



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 37280.001971/2005-09
Recurso n° 142.270 Voluntário
Acórdão n° **2301-004.343 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de março de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ESTADO DO RIO DE JANEIRO - GOVERNADORIA DO ESTADO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/11/2003

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. FATO GERADOR. DEMONSTRAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA.

A Lei 8.212/1991 determina que 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 do mesmo diploma legal.

A Lei 8.212/1991 define que é 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.

Portanto, para a demonstração da certeza sobre a exigência a fiscalização deve demonstrar que a cessão de mão de obra ocorreu, com todas as características que a definem.

No presente caso, não há demonstração de que a cessão de mão de obra ocorreu, motivo da ausência de que o fato gerador ocorreu, impedindo a exigência do crédito, motivo do provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Adriano Gonzáles Silvério - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), ADRIANO GONZALES SILVERIO, DANIEL MELO MENDES BEZERRA, CLEBERSON ALEX FRIESS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, THEODORO VICENTE AGOSTINHO

Relatório

Trata-se de pedido de revisão, já analisado e aceito, interposto pela Receita Previdenciária, fls. 342 a 352, combatendo o acórdão, proferido pela 4ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), que anulou lançamento por vício formal.

O pedido de revisão foi acatado e, posteriormente, a 5ª Câmara do Segundo Conselho determinou a conversão em diligência a fim de que a autoridade prestasse esclarecimentos sobre os TIADs emitidos na fiscalização.

Foi apresentado recurso voluntário, contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), que negou provimento à impugnação do sujeito passivo, nos seguintes termos:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — RETENÇÃO.

A teor do art. 31 da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.711/98, a empresa é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto dos serviços contidos na nota fiscal e prestados pela contratada, mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada de mão-de-obra, e recolher a importância retida na época própria ou empreitada de mão-de-obra, e recolher a importância retida na época própria.

RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO. SUJEIÇÃO AOS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS.

As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS recolhidas fora do prazo legal sujeitam-se aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — SELIC, com fulcro no art. 34, da Lei nº 8.212/91.

INCONSTITUCIONALIDADE E/OU ILEGALIDADE DA RETENÇÃO DE 11% SOBRE A NOTA FISCAL DE SERVIÇOS E DA APLICAÇÃO DO JUROS SELIC.

O julgador de instância administrativa não possui competência para apreciar arguições de inconstitucionalidade/ilegalidade.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

Segundo o relatório fiscal, lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, oriundas da retenção de 11% (onze por cento), sobre os valores que pagam as empresas por serviços prestados mediante cessão de mão de obra. No caso concreto, trata-se de serviços prestados pela empresa Consultor Assessoria de Planejamento Ltda.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, acompanhada de anexos, onde argumenta, em síntese, que:

1. O indeferimento do pedido de vista dos autos fora da repartição cerceou o direito de defesa do recorrente;
2. Houve cerceamento de defesa quando não foi admitida a juntada de prova documental após a apresentação de defesa administrativa;
3. O lançamento deve ser anulado ante a ausência fundamentação da indicação da Governadora como co-responsável pelo lançamento;
4. Deveria se verificar se a empresa tomadora cumpriu com suas obrigações de recolher os valores devidos;
5. É inconstitucional e ilegal a retenção de 11% (onze por cento) introduzida pela Lei nº9.711/98;
6. Insurge contra a utilização da Taxa Selic;
7. requer seja o recurso conhecido e provido.

Em sede de contra-razões, o INSS pugna pela manutenção da decisão proferida em primeira instância.

A Delegacia analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso no qual alega, as mesmas razões já expostas em sua impugnação.

O CRPS analisou a questão e anulou o lançamento, pois entendeu que deveria ser emitido novo lançamento com observância do art. 351, da Instrução Normativa n ° 100, pois, em síntese, não foi citado o órgão público na capa da autuação.

O autoridade preparadora ingressou com pedido de revisão, pois, em síntese, defende que a falha encontrada é uma mera irregularidade e não um vício insanável.

A Presidência da Quinta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes, acolheu o pedido de revisão.

Na análise do pleito, o colegiado acolheu o pedido de revisão – pois o lançamento não é só composto de sua capa - e decidiu converter o julgamento em diligência, a fim de que se verificasse datas sobre ciência dos termos e do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

A fiscalização emitiu parecer conclusivo, onde relata as datas e a conformidade com o exposto na legislação.

O sujeito passivo foi intimado do parecer e não apresentou suas razões.

Os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzáles Silvério, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a questão a ser analisada.

Na alegação do sujeito passivo sobre a necessidade de fiscalização do prestador de serviço, em primeiro lugar, necessitamos para tanto, demonstrar a ele que o fato gerador ocorreu e qual foi o motivo de sua responsabilização.

Pois bem, como estamos tratando no presente processo de obrigação de retenção, em casos de prestação de serviços por cessão de mão de obra, fomos verificar se o fato gerador está comprovado, a cessão, como determina a legislação

Lei 8.212/1991:

*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.*

...

*§ 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*

Portanto, o fato gerador da retenção ocorre somente quando os serviços forem prestados por cessão de mão de obra (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).

Assim, o Fisco, como acusador, deve provar que o fato ocorreu, na subsunção do fato à norma.

Procuramos, por vezes, onde o fato está demonstrado.

Para a decisão de primeira instância o fato está demonstrado nos autos, fls. 0204 a 0208.

Com todo respeito, nestas folhas só encontramos a seguinte descrição:

“Distribuição de jornal”.

Não há uma prova (contrato) ou acusação de que os serviços foram efetuados, por exemplo, por segurados colocados à disposição do contratante, nas dependências deste ou de terceiro.

Cabe destacar que há no relatório fiscal informação de que os contratos foram fornecidos.

Os serviços descritos podem, ou não, encaixar-se na definição de cessão, mas o Fisco deve demonstrar a cessão na acusação.

Portanto, como o fato gerador não foi demonstrado, não há como exigir o tributo do sujeito passivo.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, voto no sentido de dar PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

(assinado digitalmente)

Adriano Gonzáles Silvério