



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sílvia Alves Oliveira
Mat: Sape 877552

CC02/C06
Fls. 425

Processo nº 36216.000063/2006-81
Recurso nº 145.181 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão nº 206-00.260
Sessão de 11 de dezembro de 2007
Recorrente BASF S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 19 / 08 / 08
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2000 a 31/05/2003

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. TRANSPORTE DE CARGA. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OCORRÊNCIA. RETENÇÃO 11% 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- 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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 09 / 06 / 08 Silma Ayres de Oliveira Mat.: Sape 877852
--

CC02/C06 Fls. 426

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

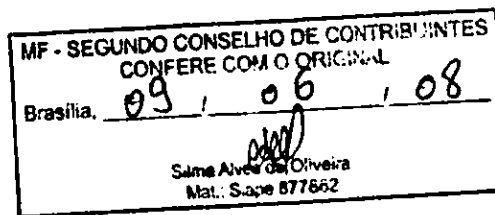
Presidente



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros 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.



Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 46/50, 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 09/2000 a 05/2003, 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 EXPRESSO NEPOMUCENO LTDA., CNPJ nº 19.368.927/0001-07; 19.368.927/0003-79, pelos serviços de transporte de carga a BASF S/A, sendo no seu estabelecimento Demarchi (CNPJ 48.539.407/0073-92), conforme contrato apresentado. Nos arquivos digitais fornecidos não houve a especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços, sendo considerado o estabelecimento Demarchi, para fins de levantamento. Serviram de base para emissão da presente NFLS 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 EXPRESSO NEPOMUCENO LTDA. se enquadram de acordo com o art. 100, §§ 1º, 2º e 3º da Instrução Normativa 71/2002, que 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 está sempre a disposição da BASF S/A.

Informou, outrossim, que o presente lançamento teve como base de cálculo 30% do valor bruto da nota fiscal de serviços, conforme art. 106, inciso II da IN nº 71/2003, 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 (transporte de cargas) 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 81/96); cópias de julgados do STJ, sobre o assunto (fls.97/176); outros documentos da empresa contratada (fls.177/192).

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Bernardo do Campo, por meio da Decisão-Notificação nº 21.434.4/0072/2006, julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 09, 06, 08 Sálme Aguiar de Oliveira Mat.: Sisco 877862
--

CC02/C06 Fls. 428

"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.

É obrigatória a retenção de 11% na contratação dos serviços de transportes, caso executado mediante cessão de mão-de-obra, no período até 05/2003.

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

Indefiro o pedido de 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".

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, requereu inicialmente a dilação do prazo para juntada de documentos e aditamento à defesa, vez que, considerando que a mesma fora autuada em época de férias coletivas, o que implicava em dificuldades na localização dos documentos. Tais documentos visavam demonstrar que nada é devido ao Instituto Previdenciária, vez que a prestadora de serviços recolheu a totalidade dos tributos sem efetuar abatimento da retenção de 11% na sua GFIP, mesmo porque, nunca foi o caso de retenção.

Que em que pese o douto conhecimento do Ilmo Auditor Fiscal, a r. decisão merece reforma, vez que, não foi aplicado corretamente o direito ao caso concreto; porquanto, contrariamente ao entendido pelo Ilmo Auditor Fiscal, nunca houve a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra;

Que a recorrente não pode concordar com a referida autuação, bem como com a decisão proferida pelo Ilmo Auditor Fiscal, vez que tanto a autuação como a decisão administrativa, entenderam que é devida a contribuição previdenciária com base em premissa que não se sustenta, vez que ambos presumiram que houve cessão de mão-de-obra na prestação de serviços de transporte, o que não corresponde à realidade fática.

4

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Sape 877862

A recorrente esclarece que possui contrato com a empresa, o qual demonstra que o serviço prestado trata-se apenas de transporte de produtos, sendo certo que não há sequer como argumentar a existência de cessão de mão-de-obra nesta contratação.

Que a contratada somente transporta produtos de propriedade da contratante, 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 pra 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 empregados seus, sob o poder de comando do tomador, de forma contínua; que a empresa contratada tem como objeto, a prestação de transporte de produtos; que esses serviços são prestados de forma eventual; que a empresa contratada não é oferecedora de mão-de-obra, mas realiza serviços de transporte de carga;

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.

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. 260/283).

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 259.

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 Voto Divergente Vencedor, Decisão nº 263/2006, 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.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sílvia Almeida de Oliveira
Mat.: Sape 877862

CC02/C06
Fls. 430

Em cumprimento ao solicitado foram juntados os documentos de fls.304/412. Consta a informação fiscal de que os contratos de prestação de serviços apresentados em processo cobriam apenas parte do período levantado (de 03/2003 a 03/2005), que foram solicitadas cópias dos contratos de prestação de serviços abrangendo o período completo do levantamento de 12/2001 a 05/2003, os quais não foram apresentados. Que conforme contrato de prestação de serviços, observou-se certas obrigações da contratada características na cessão de mão-de-obra e nunca em uma empreitada. A fiscalização lembra que o levantamento foi efetuado até 05/2003, conforme legislação em vigor na época, que previa a cessão de mão-de-obra para os serviços de transporte de carga.

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.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Bresília, 09, 06, 08 Sílvia Almeida de Oliveira Mat.: Sisppe 877862

CC02/C06 Fls. 431

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 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. 46/50, refere-se à 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 09/2000 a 05/2003, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍFES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09 / 06 / 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Sape 877852

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 n.º 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.

Todavia, 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.

Nesse sentido, é importante esclarecer que para que haja a retenção, não basta que o serviço esteja relacionado no § 2º do art. 219 do RPS, acima mencionado, é necessário, antes que seja demonstrada, pela autoridade lançadora, nos autos do procedimento fiscal, efetivamente a ocorrência de mão-de-obra cedida, da forma como definida no § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91. Esclareça-se por oportuno que todos os entendimentos se convergem no mesmo sentido de que para haver a retenção é imprescindível a demonstração da cessão de mão-de-obra.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 09 / 06 / 08 Síma Aires de Oliveira Mat.: Sipe 877862

CC02/C06 Fls. 433

Com relação aos serviços de transporte de carga, o que muito se discutia e ainda se discute é a possibilidade ou não de tais serviços serem executados mediante cessão de mão de obra. A meu ver, não houve nenhuma modificação da legislação nesse sentido, quando o Decreto nº 4.729/2003, excluiu do rol do § 2º do artigo 219, o serviço transporte de carga. Entendo que o que houve foi tão somente o reconhecimento pelo novo decreto de que na prestação desse serviço, pela própria natureza, não configura a cessão de mão-de-obra.

Estas questões, aliás, foram sobejamente debatidas nos presentes autos, porém, como se vê todos os entendimentos convergem na mesma direção, como já dito, de que é imprescindível a demonstração efetiva da cessão da mão-de-obra, o que inclusive motivou a conversão do julgamento em diligência, justamente para que fosse demonstrada a configuração da mão de obra cedida.

De sorte que, independentemente de se fazer retroagir os efeitos do Decreto nº 4.729/2003, resta evidente e indiscutível, a conclusão de que para que haja a aplicação da retenção é necessário que os serviços contratados sejam executados mediante a cessão de mão-de-obra; que não basta apenas a afirmação pela autoridade lançadora, mas sua demonstração efetiva, na forma definida no citado § 3º do art. 31 da Lei nº 8212/91.

É imperioso que haja a colocação, pela contratada, de segurados à disposição da contratante, que realizem trabalhos contínuos, em suas dependências ou nas de terceiros; e ainda que os empregados fiquem sob o comando do contratante. O que no presente caso não ocorreu, até porque, conforme se verifica dos autos, a contratada realizou serviços de transporte de carga, efetuando fretes para a contratante, não se verificando nesses serviços 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.

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.

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**, reformando, em consequência, a Decisão Notificação – DN nº 21.434.4/0072/2006.

Sala das Sessões, em 11 de dezembro de 2007


CLEUSA VIEIRA DE SOUZA