



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 36216.000038/2006-06
Recurso nº 146.686 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-01.413
Sessão de 08 de outubro de 2008
Recorrente BASF S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/04/2005

PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. INOCORRÊNCIA. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO DECADÊNCIA.

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- A teor do disposto no 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.

3- Nos termos do art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, 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.

4- Não havendo comprovação da mão de obra cedida, na forma definida pelo § 3º do citado artigo 31, não cabe aplicação da retenção.

Recurso Voluntário Provido.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

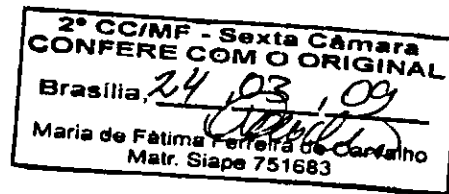
Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

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



Relatório

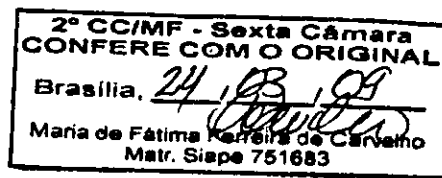
Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 57/60, refere-se às contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção 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 01/2001 a 04/2005, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Segundo o Relatório Fiscal, constituem os fatos geradores das contribuições objeto do presente lançamento, os pagamentos efetuados a empresa ALKANSE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA CNPJ nº 00.716.656/0001-05, pelos serviços de manutenção e conservação do sistema de circuito fechado de televisão prestados à BASF S/A, como não houve especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços, para fins de levantamento foi considerado o estabelecimento Dermachi (CNPJ 48.539.407/0073-92). Serviu de base para emissão da presente NFLD os registros contábeis apresentados via magnético, as cópias das notas fiscais/faturas/recibos de prestação de serviços apresentadas e o contrato de prestação de serviços.

Informou, ainda, o citado Relatório Fiscal que os serviços prestados pela empresa ALKANSE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS LTDA se enquadram de acordo com o art. 152, §§ 1º, 2º e 3º da Instrução Normativa 100/2004, que revogou a Instrução Normativa nº 071/2002 que por sua vez revogou a Ordem de Serviço nº 209/99; que os serviços foram tomados periodicamente, constituindo-se uma necessidade permanente, isto é dentro do conceito de cessão de mão-de-obra. De fato, as notas fiscais são emitidas para, praticamente, todos os meses, não se enquadrando, portanto, em uma empreitada. Além disso, observou-se que a empresa manteve equipe à disposição da BASF S/A para o referido serviço. No Contrato de Prestação de Serviços apresentado, consta que “por força da Lei nº 8212/91, fará CONTRATANTE a retenção de 11% do valor estabelecido em lei, da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitidas pela CONTRATADA.

Informou, outrossim, que o presente lançamento teve como base de cálculo 50% do valor bruto da nota fiscal de serviços, conforme art. 159, da IN nº 100/2004, pois na apresentação da descrição dos pedidos apresentados houve a previsão de fornecimento de material ou equipamento. Os pagamentos dos serviços, juntamente com as alíquotas aplicadas, constam do Relatório “Discriminativo Analítico do Débito”. O crédito lançado encontra-se fundamentado na legislação constante do anexo “Fundamentos Legais”

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua defesa, trazendo dentre outras, as alegações de que a atividade contratada não teve como objeto a cessão de mão-de-obra; que para aplicação da retenção de 11% é necessário que haja cessão de mão-de-obra de acordo com sua definição legal. Trouxe à colação, diversos julgados do STJ sobre a matéria e por último argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC e concluiu requerendo seja declarada insubsistente a Notificação Fiscal de lançamento de Débito -NFLD, desconstituindo-se o crédito tributário apurado. Juntou aos autos cópia do contrato de prestação de serviços (fls 83/91); cópias de julgados do STJ, sobre o assunto (fls.92/120) outros documentos da empresa contratada (fls. 121/273).



A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação n° 21.434.4/0093/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. COMPROVAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE EMPRESA CONTRATANTE. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO. INDEFERIMENTO. JUROS SELIC. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. DECLARAÇÃO. VEDAÇÃO.

Comprovada a cessão de mão-de-obra a empresa contratante dos serviços assim executados é obrigada a reter 11% (onze por cento) sobre o valor da nota fiscal, fatura ou recibo e é obrigada a recolher o valor retido à previdência Social, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento.

Indefiro o prazo para apresentação de documentos por não estarem configuradas as hipóteses legais que permitem a apresentação de prova documental após a impugnação.

Os acréscimos legais são cobrados em virtude de determinação legal de caráter irrelevável.

É vedado ao julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

LANÇAMENTO PROCEDENTE."

