



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

Processo nº 35380.003063/2006-79
Recurso nº 146.060 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.283 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de junho de 2010
Matéria RETENÇÃO
Recorrente FAZENDA REAL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2000 a 30/11/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - RETENÇÃO DOS 11% - CARACTERIZADA A CESSÃO DE MÃO DE OBRA OU EMPREITADA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÔNUS DA TOMADORA DE SERVIÇOS.-

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”.

A recorrente tomou serviços que envolveram cessão de mão-de-obra e empreitada de mão de obra, prova disso são as notas fiscais anexadas aos presentes autos.

Ao não apresentar o recorrente durante o procedimento fiscal os contratos correspondentes, razão porque inverte-se o ônus da prova, para que o recorrente demonstre e comprove a não existência de cessão que o obrigasse a realizar a referida retenção. A mera alegação sem a comprovação dos fatos, não possui o condão de desconstituir o lançamento realizado.

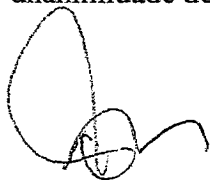
O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação e a descrição das contratações mediante empreitada e cessão de mão-de-obra. Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura, observados os limites de deduções e recolher a importância até o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

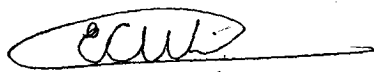
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

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, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora

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

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa sobre a contratação de pessoas jurídicas mediante empreitada e cessão de mão de obra. O lançamento compreende competências entre o período de 03/2000 a 11/2004.

Conforme o relatório fiscal, foram solicitados via TIAD os contratos de prestação de serviços para que se pudesse determinar especificamente o tipo de serviço prestado, o que não foi apresentado, valendo o auditor do registro dos serviços no corpo das notas fiscais para identificar o tipo de serviço e a exigência de retenção de 11%.

Não conformada com a notificação, a recorrente apresentou defesa, fls. 67 a 97.

O processo foi baixado em diligência para que a autoridade fiscal se manifestasse acerca dos argumentos apontados pelo recorrente, fls. 383 e 385. O auditor manifestou-se às fls. 386.

Devidamente cientificada a empresa manifestou-se às fls. 392 a 400.

Com o objetivo de esclarecer os serviços prestados a autoridade solicitou a empresa a apresentação de documentos, quais sejam os contratos de prestação de serviços, porém a mesma informou não possuí-los, tendo em vista tratar-se de contratos não solenes, prestados normalmente uma única vez, fls. 405 a 409.

Foi emitida Decisão-Notificação confirmando a procedência parcial do lançamento, fls. 421 a 430, tendo a autoridade julgadora excluído da exigência a retenção sobre os serviços prestados por empresas optantes pelo SIMPLES, bem como rebatido um a um os demais serviços prestados, contudo destacando que a não apresentação dos contratos inviabiliza o comprovação das alegações, salvo para aquelas em que o serviço em si está excluído das possibilidades legais.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 439 a 457. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Não há como acatar a informação da fiscalização de que todas SOS serviços envolveram cessão de mão de obra, tendo em vista logo de início não serem contínuos.
2. Não existe necessidade de que os contratos de prestação de serviços sejam solenes, ademais os mesmos foram prestados uma única vez, o que descaracteriza a exigência de retenção.
3. Os serviços de detecção de vazamentos prestados pela empresa LV Localização de Vazamentos não estão contemplados em qualquer das hipóteses da lista de serviços.

4. Para a empresa Engematel o serviço foi de instalação de PABX e seis ramais, não se tratando de serviços de caráter contínuo, pois não é de necessidade permanente.
5. Em relação a empresa MRT Transportes a empresa já cumpriu todas as obrigações previdenciárias, importante em bis in idem.
6. Em relação a empresa Transportadora Valter a empresa já cumpriu todas as obrigações previdenciárias, importante em bis in idem.
7. Em relação a empresa Empreiteira Agrícola Lençóis, tendo a empresa notificada recolhido sobre 50% da Nota Fiscal, ademais a empresa já cumpriu todas as obrigações previdenciárias, importante em bis in idem.
8. Em relação a empresa Radiotec a empresa prestou serviços de instalação de equipamentos, como estação repetidora, para-raio.
9. Em relação a empresa Aroeira Restauração a filial que emitiu as NF é optante pelo SIMPLES, razão porque incabível a retenção, ademais os serviços são de restauro e acabamento em portas.
10. Em relação a empresa AT Prestação de Serviços já ocorreu retenção em 50% da NF, sendo que os outros 50% referem-se a materiais.
11. Em relação a empresa Bianchi Serviços os serviços foram de topografia a empresa já cumpriu todas as obrigações previdenciárias, importante em bis in idem.
12. Em relação a empresa LN Leilões trata-se de serviços de Leilões, onde não se vislumbra a exigência de retenções.
13. Em relação a empresa Toninho Gesso trata-se de serviços de moldura de Gesso, paredes sem continuidade dos serviços prestados.
14. Em relação a empresa Leilão Zeneco trata-se apenas do pagamento de comissão pela venda de animais, sem caráter de continuidade.
15. Em relação a empresa Oeste Telecom também a prestação de serviços não se dá em caráter contínuo, razão porque indevida a retenção.
16. Em relação a empresa Petrechen Engenharia Elétrica a empresa prestou serviços de montagem de poste e substituição de cruzetas não caracterizando o caráter contínuo.
17. Em relação a prestação de serviços da Cláudia Diamant destaca-se que embora conste recolhimento como 11/2003, trata-se de retenção referente a nota do mês 10/2003, assim, requer a exclusão para que não enseje repetição de indébito.
18. Pelo exposto, requer a recorrente que seja acolhida o presente recurso, para fins de declarar a insubsistência total da NFLD em questão.



511 e 512.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, apresentou contra-razões as fls.

É o relatório.



Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 488. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

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 cessão de mão-de-obra e empreitada de mão de obra, prova disso são as notas fiscais anexadas aos presentes autos. Nesse sentido, destaco a obrigação do fisco em identificar a prestação de serviços de cessão ou empreitada por meio da análise dos documentos disponíveis, lançando as contribuições correspondentes apenas em relação aos contratos realizados nessa modalidade.

Contudo, em diversos levantamentos não apresentou o recorrente durante o procedimento fiscal os contratos correspondentes, razão porque inverte-se o ônus da prova, para que o recorrente demonstre e comprove a não existência de cessão que o obrigasse a realizar a referida retenção. A mera alegação sem a comprovação dos fatos, não possui o condão de desconstituir o lançamento realizado. Portanto em relação aos argumentos de inexistência de cessão por não se tratar de serviços contínuo, destaco que em se tratando de empreitada de mão de obra também exigível a respectiva retenção. Assim, entendo que razão não assiste ao recorrente, tendo em vista que na decisão notificação fls. 428 a 430, rebateu pontualmente todos os argumentos do recorrente, empresa a empresa, motivo pelo qual adoto como fundamento para as razões de decidir.

O fato de a lei não exigir que os contratos de prestação de serviços serem solenes, não há desobriga de “comprovar” o cumprimento da obrigação previdenciária, ou mesmo o ônus de prova a não incidência de ditas contribuições.

Em relação a possibilidade de deduzir da base de cálculo de contribuições os valores fornecidos à título de material, entendo que correto o entendimento manifestado pela autoridade julgadora de 1ª instância, aos limitar aos termos da Ordem de Serviços os limites de dedução de materiais. Entendo que o legislador, assim propôs foi a possibilidade de dedução, mas para tanto deveria estar explícito no contrato quais os materiais a serem empregados,

possibilitando, inclusive sua mensuração e conferência. Argumentar o fornecimento não autoriza o contribuinte a extrapolar os limites legais, já que para valer-se dos benefícios dos mesmos deveria conservar as exigências legais.

O relatório fiscal fez o cotejamento entre a documentação 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 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 oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

“Art. 33 (...).

§5ºO 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.”

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.

Ao contrário dos argumentos trazidos pelo recorrente, entendo que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária. Não importa o cumprimento da obrigação pela prestadora, pois a obrigação da retenção é da prestadora.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que a fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

“Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento.”

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de

débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

"Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes."

Ainda quanto a demonstração de existência ou não de cessão de mão de obra, entendo que se o auditor tivesse acesso a todos os contratos poderia demonstrar com maior detalhe a execução dos serviços, porém ao não apresentar os contratos a empresa inverteu o ônus da prova, e neste caso teria que provar a não existência da obrigação de realizar a retenção.

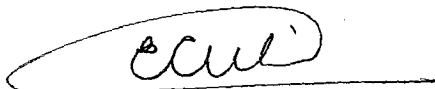
Por todo o exposto, entendo que o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão Notificação.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO .

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2010



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora