



Processo nº 19740.000479/2008-12
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2201-009.142 – 2^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária**
Sessão de 01 de setembro de 2021
Recorrente FUNDACAO DE ASSISTENCIA E PREVIDENCIA SOCIAL DO BNDES - FAPES
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2002 a 30/10/2005

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%.

A empresa tomadora de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra é obrigada a reter e recolher, em nome da contratada, 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a teor do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei nº 9.711/99.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir da base de cálculo do lançamento os valores relativos à empresa AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA. Vencida a conselheira Débora Fófano dos Santos, que negou provimento.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Savio Salomão de Almeida Nóbrega (suplente convocado(a)), Debora Fofano dos Santos, Fernando Gomes Favacho, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra decisão da DRJ, que julgou o lançamento procedente em parte.

Reproduzo o relatório da decisão de primeira por bem sintetizar os fatos:

De acordo com o relatório Fiscal de fls. 90/110, o presente lançamento fiscal cinge-se as contribuições previdenciárias devidas pela FAPES na qualidade de responsável legal, sendo o objeto deste lançamento a **retenção de 11%** (onze por cento) do valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal de prestação de serviços (NFS), executados mediante cessão de mão de obra, emitidas pelas empresas contratadas abaixo identificadas, não recolhidas quando do pagamento dos respectivos serviços.

2. Quanto à apuração das bases de cálculo das contribuições previdenciárias, o relatório fiscal divide as empresas prestadoras em dois grupos, a saber: a) o primeiro grupo contém as empresas para as quais a contratante FAPES não aplicou o instituto da retenção dos 11% sobre nenhuma das notas fiscais emitidas pelas empresas contratadas; b) o segundo grupo relaciona as empresas para as quais a contratante FAPES aplicou o instituto da retenção dos 11% sobre uma parcela das notas fiscais emitidas pelas contratadas e recolheu os respectivos valores retidos em guias de recolhimento emitidas em nome das empresas contratadas e nas competências mês/ano das datas de emissão dos respectivos documentos fiscais.

3. Anexos ao Relatório Fiscal:

- Anexo R01 - Contratos celebrados entre a FAPES e a A G PIRES, notas fiscais e solicitação de depósitos bancários, fls. 111/128 - Promoções de decorações de festas;
- Anexo R02 - Contratos celebrados entre a FAPES e a AIR POINT AR CONDICIONADO LTDA e notas fiscais, fls. 129/160 - Serviços de Instalação de sistemas de ar condicionado;
- Anexo R03 - Contratos celebrados entre a FAPES e a AUSISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA e notas fiscais, fls. 161/180 - Serviços técnicos especializados em conferência e digitação de contas médicas;
- Anexo R04 - Contratos celebrados entre a FAPES e a BUROCENTER SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e notas fiscais, fls. 181/298 - Serviços técnicos especializados de colocação de divisórias, e montagem e desmontagem de mobiliário;
- Anexo R05 - Contratos celebrados entre a FAPES e a CONCARP CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA e notas fiscais, fls. 299/317 - Serviços técnicos de limpeza e higienização de carpete;
- Anexo R06 - Contratos celebrados entre a FAPES e a CONSULTAM CONSULTORIA E AUDITORIA MÉDICA LTDA e notas fiscais, fls. 318/391 - Serviços técnicos especializados de conferencia e digitação de despesas médicas realizadas pelos beneficiários;
- Anexo R07 - Contratos celebrados entre a FAPES e a DELTASYS TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA e notas fiscais, fls. 392/455 - Obras de ampliação, adequação e reforma dos escritórios da FAPES;
- Anexo R08 - Contratos celebrados entre a FAPES e a FACTOR -REFRIGERAÇÃO E AR CONDICIONADO LTDA e notas fiscais, fls. 456/489 - Obras de ampliação, adequação e reforma dos escritórios da FAPES;
- Anexo R09 - Contrato celebrado entre a FAPES e a FANFARRA CARIOCA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA e notas fiscais, fls. 490/499 - Apresentação teatral para evento da FAPES;
- Anexo R10 - Contratos celebrados entre a FAPES e a FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS e notas fiscais, fls. 500/517 - Execução do Curso de "Gerência de Projetos" a ser ministrado nas instalações da FAPES;
- Anexo R11 - Contratos celebrados entre a FAPES e a GUANAMBI W PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA e notas fiscais, fls. 518/524 - Apresentação de Elisa Lucinda Campos Gomes a serministrado nas instalações da FAPES;

- Anexo RI 2 Contratos celebrados entre a FAPES e a H. F. N. DA ROCHA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS e notas fiscais, fls. 525/534 - Contratação de banda musical para a festa de final de ano da FAPES e de coquetel de comemoração do aniversário de 53 anos da existência do BNDS;
 - Anexo RI3 - Contratos celebrados entre a FAPES e a HIDELMA -HIDRÁULICA, ELÉTRICA E MANUTENÇÃO LTDA e notas fiscais, fls. 535/564 -Prestação de serviços de manutenção predial;
 - Anexo RI4 - Contratos celebrados entre a FAPES e a LAJEDO SERVIÇOS DE FESTAS E RECEPÇÕES LTDA*e"~notas fiscais, fls. 565/573 - Locação de espaço para realização do evento de Treinamento, incluindo o fornecimento de serviços de alimentação;
 - - Anexo R15 - Contratos celebrados entre a FAPES e a MAISON VERT LTDA *w* e notas fiscais, fls. 574/613 - Contratação temporária de enfermeiras;
 - Anexo RI6 - Contratos celebrados entre a FAPES e a MARK BUILDING GERENCIAMENTO PREDIAL LTDA e notas fiscais, fls. 623/716 - Serviços de conservação e limpeza do prédio;
 - Anexo RI 7 - Contrato celebrado entre a FAPES e a NÚCLEO DE PENSAMENTO & AÇÃO LTDA e nota fiscal, fls. 717/724 - Serviços de treinamentos no programa de desenvolvimento gerencial;
 - Anexo RI8 - Contratos celebrados entre a FAPES e a ÔMEGA MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS S/C LTDA - ME e notas fiscais, fls. 725/788 - Serviços de conservação e limpeza do prédio;
 - Anexo RI9 - Contratos celebrados entre a FAPES e a SERGIO NOGUEIRA CONSULTORIA DE LÍNGUA PORTUGUESA e notas fiscais, fls. 789/805 - Realização de dois cursos na FAPES;
 - Anexo R20 - Contrato celebrado entre a FAPES e a SISPREV CONSULTORIA E SISTEMAS LTDA e notas fiscais, fls. 806/814 - serviços de coordenação e realização de "um ciclo de palestras sobre sistemas previdenciários" na FAPES ou nas instalações por ela fornecidas;
 - Anexo R21 - Contrato celebrado entre a FAPES e a TATO DE LARA CONSULTORIA LTDA e notas fiscais, fls. 815/823 - Treinamento experimental ao ar livre;
 - Anexo R22 - Contrato celebrado entre a FAPES e a EIRE COMM TELEMÁTICA LTDA e notas fiscais, fls. 824/834 - Remanejamento e lançamento de cabo ótico e fusão;
 - Termos de posse da atual diretoria, documentos de identidade dos diretores, CPF e comprovantes de residência - fls. 835/847;
 - Recibos de arquivos entregues ao Contribuinte - fls. 848/852; **DA IMPUGNAÇÃO**
4. Cientificada pessoalmente do lançamento fiscal, em 06/10/2008, por meio de seu diretor superintendente, conforme fls. 01, a Entidade protocolou defesa em 05/11/2008 juntada aos autos sob às fls. 854/882, referindo em síntese que:
- Das Razões da Impugnante**
- 4.1. para que surja a obrigação de a empresa praticar a retenção é necessário caracterizar a prestação dos serviços como cessão de mão de obra, na forma da lei;
 - 4.2. na cessão de mão de obra existe a colocação de segurados à disposição da contratante, com submissão ao poder de comando desta, em suas dependências ou nas dependências de terceiros, para a realização de serviços contínuos, relacionado ou não com a atividade fim da contratante;
 - 4.3. por serviços contínuos entendem-se aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem contínua ou periodicamente;

4.4. dessa forma, estando ausentes as características supramencionadas, não haverá cessão de mão de obra, mas mera prestação de serviço, não sendo possível aplicar o instituto da retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura de serviços;

4.5. logo, é necessário para caracterizarmos a cessão de mão de obra, analisarmos os casos concretos;

REFISC)

4.5.1. A G. PIRES ORAGANIZAÇÃO E EVENTOS (Anexo R01 ao

Trata-se de empresa contratada para a realização de evento -festa de final de ano - com prestação de serviços de recepção, decoração e fornecimento de material. Durante o período fiscalizado foram prestados serviços em apenas duas ocasiões totalmente distintas.

Assim, não estão presentes os elementos caracterizadores da cessão, pois inexiste a colocação de mão de obra à disposição e sob o comando da contratante, bem como não se trata de serviço contínuo ou necessidade permanente da contratante, constituindo mera prestação de serviço eventual.

Dessa forma, por não se enquadrar no conceito de cessão e mão de obra, conforme legislação previdenciária, inteiramente incabível a retenção e, consequentemente, a contribuição previdenciária lançada pelo fisco.

4.5.2. AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA (Anexo R03 ao REFISC)

Trata-se de contrato de prestação de serviços técnicos especializados relativos à conferência e à digitação de contas médicas.

Segundo o Relatório da Fiscalização, a caracterização da cessão de mão de obra teria como principal fundamento o disposto na Cláusula 4^a do Contrato, que dispõe que a "a relação da CONTRATANTE e os empregados ou profissionais contratados pela CONTRATADA, que executarem o objeto do presente Contrato, não configurará, em hipótese alguma, vínculo empregatício."

Ora, o que caracteriza a existência ou não da cessão de mão de obra é a análise do caso concreto face às determinações da legislação trabalhista e não a mera extração de um dispositivo contratual padrão(...)

Ademais, a própria legislação previdenciária restringiu o conceito de cessão de mão de obra, que fica descaracterizada, para fins da incidência da retenção, quando a disponibilização da mão de obra e a prestação dos serviços ocorrer nas dependências da própria empresa contratada(...)

4.5.3. BUROCENTER SERVICOS E PARTICIPACÕES LTDA (Anexo R04 ao REFISC)

Trata-se de empresa contratada para a realização de serviço de desmontagem, remanejamento e montagem de mobiliário.

Não houve colocação de mão de obra à disposição e sob o comando da contratante, não sendo caso de transferência de subordinação do cedente para o cessionário, caracterizándose como mera prestação de serviço eventual, em decorrência da mudança de sede da empresa e posterior expansão dos escritórios da mesma.

Assim, como o item supramencionado, por não se enquadrar no conceito de mão de obra, conforme legislação previdenciária, incabível a retenção e, consequentemente, a contribuição lançada pelo Fisco.

4.5.4. CONSULTAM CONSULTORIA E AUDITORIA MÉDICA LTDA

De fato, o contrato constante do Anexo R06 ao REFISC tem por objeto a prestação de serviços especializados relativos à conferência e digitação, com a instalação de um 'bureau' de conferencia e digitação na sede da contratante.

Tais serviços foram objeto de retenção da contribuição previdenciária, conforme pode verificar a fiscalização.

Entretanto, existem dois outros contratos firmados entre a Impugnante e a empresa Consultam, em 24/06/2004 e 07/01/2005, respectivamente, que não estão anexados ao REFISC e são diversos do anteriormente citado, tendo por objeto, o primeiro, a prestação de serviços de assessoria técnica, consistente em análise da rede credenciada da FAPES e negociações visando adequar os preços praticados pela rede aos preços praticados pelo mercado e, o segundo, a prestação de serviços técnicos especializados de auditoria médica junto aos serviços de internações domiciliares da contratante, verificando os procedimentos efetuados pelos mesmos junto aos beneficiários e respectivos dependentes, conferindo o fechamento das respectivas contas de despesas de internações, (tais contratos seguem no Anexo III da presente impugnação).

Ou seja,, em ambos os casos, trata-se de serviço de auditoria médica, não incluído dentre os serviços sujeitos à retenção, conforme listagem do art. 219 do Decreto 3.048/99 e arts. 145 e 146 da Instrução Normativa SRP n. 03/2005. J

4.5.5. FANFARRA CARIOSA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA (Anexo R09 ao REFISC)

A referida empresa foi contratada para a apresentação de um espetáculo teatral, em um evento de treinamento dos empregados da contratante. Durante o período fiscalizado, foi prestado apenas este serviço, daí afastada por completo a característica exigida pela legislação de serviço contínuo.

