

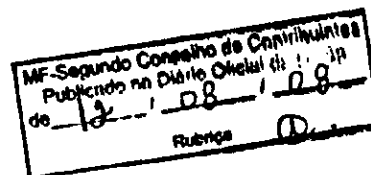


MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 02 / 05 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Sisepe 877662

CC02/C06
Fls. 444

Processo nº	36216.000031/2006-86
Recurso nº	145.124 Embargos
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão nº	206-00.556
Sessão de	11 de março de 2008
Embargante	CLEUSA VIEIRA DE SOUZA - CONSELHEIRA RELATORA
Interessado	SEXTA CÂMARA



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/03/2005

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Demonstrada a divergência no Acórdão nº 206-00114, deve-se retificá-lo por meio de outro acórdão, cuja ementa passa a ter a seguinte redação:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/03/2005

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. PREVIDENCIÁRIO CONSERVAÇÃO E LIMPEZA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. OU EMPREITADA. RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

1- De acordo com o artigo 34 da Lei nº 8212/91, as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal e lançamento, pagas com atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia -SELIC incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.

2- nos termos do art. 49 do Regimento Interno deste Conselho é vedado ao Conselho afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob o fundamento de inconstitucionalidade, sem que tenham sido assim declaradas pelos órgãos competentes. A matéria encontra-se sumulada, de acordo com a Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes.

2

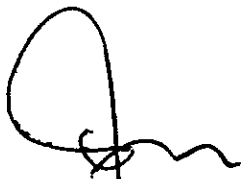
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Silma Alves de Oliveira Mat.: Sipe 677662	

3- Consoante disposto no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, a empresa contratante de serviços de conservação e limpeza executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês seguinte ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra. Recurso negado.

Embargos Acolhidos.

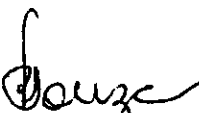
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em acolher os embargos de declaração para re-ratificar o acórdão nº 206-00114 no sentido de alterar o resultado do julgamento para: por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

MF - 2º CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 08	
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Sinepe 877862	

Relatório

Trata-se embargos de declaração apresentado, m 11 de dezembro de 2007, pela Conselheira Cleusa Vieira de Souza, designada relatora do processo, relativo ao recurso interposto pela empresa BASF S/A qualificada nos autos acima referenciados, vem a presença de V. Exa, com fulcro no art. 57 § 1º do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovados pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, contra o Acórdão nº 206-00114 desta 6ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, que deu provimento ao recurso voluntário da interessada, nos seguintes termos:

"(...) Entretanto, mesmo que assim não fosse, no presente caso, não há como negar a existência da cessão de mão-de-obra, eis que o contrato de prestação de serviços (fls. 216), não deixa qualquer dúvida de como os serviços contratados são prestados, especialmente pelo que se pode destacar do seu item 1.1.2 "Os serviços de manutenção, limpeza, jardinagem e paisagismo, serão executados por profissionais especializados, obedecendo a uma escala organizada pela contratada, devidamente aprovada e administrada pela contratante, devendo ser obedecida a estrutura operacional de 06 profissionais fixos, em turno integral, conforme horário pré-estabelecido pela contratante, com carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais e supervisão técnica para realização do controle de produtividade. (grifei).

Por fim o lançamento obedeceu aos critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, especialmente aqueles do art. 37, da Lei nº 8.212/91 e assim, a despeito da argumentação apresentada pelo recorrente, não vejo nela qualquer fundamento que possa julgar totalmente insubsistente a NFLD, ou levar à desconstituição do crédito previdenciário ora atacado, uma vez que se encontra revestido das formalidades legais exigidas para a sua constituição.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta

CONCLUSÃO: pelo exposto VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, para no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO."

DA CONTRADIÇÃO

Conforme o r. Acórdão o recurso voluntário foi provido por unanimidade, decisão esta, todavia, como se pode verificar da fundamentação do referido voto, a matéria controversa, era a aplicação ou não da retenção dos 11% instituída pela Lei nº 9711/98, incidentes sobre os serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra. De fato, restou devidamente demonstrada, nos autos, a cessão de mão-de-obra.

4

Processo n.º 36216.000031/2006-86
Acórdão n.º 206-00.556

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 / 05 / 08	
	
Sônia Alves de Oliveira	
Mat.: Siapo 877862	

CC02/C06
Fls. 447

Assim, embora o relatório, bem assim, a fundamentação do voto tenha abordado corretamente todo o desenrolar do feito, acabou por DAR PROVIMENTO ao recurso em lugar de "NEGAR-LHE PROVIMENTO", que, como já dito, por todo desenrolar dos fatos, seria a conclusão óbvia e correta.