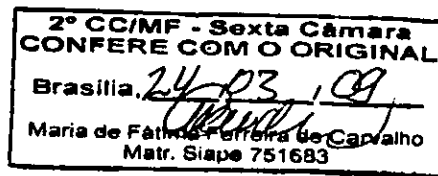
Intimado da decisão e com ela não se conformando, o interessado ingressou com recurso a este Conselho, reproduzindo os argumentos aduzidos em sua impugnação, donde se destaca, em síntese, o seguinte:

Que a recorrente, por ocasião de sua impugnação, ocasião em que juntou aos autos CAGED, GFIP e GPS, que comprovam que a empresa contratada sempre recolheu integralmente suas contribuições para a Previdência Social, sem efetuar abatimento da retenção de 11% na sua GFIP.

Que contrariamente ao entendido pelo Ilmo Auditor Fiscal, e pelo d. Agente Fiscal, nunca houve prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra; que o d. agente fiscal não se baseou em qualquer contrato para verificar se havia ou não equipe à disposição do tomador de serviços em suas dependências ou em locais por este indicados;

A recorrente esclarece que a contratada, não mantém equipe cedida para a notificada em regime de cessão de mão-de-obra, não prestando serviços nas dependências da tomadora e nunca houve a necessidade de equipe dedicada em serviço contínuo, podendo inclusive, prestar este tipo de serviço simultaneamente para várias empresas, que a presunção somente pode ser contrária à presunção do d. agente fiscal, de que não há que se cogitar na existência de cessão de mão-de-obra, requisito básico para a aplicação da retenção de 11%,

Que a prestação simultânea de serviços a mais de um tomador, por si só já afastaria o entendimento de se tratar a contratação de cessão de mão-de-obra;



Que a contratada não coloca seus empregados à disposição do tomador de serviços, nem cede mão-de-obra para realização de serviços contínuos, fato que, por si só, já basta para desobrigar a recorrente da contribuição questionada nestes autos.

Salienta que os trechos destacados pela fiscalização e corroborados na r. decisão, não trazem a caracterização de existência de “cessão de mão-de-obra”, como pretendido.

Além desses argumentos, faz um histórico sobre a retenção, ressaltando que o dispositivo legal que trata a matéria deveria ser interpretado observando-se de plano a premissa que os serviços somente estariam sujeitos à retenção “quando executados mediante cessão de mão-de-obra”, como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91.

Para corroborar sua tese, a recorrente citou Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transcreveu algumas delas. Argumentou, ainda, que a empresa contratada sempre recolheu integralmente suas contribuições para a Previdência Social, sem efetivar a compensação dos 11%, conforme documentos juntados aos autos.

Alegou, ainda, que a empresa contratada sempre recolheu integralmente suas contribuições para Previdência Social, sem efetuar a compensação dos 11%.

Por derradeiro, argüiu a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC, uma vez que essa forma de cálculo não se encontra prevista em lei, desrespeita-se a reserva absoluta da lei formal, ofendendo-se deste modo, o art. 150, I da Constituição Federal, combinado com o art. 97, inciso V do CTN.

Requeru a desconstituição do lançamento e débito objeto da presente e o devido arquivamento do presente processo. Juntou aos autos Extratos dos Andamentos Processuais e Certidões de Objeto e Pé, das decisões citadas no presente recurso (fls. 326/332).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 325.

A Secretaria da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo ofereceu contra-razões, alegando que os argumentos ora apresentados já foram devidamente apreciados quando da emissão da Decisão recorrida.

Estes autos foram objeto de julgamento pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que por meio do Decisório nº 283/2006, o Julgamento foi convertido em diligência, para que a autoridade lançadora informasse se os contratos objeto da presente NFLD seriam aqueles juntados pela Recorrente, caso não sejam, que juntasse cópias desses contratos, bem como das notas fiscais referentes aos serviços prestados.

Em cumprimento ao solicitado foram juntados os documentos de fls.348/509. Consta a informação fiscal de que a fiscalização efetuou diligência na empresa que apresentou contrato de prestação de serviços e aditamento para os períodos de 01/2000 a 12/2001 (fls. 504/508) 05/2002 a 05/2008 (fls. 355/369).

Informou que de acordo com os itens 8.2, 8.2.1 e 8.3 do contrato às fls. 358, consta a obrigatoriedade da contratada de apresentar mensalmente, Guias de recolhimento do FGTS, PIS, COFINS, IRRF e folhas de pagamento. Estas obrigações lembram as obrigações da antiga responsabilidade solidária só presentes na cessão de mão-de-obra, e nunca nas

empreitadas. No item 4.6, às fls. 357, consta que “por força da Lei nº 8212/91, fará a contratante a retenção de 11% da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço emitida pela contratada.”

A empresa, intimada do resultado da diligência, manifestou-se no sentido de ratificar as razões anteriormente apresentadas alegando que deveria restar demonstrado de forma minuciosa, detalhada que os serviços prestados efetivamente se enquadravam na previsão legal de cessão de mão-de-obra, com a exposição dos motivos que formaram sua convicção, tudo de forma a permitir à E. Câmara uma melhor visualização e contextualização da situação levantada, e assim julgar com a imparcialidade que lhe compete.

Concluiu alegando que a fiscalização não atendeu à determinação da E. 4ªCAJ, não trazendo no relatório resultante da diligência os demais elementos necessários a viabilizar a correta decisão do caso.

É o Relatório.

Voto

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e preparado com o depósito prévio nos termos da legislação em vigor.

Antes de procedermos à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar a argüição 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.”

Cumpre 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 preliminar suscita, 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. 57/60, 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 01/2001 a 04/2005.

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.

Entretanto, não se pode olvidar, que 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, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, 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.

"Art. 219 – (...).

§ 1º (...).

§ 2º Enquadram-se na situação prevista no caput os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:

I – limpeza, conservação e zeladoria;

II- Vigilância e segurança;

III- construção civil;

IV serviços rurais;

V digitação e preparação de dados para processamento;

VI- acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII cobrança;

VIII- coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

LX – copa e hotelaria;

X- corte e ligação de serviços públicos;

XI- distribuição;

XII- treinamento e ensino;

XIV- ligação e leitura de medidores;

XV – manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI- montagem;

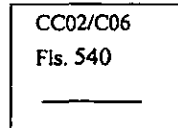
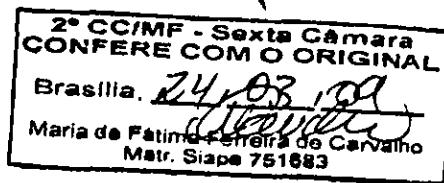
XVII- operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII- operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX- operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão;

XX – portaria, recepção e ascensorista;

XXI- recepção, triagem e movimentação de materiais;



XXII- promoção de vendas e eventos;

XXIII- secretaria e expediente;

XXIV- saúde;

XXV telefonia, inclusive telemarkting."

É de se ver, assim, que além de os serviços estarem relacionados no citado parágrafo, é imprescindível, como sobejamente debatido, a comprovação pela fiscalização da efetiva cessão de mão de obra, observados todos os requisitos constantes do art. 31, § 3º retro citado.

Assim é que a Instrução Normativa nº 100, em que se fundamentou a fiscalização para aplicação da retenção na contratação do serviço em questão, inclui ainda condições a serem observadas, reforçando ainda mais o imperativo de ser comprovada pela fiscalização a efetiva cessão de mão-de-obra.:

"Art. 155 (...).

(...).

XIV – manutenção de instalações, de máquinas ou de equipamentos, quando indispensáveis a seu funcionamento regular e permanente e desde que mantida à disposição da contratante."

No caso em exame, apesar de não haver nenhuma menção por parte da fiscalização, o objeto do contrato é a execução de serviços de **monitoração e patrulhamento**-(de acordo com o contrato de prestação de serviços, 2ª cláusula, item 2.1, fls. 505) e ainda (...) que a ALKANSE se compromete a observar a central de Monitoração localizada em suas instalações (...). Releva, portanto, considerar que tal serviço não se encontra entre aqueles relacionados no § 2º do artigo 219 do RPS acima transcrito.

Quanto ao serviço de manutenção e conservação do sistema de circuito fechado de televisão, ainda que possa ser enquadrado no inciso XV do referido parágrafo, não houve a efetiva demonstração da cessão de mão-de-obra, porquanto, não restou demonstrada a prestação de serviços nas dependências da contratante ou em local por ela indicado. Pelo contrário, de acordo com os contratos os serviços são realizados nas dependências da contratada, e, não obstante afirmação da fiscalização, não se verifica dos referidos contratos, que a empresa contratada mantém equipe à disposição da contratante ou a colocação de mão-de-obra à disposição do contratante.

Registre-se, por oportuno, que a diligência realizada para esse fim não logrou êxito, em demonstrar a efetiva cessão da mão-de-obra, uma vez que os documentos juntados e o relatório da diligência, nada acrescentaram aos elementos já constantes dos presentes autos; que o fato de que existe a obrigatoriedade da contratada de apresentar mensalmente, Guias de recolhimento do FGTS, PIS, COFINS, IRRF e folhas de pagamento, não é suficiente para demonstrar a existência da cessão de mão-de-obra nos termos da legislação pertinente.

Por fim, não sendo configurada, nos termos da legislação pertinente, a cessão de mão-de-obra, não cabe aplicação da retenção prevista no caput do artigo 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

(assinatura)



Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO: pelo exposto **VOTO** no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, rejeitar a preliminar de inconstitucionalidade da aplicação da SELIC, suscitada, e no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO**, reformando, em consequência, a Decisão Notificação – DN nº 21.434.4/0093/2006.

Sala das Sessões, em 08 de outubro de 2008


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA