



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

Processo nº 17546.000632/2007-93
Recurso nº 158.816 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.130 – 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: 01/11/2004 a 31/07/2005

RETENÇÃO

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 inoccorrência de cessão de mão-de-obra

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2004 a 31/07/2005

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição 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 de nulidade 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 Cristiane 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. 37/47) 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 Metal Lex Construções Ltda EPP.

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.

Pelas cópias de notas fiscais juntadas, verifica-se que o serviço prestado é de inspeção de vagões.

A notificada apresentou defesa (fls. 79/99) onde alega 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 a apresentar defesa de todas elas.

Aduz que inexistente cessão de mão-de-obra no serviço prestado, uma vez que se trata de serviço de reforma e reparos de vagões em que os segurados são mantidos sob o poder de comando do próprio prestador.

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.

Argumenta que a base de cálculo deveria ser retificada em face da utilização de determinados equipamentos e fornecimento de materiais para consecução dos serviços contratados.

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 em relação à defesa e aos documentos juntados aos autos (fls. 152/154), no sentido de que quanto à guia apresentada na defesa relativa à competência 02/2005, não apresentada à auditoria fiscal à época da ação fiscal, seria necessária a retificação do 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.

A notificada foi intimada do resultado da diligência e manifestou-se (fls. 165/174) 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.

Considera que pelo fato da prestadora de serviços ser optante pelo SIMPLES fica afastada a sistemática de recolhimento instituída pela Lei nº 9.711/1998.

Pelo Acórdão 05-20.257 (fls. 179/189), a 6ª Turma da DRJ de Campinas/SP julgou o lançamento procedente em parte.

Irresignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 197/212) efetuando repetição das alegações já apresentadas na defesa.

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.

Ainda que a recorrente alegue que os serviços prestados não comportam cessão de mão-de-obra, não trouxe aos autos o contrato estabelecendo as condições da prestação. Portanto, toda as considerações conceituais apresentadas no que tange à cessão de mão-de-obra, perdem relevância se a recorrente não dá condições de verificação, no caso concreto, da ocorrência ou não da cessão de mão-de-obra.

O mesmo raciocínio se aplica à alegação de que não foram abatidos os valores correspondentes a materiais e equipamentos que teriam sido usados na realização dos serviços.

Para que a base de cálculo seja diminuída de tais valores, há requisitos a serem observados pela empresa, quais sejam, previsão contratual do fornecimento de materiais e equipamentos com seus respectivos valores e discriminação das parcelas correspondentes nas notas fiscais.

In casu, não se verifica o cumprimento de quaisquer dos requisitos, em razão da recorrente não haver apresentado o contrato e as notas fiscais, cujas cópias foram juntadas aos autos, não possuem qualquer discriminação de valores correspondentes a materiais ou equipamento.

Quanto à dispensa de retenção sobre os serviços prestados por empresa optante pelo SIMPLES, cumpre dizer que o período do lançamento não corresponde àquele previsto na legislação de regência quando dispor não serem passíveis de retenção os serviços prestados por empresas que optaram pelo citado regime diferenciado de tributação.

No período do presente lançamento, não há na lei que estabeleceu a obrigatoriedade de retenção qualquer exceção.

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 reenquadramento 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 - Juis 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