(...)

4.5.6. FUNDACÃO GETÚLIO VARGAS (Anexo RIO ao RIFISC)

Esta empresa foi contratada para execução do curso de 'Gerência de Projetos', com duração de 3 dias úteis. Durante o período fiscalizado, foi prestado apenas este serviço, daí afastada a característica exigida pela fiscalização de serviço contínuo.

No presente caso, como no precedente, além de não apresentar os elementos caracterizadores da cessão, pois inexiste a colocação de mão de obra à disposição e sob o comando do contratante, bem como não se trata de serviço contínuo ou necessidade permanente da contratante, tal contratação apresenta-se como empreitada.

4.5.7. GUANUMBI PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA (Anexo R11 ao

(.)Durante o período fiscalizado, foi prestado apenas este serviço, daí afastada a característica exigida pela fiscalização de serviço continuo.

Além de não apresentar os elementos caracterizadores da cessão, pois inexiste a colocação de mão de obra à disposição e sob o comando do contratante, bem como não se trata de serviço contínuo ou necessidade permanente da contratante, tal contratação apresenta-se como empreitada.

4.5.8. H. F. N. DA ROCHA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS (Anexo R12 ao

A empresa por duas vezes, prestou serviços à Impugnante. A primeira delas para apresentação de banda musical em evento da contratante -festa de final de ano - e a segunda para prestação de serviços de buffet.

^ Mais uma vez, não encontram-se presentes os elementos

caracterizadores da cessão, pois inexiste a colocação de mão de obra à disposição e sob o comando da contratante, bem como não se trata de serviço contínuo ou necessidade permanente da contratante, constituindo mera prestação de serviço eventual.

4.5.9. LAJEDO SERVICOS DE FESTAS E RECEPÇÕES LTDA (Anexo R13 ao REFISC)

O objeto do contrato foi a locação de espaço e fornecimento de alimentação para um único dia de treinamento dos-empregados da contratante.

Mais uma vez, trata-se de mera prestação de serviços de natureza eventual, ausentes os elementos caracterizadores da cessão, pelo que nos reportamos às considerações apresentadas no inciso' VII supra.

4.5.10. MAISON VERT LTDA (Anexo R15 ao REFISC)

^ A Impugnante é entidade fechada de previdência complementar

patrocinada pelas empresas integrantes do denominado "Sistema BNDES". Na forma permitida por sua legislação de regência, além de sua atividade de previdência, ela administra o plano de saúde oferecido por suas patrocinadoras a seus empregados, encontrando-se regularmente inscrita na Agência Nacional de Saúde Suplementar, como operadora na modalidade de autogestão.

Neste sentido, a Impugnante firma convênios com diversas pessoas físicas e jurídicas, que atenderão aos usuários do plano de saúde instituído por mencionadas empresas.

Assim, com relação à empresa MAISON VERT, duas situações distintas estão abrangidas pela Fiscalização:

- Contratação temporária de enfermeiras, para prestação de serviços no Ambulatório Médico mantido pela Impugnante - hipótese típica de cessão de mão de obra, com atividades realizadas nas dependências da contratante e subordinação dos segurados ao poder de comando desta, sendo certo que, sobre os valores faturados a este título, a contratante efetuou a devida retenção e recolhimento das contribuições previdenciárias.

- - Contrato firmando no âmbito do plano de saúde supramencionado, na especialidade "Internação Domiciliar", também denominada de "home care" que, como veremos, não constitui cessão de mão de obra (vide contrata no Anexo IIida presente Impugnação).

(...)

Ou seja, a empresa contratada, ao executar as atividades de internação domiciliar, não é mera fornecedora de mão de obra, mas o serviço contratado constitui verdadeiramente a atividade-fim da contratada, com os empregados nela utilizados sob seu exclusivo comando, supervisão e responsabilidade, sem qualquer ingerência da contratante, o que pode ser verificado até mesmo pela simples leitura da Carta DEPAS 004/99, bem como do relatório anexo à nota fiscal Hf objeto do lançamento fiscal, ambos integrantes do Anexo R15 ao

REFISC, onde sequer são identificados os empregados da contratada utilizados na prestação dos serviços, a quantidade destes, a qualificação profissional, enfim, absolutamente nenhuma menção que pudesse fazer supor existir a alegada cessão de mão de obra.

4.5.11. MARK BUILDING GERENCIAMENTO PREDIAL LTDA (Anexo R16 ao REFISC)

*A ora Impugnante mantém, de*fato, dois contratos de prestação de serviços com a empresa em referência, tendo por objeto os serviços de operação, manutenção preventiva e corretiva, conservação e limpeza nas instalações de dois- imóveis* debita propriedade, com pagamentos mensais, sobre os quais refetuct a retenção da contribuição previdenciária, conforme pôde verificar a fiscalização.*

A existência destes contratos, \onforme se verifica da planilha constante do Anexo RI 6, certamente levou o fisco a entender como por

A eles abrangidos os serviços cobrados através das notas fiscais ns.

w 1061, 1062 e 2192, as duas primeiras de 24/10/2005 e a última de 16/02/2006.

Entretanto, a análise dos referidos documentos fiscais (parte integrante do mencionado Anexo R16) comprova que os mesmos não foram faturados nas mensalidades relativas aos contratos, mas a prestação de serviços eventuais(...)

Portanto, está claro que ocorreu um equívoco da fiscalização.)

4.5.12. NÚCLEO DE PENSAMENTO & AÇÃO LTDA (Anexo R17 ao REFISC)

- **SERGIO NOGUEIRA CONSULTORIA DE LÍNGUA PORTUGUESA** (Anexo R19 ao REFISC)

- **SISPREV CONSULTORIA E SISTEMAS LTDA** (Anexo 20 ao REFISC)

- **TATO DE LARA TREINAMENTO E CONSULTORIA LTDA** (Anexo R21 ao REFISC)

Todas as empresas foram contratadas, mediante empreitada, para a execução de programas de treinamento, de curta duração, estando afastada a característica exigida pela legislação de serviço contínuo.

4.5.13. WIRE COMM TELEMÁTICA LTDA (Anexo R22 ao REFISC)

Também ausentes os requisitos característicos da cessão de mão de obra, mas tão somente a mera prestação de serviços eventuais, de natureza esporádica, consistente na mudança de trajetória do cabo de fibra óptica que atende a um link entre os prédios onde se localizam os escritórios da Impugnante.

Não há continuidade no serviço, nem mesmo intermitência, tratando-se de serviço único. Não há qualquer transferência de subordinação da contratada para a contratante, restando totalmente descaracterizada a cessão de mão de obra, razão porque é descabida a retenção e, consequentemente a retenção e, consequentemente, a contribuição previdenciária lançada pelo Fisco.

4.6. A seguir a Impugnante tece comentários acerca da responsabilidade da contratante em razão da não retenção previdenciária, com relação às empresas **AIR POINT AR CONDICIONADO LTDA, CONCARP CONSERVAÇÃO E LIMPEZA LTDA, DELTASYS TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA, FACTOR REFRIGERAÇÃO E AR CONDICIONADO LTDA, HIDELMA HIDRÁULICA, ELÉTRICA E MANUTENÇÃO LTDA e ÔMEGA MANUTENÇÃO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS S/C LTDA ME, que não foram objeto de impugnação da base de cálculo.**

4.7. Refere que poderia ser alegado que a contratante é substituta tributária, entretanto, isto transferiria à contratante a obrigação de recolher às contribuições previdenciárias cuja responsabilidade originária seria das contratadas. Assim, não haveria a possibilidade de restituição dos valores retidos não compensados com as contribuições devidas pela empresa contratada, por encontrar-se esta afastada da relação obrigacional.

4.8. Dessa forma, a Impugnante assevera que a obrigação de retenção se reveste de caráter instrumental, isto é, obrigação acessória, que se descumprida pode originar a imposição de multa.

10.4:

4.9. Refere ratificar esse entendimento o disposto no Relatório fiscal subitem

10.4 - Descumprimento de obrigações acessórias I - Por deixar a empresa FAPES, contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços para o recolhimento ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, esta Fiscalização lavrou o Auto de Infração N. 37.179.456-0.

4.10. Ou seja, a própria fiscalização entende que essa obrigação é acessória, tendo lavrado o Auto de Infração pelo descumprimento desta obrigação, com a imposição de penalidade de multa que será paga pela Impugnante.

4.11. A seguir faz paralelo com a situação da obrigatoriedade da fonte pagadora em reter o Imposto de Renda, referindo que no caso da não retenção, mantém-se a

obrigação do contribuinte pagar o Imposto de renda, não sendo a mesma transferida à fonte pagadora.

4.12. Refere que nos lançamentos ora impugnados, como pode ser verificado nos anexos ao REFISC, resta incontroverso que não houve destaque da retenção pelas empresas prestadoras dos serviços. Da mesma forma que não houve também a retenção pela Impugnante, ficando as prestadoras de serviço impedidas de efetuar qualquer lançamento, compensação ou pedido de restituição.

4.13. Assim, as contribuições devidas por tais empresas prestadoras não sofreram qualquer redução em decorrência dos serviços prestados à Impugnante, não havendo nenhum prejuízo ao Fisco.

4.14. Não há sequer notícia de que houve fiscalização nas empresas contratadas, sendo verificado inadimplemento por parte dos contribuintes originários.

4.15. Exigir tais contribuições da Impugnante seria, dessa forma, instituir contribuição nova, afrontando os princípios constitucionais tributários, com base de cálculo não prevista na legislação, pois restaria descaracterizada a antecipação de contribuição previdenciária sobre a folha de salários.

4.16. Restaria, **ainda**, caracterizada a **dupla** penalização, tendo em vista a **multa** pecuniária imposta pelo não cumprimento desobrigação acessória, bem como a utilização de tributo com efeito de confisco, vedada pelo art. 150, IV da Constituição federal, **pois** não foi **comprovado** **qualquer** **prejuízo** aos cofres da **Previdência Social**.

Dos Juros Pela Taxa SELIC

4.17. Refere que a taxa SELIC não é fixada em lei, mas unilateralmente pela administração, ou seja, pelo próprio fisco, não satisfazendo o §1º do art. 161 do CTN, que refere:

Art. 161 (...)

§1º - Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

4.18. Logo, se algum débito existisse, não seriam devidos os juros de mora na forma exigida.

Do Pedido

4.19. Por todo exposto, a Impugnante requer que seja julgada procedente sua Impugnação, com o cancelamento do Auto de Infração ora impugnado. Caso assim, não seja entendido, o que se admite apenas por argumentação, requer o cancelamento da cobrança de juros de mora pela SELIC.

4.20 Dos Documentos Juntados pela Impugnante:

- Anexo I - Procuração para representação junto à Receita Federal do Brasil, para impugnar o processo AI 37.179.462-5 e respectivas identificações civis dos outorgados -fls. 885/899;

Anexo II - Atos Constitutivos da Impugnante - fls. 900/922;

Anexo III - Contratos de Prestação de Serviços, relativos às empresas CONSULTAM - CONSULTORIA E AUDITORIA MÉDICA LTDA (fls. 924/933) e MAISON VERT LTDA (fls. 934/942). - fls. 923/942

Anexo IV- Cópia do AI DEBCAD N° 37.179.462-5 - fls. 943/1.789.

5. É o relatório

A DRJ julgou o lançamento procedente em parte nos termos da seguinte ementa:

RETENÇÃO DE 11%. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. CARACTERIZAÇÃO.

A empresa é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal e prestados pela contratada, mediante cessão de mão de obra e recolher a importância retida em nome da empresa cedente.

Os serviços designados no §3º do Decreto 3.048/99 estão sujeitos a retenção, mesmo quando prestados por empreitada de mão de obra.

Para os demais serviços designados no §2º do mesmo artigo do Decreto 3.048/99, há de se observar os requisitos caracterizadores da cessão de mão de obra: serviços contínuos, colocação de mão de obra à disposição da tomadora em suas dependências ou nas dependências indicadas por ela.

Intimado da referida decisão, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário reiterando os termos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra, Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Da Retenção de 11% na Cessão de Mão de Obra

O crédito tributário lançado decorre de contribuições previdenciárias relativas à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto dos serviços realizados mediante cessão de mão de obra, constantes de nota fiscal, fatura ou recibo, previstos no art. 31, da Lei n.º 8.212/91, para as competências de 01/2004 a 12/2006.

Em se tratando de contratação de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada parcial a legislação prevê a responsabilidade do contratante em reter 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, recolhendo o valor retido no CNPJ da empresa contratada.

O instituto da retenção está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/1998, nos seguintes termos:

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 n.º 1.663/95, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei n.º 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei n.º 9.711/98.

Depreende-se da acusação fiscal que as empresas prestadoras de serviços foram separadas em dois grupos: 1) empresas contratadas que não sofreram retenção dos 11%, e 2) empresas contratadas que sofreram retenção dos 11%.

A decisão de piso, ao analisar cada contrato, concluiu que os serviços executados por algumas empresas não consistiam em cessão de mão de obra, de sorte que a controvérsia passou a restringir-se somente às seguintes empresas: AIR POINT AR CONDICIONADO LTDA., AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA.; CONSULTAM . CONSULTORIA E AUDITORIA MÉDICA LTDA. e MARK BUILDING. GERENCIAMENTO PREDIAL LTDA.

AIR POINT AR CONDICIONADO LTDA

Em relação à empresa AIR POINT AR CONDICIONADO LTDA, argumenta a recorrente que não impugnou a base de cálculo, mas tão somente o fato de ficar diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto na Lei 8.212/91. No entendimento da recorrente, o seu dever é instrumental, sendo um mero descumprimento de obrigação acessória.

No entanto, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, observados os limites de deduções e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportunamente 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 oportunamente 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.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados. Essa é uma presunção legal absoluta que milita em favor da fiscalização previdenciária.

Como reconhecido pela própria recorrente, o tema em questão já foi objeto de inúmeras controvérsias judiciais, já tendo o Supremo Tribunal Federal em duas oportunidade infirmado a constitucionalidade da retenção de 11%. Vejamos o que constou no Informativo nº 368 do STF acerca do tema:

Contribuição Previdenciária e Retenção sobre Nota Fiscal ou Fatura de Prestação de Serviços - 2

O Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da 3ª Turma do TRF da 1a Região que decidira pela legitimidade da retenção, pela empresa contratante de serviços executados mediante mão-de-obra, de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, para fins de contribuição previdenciária, nos termos previstos no art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98 - v. Informativo 355. Entendeu-se que a alteração introduzida pela Lei 9.711/98 não implicou criação de nova contribuição ou contribuição decorrente de outras fontes com ofensa ao art. 195, §4º, da CF, porquanto apenas objetivou simplificar a arrecadação do tributo e facilitar a fiscalização no seu recolhimento, não ocorrendo, por conseguinte, violação à regra da competência residual

da União (CF, art. 154, I). Salientou-se ser improcedente a assertiva de que o fato gerador estaria ocorrendo posteriormente ao recolhimento, uma vez que o sujeito passivo estaria obrigado a reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observadas as disposições inscritas nos parágrafos no art. 31 e no §5º do art. 33 da Lei 8.212/91. Afirmou-se que a CF autoriza a lei a atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido (CF, art. 150, §7º), sendo que o CTN ainda prescreve em seu art. 128 que "sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação". Concluiu-se, afastando a tese de que a mencionada retenção constituiria empréstimo compulsório (CF, art. 148), que os valores retidos em montante superior ao devido pela empresa contratada deverão ser restituídos nos termos do art. 31, §2º, da Lei 8.212/91, com a redação da Lei 9.711/98, razão por que também não estaria havendo utilização do tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV). Vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento ao recurso por considerar que a legislação ordinária acabou por aditar a CF, introduzindo, em termos de adiantamento, uma nova base de incidência da contribuição social, ou seja, o valor da nota fiscal relativa à prestação de serviço, a qual abrangeia outros fatores estranhos à folha de salários, inclusive o lucro. Leia o inteiro teor do voto do relator na seção de Transcrições deste Informativo. RE 393946/MG, rel. Min. Carlos Velloso, 3.11.2004. (RE- 393946)

Mais recentemente, nos autos do RE nº 603.191/MT, com repercussão geral reconhecida, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Pleno do Tribunal ratificou o entendimento pela constitucionalidade da retenção em discussão. O julgado restou assim ementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE 11% ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE.

Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte.

A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes.

Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto.

A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior.

Inexistência de extração da base econômica do art. 195, I, a , da Constituição, e de violação ao princípio da capacidade contributiva e à vedação do confisco, estampados

nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição. Prejudicados os argumentos relativos à necessidade de lei complementar, esgrimidos com base no art. 195, § 4º, com a remissão que faz ao art. 154, I, da Constituição, porquanto não se trata de nova contribuição.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Aos recursos sobrepostos, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC." (Dje 5/9/11).

Destarte, deve ser mantido o lançamento em relação à empresa AIR POINT.

AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA

Em relação à AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA, argumenta a recorrente que os serviços executados não se caracterizam como cessão de mão de obra, uma vez que foram realizados nas dependências da própria empresa contratada.

De fato, o contrato realizado entre as partes (fls. 320/328), em sua cláusula segunda, prevê:

CLÁUSULA SEGUNDA - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

Conferir as contas odonto-médico-hospitalares **enviadas pela CONTRATANTE**, relativas às cobranças efetuadas pelos prestadores que integram a rede credenciada desta, bem como aos comprovantes de despesas entregues pelos beneficiários decorrentes de atendimentos na livre escolha. a partir das autorizações concedidas e das tabelas previstas no PAS - Plano de Assistência e Saúde, para a devida digitação dos processos e envio dos arquivos eletrônicos à CONTRATANTE. (grifo não constante do original).

Infere-se dos termos da cláusula contratual supra transcrita que a recorrente (contratante) enviava os documentos para a empresa contratada, levando-nos a concluir que os serviços não eram realizados nas dependências da contratante, nem nas dependências de terceiros indicados pela contratante, fato que descharacteriza a cessão de mão de obra.

Estabelece o art. 31, § 3º da Lei nº 8.212/91:

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

Nestes termos, entendo que devem ser excluídos da base de cálculo os valores relacionados à empresa AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA.

CONSULTAM CONSULTORIA É AUDITORIA MÉDICA LTDA

Em relação à empresa CONSULTAM, argumenta a recorrente que a decisão de piso não se pronunciou acerca da retenção e que se revela absurda a constatação da autoridade julgadora de que os dois contratos juntados fazem prova contra a recorrente.

No que pertine ao argumento de que a decisão de piso não se manifestou quanto à existência de retenção de 11%, entendo despiciendo. A Fiscalização segregou em dois grupos distintos as empresas que sofreram e as que não sofreram a retenção.

Importa analisar se a CONSULTAM prestava serviços à recorrente mediante cessão de mão de obra. Acorde com a decisão de piso, penso que a empresa em tela preencheu

todos os requisitos para a caracterização da cessão de mão de obra, realizando os serviços nas dependências de terceiros indicados pela empresa contratante, no caso os hospitais.

Sem razão a recorrente.

MARK BUILDING GERENCIAMENTO PREDIAL LTDA

Quanto à prestadora de serviços MARK BULDING, argumenta a recorrente que a autoridade julgadora *a quo* não enfrentou os argumentos apresentados na impugnação, limitando-se aos termos do contrato celebrado. Alega que os serviços eram eventuais e que não restou caracterizada a cessão de mão de obra.

Em relação a esse prestador de serviço, o contrato celebrado entre as partes tinha como objeto principal a limpeza e conservação predial, serviço esse típico de cessão de mão de obra. É justamente através do contrato celebrado entre as partes que podemos aferir a natureza do serviço realizado, não sendo procedente o argumento recursal no sentido de que não houve o necessário confrontamento das questões levantadas pela defesa.

Destarte, entendo que agiu com acerto a autoridade fiscal ao considerar os serviços realizados pela empresa MARK BULDING como sujeitos à retenção de 11%.

Taxa Selic

A aplicabilidade da Taxa Selic não comporta maiores digressões porquanto esta matéria encontra-se pacificada no âmbito deste colegiado, conforme demonstra o seguinte enunciado:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Alegação rejeitada.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário para dar-lhe parcial provimento, no sentido de excluir da base de cálculo do lançamento os valores relativos à empresa AUDISAUDE AUDITORIA DE CONTAS MÉDICAS LTDA.

(documento assinado digitalmente)
Daniel Melo Mendes Bezerra

Fl. 14 do Acórdão n.º 2201-009.142 - 2^a Sejul/2^a Câmara/1^a Turma Ordinária
Processo nº 19740.000479/2008-12