cinco por cento quando se referir à limpeza hospitalar e oitenta por cento quando se referir aos demais tipos de limpezas, do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 1º Se a utilização de equipamento for inerente à execução dos serviços contratados, mas não estiver prevista em contrato, a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, a cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, desde que haja a discriminação de valores nestes documentos, observando-se, no caso da prestação de serviços na área da construção civil, os percentuais abaixo relacionados:

(...)

Diante das regras acima, por ter em conta que os serviços envolvidos no lançamento necessitavam de equipamentos para sua execução, tenho a concluir que a redução de cinquenta por cento na base de cálculo aplicada pela empresa tomadora, para obter o valor da retenção, era cancelada pela legislação previdenciária.

Conclusão

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo