



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 36216.004503/2006-70
Recurso nº 245.173 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-01.115 – 2ª Turma
Sessão de 18 de outubro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BASF S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

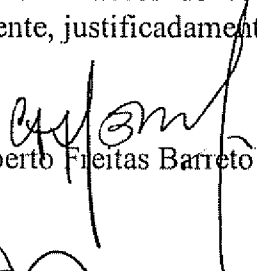
TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições sociais previdenciárias, havendo o pagamento parcial do tributo, há de se aplicar a regra do § 4º do art. 150, uma vez que deixa de existir a controvérsia sobre a regra decadencial aplicável.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Gustavo Lian Haddad


Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente


Elias Sampaio Freire - Relator

EDITADO EM:

19 NOV 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Caio Marcos Candido, Gonçalo Bonet Allage, Julio César Vieira Gomes, Manoel Arruda Coelho Júnior, Francisco de Assis Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

A Fazenda Nacional, inconformada com o decidido no Acórdão nº 206-00.415, proferido pela 6ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes em 13/02/2008 (fls. 554/564), interpôs recurso especial de contrariedade à Câmara Superior de Recursos Fiscais, fls. 570/578, com fulcro no art. 7º, I do antigo Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O acórdão recorrido, por maioria de votos, deu provimento ao recurso. Segue abaixo sua ementa:

"PREVIDENCIÁRIO PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 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- 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 Preliminar de inconstitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC rejeitada. 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 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 seguinte ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra. 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."

Segundo a recorrente, não deve prosperar o entendimento adotado pela D. Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, no sentido de entender descaracterizado a cessão de mão-de-obra, sendo portanto indevida a exigência da retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Cita dispositivos legais (§3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991 e o art. 219, §1º e §2º do Decreto nº 3048/1999) segundo os quais entende-se caracterizada uma cessão de mão-de-obra caso haja a colocação de trabalhadores à disposição do tomador de serviço, seja nas

dependências da contratante ou de terceiros, para realizarem trabalho contínuo, pouco importando se tal serviço está ou não relacionado a atividade fim da empresa.

Entende que, da análise das provas dos autos, chega-se à conclusão de que houve prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra. Explica que:

- o contrato celebrado tem como objeto a contratação de mão-de-obra, logo mão-de-obra envolvida é a razão de ser da existência desse contrato;
- a contratada desenvolvia o serviço prestado nos estabelecimentos comerciais do recorrido/contratante;
- os serviços foram prestados periodicamente, constituindo uma necessidade permanente da tomadora;
- os empregados encontravam a disposição do contratante, ou seja, submetidos ao poder de comando desse; e
- no próprio contrato, no item 4.6, fls. 381, está previsto que a recorrida/contratante realizaria a retenção de 11% (onze por cento), de acordo com a Lei nº 8.212/91, e tal retenção se concretizou em algumas notas fiscais.

Ao final, requer a reforma do acórdão por ter ficado demonstrado a prestação de serviço mediante mão-de-obra, portanto devida a retenção de 11% sobre nota fiscal, por força do § 9º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991 e o art. 219, § 1º e § 2º do Decreto nº 3048/1999.

Nos termos do Despacho nº 013/2009 (fls. 579/581), foi dado seguimento ao recurso especial de contrariedade interposto pela Fazenda Nacional.

Às fls. 590/603, o contribuinte ofereceu contra-razões.

Preliminarmente, pugna pelo não conhecimento do recurso ora combatido, pois não se encontra no julgamento ora atacado qualquer contrariedade à lei ou evidência das provas colhidas.

No mérito, entende que, segundo o entendimento vencedor não ficou demonstrado que os serviços fiscalizados foram prestados mediante cessão de mão-de-obra.

Explica que os serviços em questão foram contratados e prestados de forma sem manutenção de equipe cedida, não havendo prestação de serviços de forma contínua nas dependências da tomadora, não havendo necessidade de equipe dedicada, podendo inclusive o serviço ser prestado para várias empresas ao mesmo tempo.

Entende que, em nome do princípio do ato vinculado, previsto no art. 142 do CTN e do princípio da estrita legalidade, previsto no inciso II do art. 5º, art. 37 e inciso I do art. 150 todos da Constituição Federal, jamais poderia ter sido perpetrado o lançamento na forma como feito.

Pondera que o motivo da discordância fazendária é decorrente de uma má interpretação do inciso XV do § 2º do art. 219 do Decreto 3048/99, segundo a qual basta que haja a mera manutenção e instalação de máquinas e de equipamentos para que haja a caracterização de prestação de serviço mediante cessão de mão de obra.

Alerta que as conclusões retiradas pela fazenda nacional na leitura dos contratos acostados aos autos encontram-se equivocados, principalmente a feita sob o item 6.16 do contrato, dispositivo que não comprova que houve a cessão de mão-de-obra nos serviços sob cotejo.

Ao final, requer, preliminarmente, que não se conheça o recurso por não ter sido configurada nenhuma das hipóteses de cabimento. Alternativamente, no mérito, requer seja julgado improcedente o recurso especial interposto, de forma que se mantenha integralmente o julgamento que desconstituiu integralmente o auto de infração lavrado.

Eis o breve relatório.

Voto

Conselheiro Elias Sampaio Freire, Relator

Saliente-se que, não obstante o aludido recurso não encontrar previsão no atual Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a Portaria Ministerial MF nº. 256, de 22 de junho de 2009, em suas disposições transitórias, prevê que os recursos com base no inciso I do art. 7º e do art. 9º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, interpostos em face de acórdãos proferidos nas sessões de julgamento ocorridas em data anterior à 1º de julho de 2009, serão processados de acordo com o rito previsto nos arts. 15 e 16 e nos arts. 43 e 44 daquele Regimento.

Por seu turno o inciso I do art. 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, fazia previsão de interposição de recurso especial na hipótese de contrariedade à lei.

Examinando-se o recurso especial apresentado verifica-se que ele demonstrou, fundamentadamente, em que a decisão recorrida seria contrária à lei, no entendimento da Fazenda Nacional, consoante o disposto no inciso I do artigo 7º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O Recurso é tempestivo, estando também demonstrado o dissídio jurisprudencial, pressupostos regimentais indispensáveis à admissibilidade do Recurso Especial.

Assim, conheço do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional.

Para o deslinde da questão controvertida, qual seja, a ocorrência ou não de cessão de mão de obra, colaciono trecho do relatório fiscal da NFLD que diz respeito a caracterização da cessão de mão de obra:

5) A pessoa jurídica discriminada no item 4 presta serviços de manutenção preventiva e corretiva e calibração em balanças mecânicas, eletrônicas . a BASF S/A no seu estabelecimento Resende (CNPJ. 48.539.40710005-41) e Guaratinguetá (CNPJ. 48.539.40710002-07), conforme Contrato e notas fiscais de serviços apresentados. Nos arquivos digitais fornecidos não houve a especificação dos estabelecimentos tomadores de serviços; sendo considerado o estabelecimento Resende (CNPJ. 48.539.407/0005-41) para fins de levantamento.

6) Os serviços prestados pela empresa BALANTÉCNICA COMÉRCIO DE BALANÇAS LTDA. se enquadram de acordo com o art. 152, parágrafos 1º, 2º e 3º da Instrução Normativa 100, que passou a vigorar a partir de 01/04/2004, com alterações posteriores. A IN 100 revogou a Instrução Normativa 071, de 10/05/2002, que por sua vez revogou a Ordem de Serviço 209, de 20/05/1999.

"Art. 152 - Cessão de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 1974.

§ 1º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

§ 2º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.

§ 3º Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não-eventual, respeitados os limites do contrato."

7) Os serviços foram tomados periodicamente, constituindo-se, portanto, em uma necessidade permanente, isto é, dentro do conceito de cessão de mão-de-obra. De fato, as notas fiscais são emitidas para todos os meses. Os serviços não se enquadram, 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 8.212/91, fará a CONTRATANTE a retenção de 11% (onze por cento) do valor estabelecido em lei, da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela CONTRATADA."

8) Os serviços citados e efetuados na cessão de mão-de-obra pela empresa BALANTÉCNICA COMÉRCIO DE BALANÇAS LTDA estão sujeitos à retenção, conforme o art. 155, inciso XIV da IN 100, elencados a seguir. A tomadora, portanto, deve reter da prestadora 11% do valor da mão-de-obra das notas fiscais, faturas ou recibos de serviços.

"Seção III Dos Serviços Sujeitos à Retenção Art. 155. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra, os serviços de:

XIV - manutenção de instalações, de máquinas ou de equipamentos, quando indispensáveis ao seu funcionamento

regular e permanente e desde que mantida equipe à disposição da contratante,

9) A BASF S/A, em algumas notas fiscais, efetuou a retenção e o recolhimento de 11% do valor da mão-de-obra da nota fiscal de serviços, o que mostra ter conhecimento desta obrigatoriedade em relação ao tipo de serviço prestado. Estas notas fiscais não foram objeto de levantamento por esta fiscalização

Por seu turno, o acórdão recorrido foi no sentido de que , não cabe aplicação da retenção, por não haver comprovação da mão de obra cedida, na forma definida pelo § 3º do citado artigo 31, sob o seguinte fundamento:

“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.

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 ao seu funcionamento regular e permanente e desde que mantida equipe à disposição da contratante.” (grifei)

Portanto, 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 manutenção preventiva e corretiva e calibração de balanças mecânicas, serviços esses prestados de forma eventual, conforme solicitação, não restando, de igual modo demonstrada a prestação de serviços nas dependências da contratante ou nas de terceiros e, não obstante afirmação da fiscalização, não se verifica do contrato de prestação de serviços, 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.

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."

No meu entender, a controvérsia acerca da existência ou não de cessão de mão de obra na execução do contrato em apreço foi solucionada pelo próprio ajuste formalizado entre contratante e contratado, que acordaram o seguinte, *in verbis*:

*4.6. Por força da Lei 8.212/91, fará a **CONTRATANTE** a retenção de 11% (onze por cento) do valor estabelecido em lei, da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela **CONTRATADA**.*

Destarte, entendo comprovada que a prestação de serviços realizada deu-se por cessão de mão de obra, sujeita portanto, a princípio, a retenção de 11% da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida pela contratada.

Por outro lado, a BASF S.A. alega e comprova que a empresa prestadora dos serviços presente na NFLD em debate é empresa optante pelo SIMPLES desde 1997, portanto não está sujeita à retenção de 11%, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.

Há de se salientar que, no âmbito do STJ, a matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, nos autos do recurso especial nº 1.112.467/DF, que concluiu que a opção pela tributação no sistema do SIMPLES é incompatível com o regime da substituição tributária, imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, nos seguintes termos:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).

1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º).

2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no

percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

3 Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96)

4 Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(RESP 1.112.467/DF, DJ de 21.08.2009, Rel. Exmo. Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, unânime, 1ª Seção)

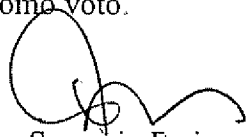
Neste contexto, foi sumulado pelo STJ o entendimento pacífico no âmbito da Primeira Seção daquele Tribunal no sentido de que: *"O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas", nos seguintes termos:*

"retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples". (Súmula 425, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 13/05/2010)

Destarte, as empresas optantes pelo SIMPLES não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98, vez que o sistema de arrecadação a elas destinado é incompatível com o regime de substituição tributária previsto nessa norma.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

É como voto.



Elias Sampaio Freire