O despacho que analisou o seguimento dos embargos teve o seguinte teor:

"Face aos Embargos de Declaração de folha 442, e com fulcro no art. 58, § 2º do Regimento Interno dos Conselhos de contribuintes, DETERMINO que os autos sejam distribuídos à Conselheira relatora do presente recurso para manifestação e adoção das providências cabíveis."

É o Relatório.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02, 05, 08	
Sérgio Alves de Oliveira Mat.: Susepe 877862	

Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Conheço dos embargos de declaração, pois atendem os requisitos de admissibilidade.

No mérito, entendo que devam ser conhecidos, pois, de fato a conclusão do voto e, conseqüentemente a do Acórdão, se apresenta divergente da fundamentação do referido voto. Senão vejamos:

Antes de proceder à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar a arguição de inconstitucionalidade trazida pela recorrente, quanto à aplicação da taxa de SELIC no cálculo dos juros de mora. Alega a Recorrente que a forma de cálculo da SELIC não se encontra prevista em lei, o que ofende o art. 150, inciso I da Constituição, combinado com o art. 97, inciso V do CTN e que por outro lado, encontra-se no art. 161 do CTN, a norma que determina que os tributos não integralmente quitados serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1% ao mês, exceto dispositivo contrário.

Nesse sentido vale salientar que os juros de mora exigidos no presente lançamento, de fato, decorrem de legislação específica, em plena vigência, conforme fundamentada no artigo 34 da Lei nº 8212/91, que assim estabelece:

"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 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 em caráter irrelevável."

Cumprido destacar, outrossim, que nos termos do artigo 49 do Regimento Interno dos Conselhos dos Contribuintes, 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 o fundamento de inconstitucionalidade. Além disso, a matéria encontra-se sumulada, conforme Súmula nº 02 deste 2º Conselho de Contribuintes, nos seguintes termos: "O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária". Com isso, rejeito a preliminar de inconstitucionalidade de aplicação da taxa SELIC, no cálculo dos juros de mora.

Superada a liminar, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 59/62, refere-se às contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, no período de 05/1999 a 03/2005, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

1

1.º QUANDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Trabalha	02 / 05 / 08
Sílvia Alves de Oliveira Mét: Sape 677882	

A obrigatoriedade da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra, está prevista no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, abaixo transcrito, que estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, que confere a esse tomador o dever de antecipar o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração percebida pelos segurados da prestadora, na execução dos serviços contratados.

"Art. 31- A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de contrato 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.

§ (...).

§ 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."

Nesse contexto não é lícito à empresa alegar omissão para se eximir do recolhimento da importância retida nos termos do art. 31, *caput* da Lei nº 8.212/91 c/c art. 33 § 5º, *in verbis*:

"Art. 33 § 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa 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."

Por força do referido dispositivo legal, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra passou a ser responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais decorrentes da prestação de serviços na razão de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, assim a legislação previdenciária lhe comina a responsabilidade pela arrecadação das respectivas contribuições sociais na forma de retenção e, tendo descumprido tal obrigação, torna-se responsável pela importância que deixou de arrecadar.

É cediço que a Lei nº 9.711/98 que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com eficácia a partir de 02/1999, estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços e cujo fundamento legal é a autorização contida no art. 128 do Código Tributário Nacional.

1.º CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Assinatura	02 / 05 / 08
Sime Alves de Oliveira	
Mat.: Sipe 677962	

Assim, o instituto da Retenção é uma “hipótese de substituição tributária, cuja criação é autorizada pelo art. 128 do CTN, que permite ao legislador estabelecer hipóteses de responsabilidade tributária, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, terceiro este que passa, então, a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável (art. 121, parágrafo único, II, do CTN). A figura da substituição tributária existe, justamente, para atender a princípios da racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando as garantias de recebimento do crédito. Não se tem aqui a instituição de nova contribuição” (in Paulsen Leandro, Direito Tributário, 6ª edição, Livraria do Advogado Editora, p. 937).

Neste sentido o Pleno do STF, em sessão realizada em 03/11/2004, julgando o RE 393.946/MG, assentou entendimento no sentido de que a Lei 9.711/98 apenas criou nova sistemática de arrecadação, tornando as empresas tomadoras de serviços responsáveis tributárias pelo regime de substituição tributária, sem afetar a base de cálculo ou a alíquota da Contribuição Previdenciária sobre a folha de pagamento. A título elucidativo, destaco a ementa que resumiu o referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.

I - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento 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 de mão-de-obra: inobservância de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148.

II - R.E. conhecido e improvido.

Vale destacar parte do voto condutor no Recurso Especial nº 695.458-SP, da lavra da Ministra ELIANA CALMON:

“Verifica-se a criação de um sistema eclético de recolhimento, onde o tomador desconta parte do devido à Previdência em razão do serviço locado, responsabilizando-se pelo recolhimento, com destaque na nota fiscal ou na fatura, para então fazer-se o abatimento pela fornecedora da mão-de-obra, quando do recolhimento incidente sobre a folha de salário. Observe-se que não se alterou alíquota ou base de cálculo, apenas adiantou-se parte do recolhimento.

E para evitar perplexidades, os parágrafos do novo comando normativo deram a solução para o encontro de contas, ou seja, compensação do devido sobre a folha de salário, calculado em sua íntegra, com o objeto do adiantamento. E o § 2º do referido dispositivo foi além para permitir a restituição de eventual saldo remanescente à empresa locadora de mão-de-obra, caso o adiantamento fosse maior do que o valor a pagar à previdência.

1

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Sílvia Alves de Oliveira	
Mat.: SIAPE 677862	

Entendo que a sistemática utilizada obedeceu inteiramente ao disposto no art. 128 do CTN, o qual não foi maculado em nenhum passo. Por outro ângulo, temos que não se alterou a fonte de custeio ou a base de cálculo, porque a incidência não é sobre a fatura ou a nota fiscal, mas sim sobre a folha de salário, porque a fatura serve apenas de base para o adiantamento."(grifo nosso).

Portanto inconteste é a obrigação previdenciária da empresa tomadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra, de reter onze por cento 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 de mão-de-obra, ficando diretamente responsável pelo que deixar de recolher. Justamente, pelo fato de o contratante passar a ser sujeito passivo da obrigação previdenciária, torna-se irrelevante, para fins de aferição do cumprimento da obrigação principal, o fato de a prestadora ter ou não efetuado o recolhimento das suas contribuições sobre a folha de pagamento.

Nesse sentido, vale esclarecer que no caso da retenção, a obrigação pelo recolhimento é exclusiva do tomador de serviços, ao qual compete reter e recolher o valor, não arcando com qualquer encargo financeiro, mas, tão-somente a obrigação de observar as determinações legais, ficando com a responsabilidade do recolhimento caso não efetue a citada retenção, na qualidade de responsável.

Em regra geral, para que haja a retenção instituída no caput do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § terceiro traz a definição de cessão de mão de obra. Nessa mesma direção, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de serviços que se executados mediante cessão de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção. O § 4º do artigo 31, por outro lado, estabelece:

“Art. 31. (...).

(...).

§ Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II- vigilância e segurança;

III- empreitada de mão-de-obra;

IV – contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019/74.”

Nesse sentido, também, o § 3º do art. 219, esclarece que esses serviços estão sujeitos à retenção quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra. De sorte que, no presente caso, por força dos dispositivos legais citados, a retenção prescinde de comprovação da cessão de mão-de-obra, já que ela é obrigatória mesmo quando os serviços são prestados mediante empreitada.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 de 05 de 08	
Sílvia Alves de Oliveira Mat. Sisepe 877962	

Entretanto, mesmo que assim não fosse, no presente caso, não há como negar a existência da cessão de mão-de-obra, eis que o contrato de prestação de serviços (fls. 216), não deixa qualquer dúvida de como os serviços contratados são prestados, especialmente pelo que se pode destacar do seu item 1.1.2 "Os serviços de manutenção, limpeza, jardinagem e paisagismo, serão executados por profissionais especializados, obedecendo a uma escala organizada pela contratada, devidamente aprovada e administrada pela contratante, devendo ser obedecida a estrutura operacional de 06 profissionais fixos, em turno integral, conforme horário pré-estabelecido pela contratante, com carga horária de 44 (quarenta e quatro) horas semanais e supervisão técnica para realização do controle de produtividade." (grifei).

Por fim o lançamento obedeceu aos critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, especialmente aqueles do art. 37, da Lei nº 8.212/91 e assim, a despeito da argumentação apresentada pelo recorrente, não vejo nela qualquer fundamento que possa julgar totalmente insubsistente a NFLD, ou levar à desconstituição do crédito previdenciário ora atacado, uma vez que se encontra revestido das formalidades legais exigidas para a sua constituição.

Isto posto; e

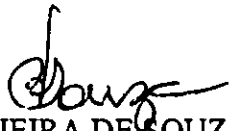
CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta

CONCLUSÃO: pelo exposto VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, para no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO."

Como restou demonstrado, sem sombra de qualquer dúvida, a divergência apontada nos presentes Embargos de Declaração, não resta outra alternativa senão acolhe-los, para constar a seguinte conclusão:

CONCLUSÃO: pelo exposto VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, para no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo inalterada, a Decisão Notificação – DN nº 21.434.4/0095/2006.

Sala das Sessões, em 11 de março de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA