

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02, 06, 08
Isis Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 226



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUINTA CÂMARA

Processo nº 35403.000070/2007-94

Recurso nº 143.537 Voluntário

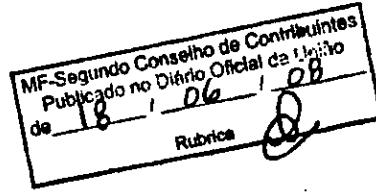
Matéria RETENÇÃO 11%

Acórdão nº 205-00.424

Sessão de 13 de março de 2008

Recorrente EMERSON SISTEMA DE ENERGIA LTDA.

Recorrida DRP SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2000 a 30/06/2001

Ementa CUSTEIO RETENÇÃO NA CESSÃO DE MÃO DE OBRA – INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE AFERIÇÃO INDIRETA DECADÊNCIA SELIC

O contratante de serviços 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 e recolher a importância em nome da prestadora.

A retenção de 11% sobre os valores dos serviços contratados não aproveita os efeitos da solidariedade.

Na falta de apresentação de documentos os valores contidos nas notas fiscais de prestação de serviço são tomados como base de cálculo de contribuição previdenciária. Art.33, parágrafo 3 da Lei n. 8.212/91.

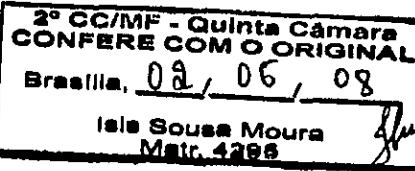
O direito de a Seguridade Social apurar e constituir os seus créditos extingue-se em dez anos, conforme art. 45, da Lei n° 8.212/91.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de legislação tributária

As contribuições sociais e outras importâncias, pagas com atraso, ficam sujeitas aos juros equivalentes à Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, nos termos do artigo 34 da Lei 8.212/91. O Segundo Conselho, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovou - na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, a Súmula 3 publicada no D.O.U. de 26/09/2007, Seção I, pág. 28-a , que trata do tema.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



CC02/C05
Fls. 227

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, Por unanimidade de votos: I) rejeitou-se as preliminares suscitadas e, no mérito, II) negou-se provimento ao recurso.

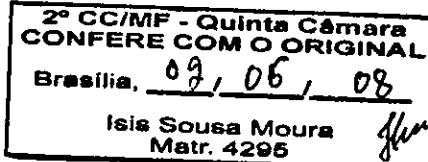
JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente

LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.



CC02/C05
Fls. 228

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário referente à retenção dos 11% incidentes sobre as notas fiscais de prestação de serviço nas competências de 05/2000 a 06/2001.

Os fatos geradores que originaram o presente lançamento referem-se aos serviços prestados com cessão de mão de obra em vigilância, empreitada de construção civil e trabalhos temporários. Os valores foram tomados com base nos registros contábeis da recorrente que, embora regularmente intimada (foram emitidos três TIAD's de fls. 40/41, 42 e 43), não apresentou à fiscalização os contratos relativos aos serviços tomados, tampouco todas as notas fiscais de prestação de serviço.

Desta forma, como os documentos não apresentados são necessários para a comprovação ou não da incidência de contribuição previdenciária, a fiscalização, amparada no artigo 33, parágrafos 1, 2 e 3, da Lei n. 8.212/91, tomou como base os valores brutos das notas fiscais de serviço sobre os quais incidiu a retenção de 11%, imposta pela Lei n. 9.711/98. Consta às fls. 48, planilha anexa ao relatório fiscal que discrimina a prestadora de serviço, o número da nota fiscal, seu valor, competência, o tipo do serviço prestado, documento contábil e conta contábil.

A fiscalização informa, ainda, que foram excluídos do levantamento os valores retidos e recolhidos, tanto por serem localizados nos conta-corrente dos prestadores ou por terem sido apresentados pela notificada.

A recorrente impugnou o débito juntando documentos para comprovar alguns recolhimentos. O processo foi baixado em diligência para apreciação dos mesmos e informação fiscal de fls. 133/134, dá conta de que o débito mereceu ser retificado.

A empresa foi cientificada do inteiro teor da diligência efetuada, lhe sendo aberto prazo de dez dias para manifestação. Às fls. 142 a 160, apresentou defesa complementar, reiterando todos os termos já expedidos na peça inicial.

A DRP de São José dos Campos/SP, por meio da Decisão-Notificação julgou o lançamento procedente em parte, em vista da retificação havida.

Irresignada com a decisão, a notificada interpôs recurso tempestivo, fls. 183 a 206, argüindo em síntese que :

-efetuou o depósito recursal.

-A fiscalização concordou com vários argumentos da recorrente tanto que retificou o débito.

-Não concorda com o lançamento porque os valores não são devidos ou já foram efetivamente pagos.

-Argui a preliminar de nulidade porque cabe à Administração Pública buscar a verdade material dos fatos à exaustão e a efetiva verificação da ocorrência do fato gerador.

2º CC/MF - Quinta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02/06/08
Isaia Sousa Moura
Matr. 4295

CC02/C05
Fls. 229

-Não aceita que a falta de recolhimento das contribuições tenha se baseado tão somente nas informações disponíveis nos documentos solicitados a critério da fiscalização como notas fiscais, contratos dos serviços tomados, GFIP's e GPS, e principalmente nos livros contábeis, que foram apresentados pela recorrente. Que a fiscalização deveria ter diligenciado junto aos prestadores de serviço para verificar se os valores tinham sido recolhidos aos cofres da previdência. Que não se buscou saber se os contratos envolviam cessão de mão de obra ou empreitada, se traziam embutidos materiais ou equipamentos que não integrariam a base de cálculo da contribuição e nem se evidenciou a natureza dos serviços contratados.

-Argüi, também, a nulidade porque a NFLD carece do motivo legal, posto que o ato foi praticado sem fundamento legal, não havendo compreensão dos motivos legais que teriam levado o fiscal a presumir a prestação de serviços com cessão de mão de obra.

-Argüi a decadência dos valores exigidos de maio a outubro de 2000, pois a decadência das contribuições previdenciárias continuam a ser regidas pelos artigos do Código Tributário Nacional, discorre sobre o assunto.

No mérito argüi que, muitas vezes, não restou conflagrada a cessão de mão de obra ou empreitada nos serviços tomados e em alguns casos em que se configurou a cessão , os recolhimentos foram efetuados.

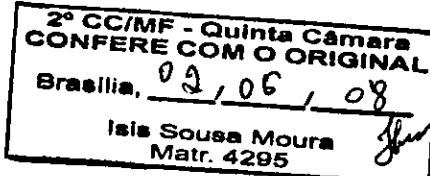
Aduz que comprova nos autos os recolhimentos efetuados pelas empresas Engeman Manut. E Inst., Engeserv Serviços Empresariais e Adania Com e Inst. Técnicas. E, que a fiscalização deveria ter verificado a efetiva prestação de serviço com cessão de mão de obra e ter se certificado junto aos prestadores que os valores não tinham sido recolhidos.

Argüi a impossibilidade da exigência da taxa SELIC como juros incidentes sobre os créditos exigidos nesta notificação.

Requer a improcedência da notificação ,ou em assim não se entendendo, que sejam excluídos os valores relativos à taxa SELIC.

A DRP de São José dos Campos/SP ofereceu suas contra razões, ratificando que as guias de recolhimento mencionadas na peça recursal já haviam sido juntadas por hora da defesa e acolhido o pleito da requerente com a consequente retificação do débito, não havendo motivo para ser novamente postulado.

É o Relatório.



Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao seu exame.

Das preliminares

A recorrente imputa de nulidade a notificação em tela, por falta de motivação porque não foram demonstrados a ocorrência do fato gerador, nem o fundamento legal que sustentou o lançamento.

Tais alegações são inócuas, uma vez que o fato gerador da contribuição previdenciária foi a prestação de serviço com cessão de mão de obra ou por empreitada em construção civil, fato descrito no relatório fiscal da notificação. A empresa foi regular e devidamente intimada a apresentar documentos que comprovassem ou não a incidência da retenção de 11% sobre a prestação de serviço, mas não o fez. Desta forma se sujeitou à lavratura do pertinente Auto de Infração DEBCAD n. 35.858.961-4, como informa a fiscalização à fl. 46, e a presente notificação foi lavrada com amparo no artigo 33 e seus parágrafos 1, 2 e, especialmente o parágrafo 3, da Lei n. 8.212/91, o que também está explícito no relatório fiscal, à mesma fl. 46.

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação alterada pela Lei nº 10.256/01)

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Departamento da Receita Federal - DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados. (Atualmente Secretaria da Receita Federal, conforme o caput deste artigo e Lei nº 8.490/92)

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (Atualmente Secretaria da Receita Federal, conforme o caput deste artigo e Lei nº 8.490/92)

Portanto, ao não apresentar à fiscalização os documentos solicitados para que restasse, ou não, evidenciada a prestação de serviço com cessão de mão de obra, a notificada sujeitou-se ao presente levantamento, efetuado com base nas notas fiscais apresentadas e nos seus lançamentos contábeis, não se vislumbrando qualquer nulidade no procedimento fiscal, que aplicou a legislação vigente.

No que se refere à decadência, o lançamento foi realizado dentro do prazo fixado no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. A regra contida no dispositivo é clara quanto à decadência decenal das contribuições previdenciárias; portanto, por expressa vedação regimental, não compete a este órgão julgador afastar sua aplicação:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes)

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

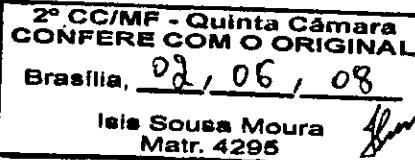
b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Nesse sentido é que foi aprovada pelo Conselho Pleno do Segundo Conselho de Contribuintes a Súmula 02, publicada no DOU de 26/09/2007:

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

Vencidas as preliminares, passo ao exame 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, *in verbis*:



CC02/CUS
Fls. 232

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.

Uma vez que a obrigação de reter e recolher o valor retido quando do pagamento pelos serviços prestados somente surge nas hipóteses previstas na legislação tributário-previdenciária, faz-se necessária a demonstração nos relatórios de auditoria fiscal das características capazes de se impor ao contratante a exigência fiscal.

A descrição de serviços prestados por cessão ou empreitada de mão de obra não é suficiente para o lançamento tributário. A autoridade fiscal deve demonstrar que o serviço se subsume ao descrito no artigo 219, §§2º e 3º do Decreto nº 3.048, de 06/05/99.

Todavia, no caso em tela a notificada não disponibilizou os contratos dos serviços prestados, nem todas as notas fiscais, que poderiam caracterizar, ou não a cessão de mão de obra, sendo o levantamento efetuado indiretamente com base nos registros contábeis da recorrente, e abrigado no disposto pelo parágrafo 3º do artigo 33, da Lei nº. 8.212/91.

Em razão dos fatos expostos no parágrafo acima, o ônus da prova para descharacterizar a cessão de mão de obra é da recorrente.

Todas as retificações para redução das bases de cálculo já foram processadas pela Receita Previdenciária.

Não assiste razão à recorrente quanto aos efeitos da solidariedade. A retenção é instituto próprio da legislação previdenciária. A contratante fica obrigada, mesmo antes da ocorrência do fato gerador, que é o pagamento de salários aos empregados da contratada, a antecipar o recolhimento de 11% do valor dos serviços.

No tocante à Taxa SELIC, cumpre asseverar que sobre o principal apurado e não recolhido, incidem os juros moratórios, aplicados conforme determina o artigo 34 da Lei 8.212/91:

“... 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 artigo 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.”

O art. 161 do CTN prescreve que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. No caso das contribuições em tela, há lei disposta de modo diverso, ou seja, o aludido art. 34 da Lei 8.212/91 dispõe que sobre as contribuições em questão incide a Taxa SELIC.

Portanto, está correta a aplicação da referida taxa a título de juros, perfeitamente utilizável como índice a ser aplicado às contribuições em questão, recolhidas com atraso, objetivando recompor os valores devidos.

Ainda, quanto à admissibilidade da utilização da taxa SELIC, ressaltamos que o Segundo Conselho, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovou - na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicada no D.O.U. de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28 - a Súmula 3, que dita:

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.

De acordo com o artigo 53 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, aprovado pela Portaria nº147 de 25/06/2007, as súmulas são de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.

Nesse sentido e considerando tudo que dos autos consta, VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO para NEGAR PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 13 de março de 2008

LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora