



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

Processo nº 37280.002288/2005-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.034 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2017
Matéria Retenção 11% Cessão Mão-de-obra
Recorrente ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Recorrida UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2001 a 28/02/2003

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - RETENÇÃO.

A teor do art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário, para na parte conhecida, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

ANDREA BROSE ADOLFO - Presidente em Exercício e Relatora.

EDITADO EM: 16/05/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Evaristo Pinto, Andrea Brose Adolfo (Presidente em Exercício e Relatora), Fabio Piovesan Bozza, Fernanda Melo Leal, Jorge Henrique Backes (suplente convocado) e Julio Cesar Vieira Gomes.

Relatório

Trata-se de pedido de revisão, já analisado e aceito, interposto pela Secretaria da Receita Previdenciária (e-fls. 408/418), combatendo o acórdão de e-fls. 395/398 proferido pela 4ª Câmara do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), que anulou o lançamento por vício formal.

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

Em 16/12/2004 foi lavrada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD Debcad nº 35.563.242-0, referente ao lançamento de contribuições previdenciárias retidas sobre notas fiscais de prestação de serviços de cessão de mão-de-obra (retenção 11%) nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998, abrangendo o período de 07/2001 a 02/2003, totalizando o valor de R\$ 384.639,12 (prestadora de serviços: SERTEC TECNOLOGIA DE SERVIÇOS LTDA).

Conforme Relatório Fiscal (e-fl. 199) os valores das contribuições previdenciárias (11%) foram destacados nas NFS e retidos pela tomadora de serviços, sem o recolhimento posterior ao INSS, tratando-se, em tese, de crime de apropriação indébita previdenciária:

Os dados das notas fiscais de serviços emitidas pela empresa prestadora a empresa tomadora encontram-se na planilha anexa, que contém o(s) seguintes(s) levantamentos.

- **52X- notas fiscais de serviços emitidas pela empresa prestadora de serviços em que foram destacados os valores de retenção de 11%, valores estes retidos pela empresa tomadora, quando do pagamento das notas fiscais de serviços, mas não recolhidos ao INSS.** (grifei)

Também do Anexo I ao Relatório Fiscal - Relação de Pagamentos (e-fls. 214/219) é possível verificar, por competência, as notas fiscais emitidas, o valor da Base de Cálculo, os Valores retidos, os Recolhimentos Efetuados, a descrição e o enquadramento dos serviços prestados.

A empresa foi cientificada da NFLD em 08/03/2005 e apresentou impugnação tempestiva julgada parcialmente procedente, para considerar os pagamentos apresentados em impugnação que não haviam sido considerados no lançamento do crédito, nos termos da Decisão-Notificação nº 17.003/0016/2005 (e-fls. 332/348):

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.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Cientificado da decisão em 16/09/2005, apresentou Recurso em 13/10/2005 (e-fls. 357/376), alegando em síntese, nulidade do processo por cerceamento de defesa - negativa de vista; violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; necessidade

de fiscalização conjunta da empresa prestadora de serviços; inconstitucionalidade da retenção de 11%; possibilidade de elisão da responsabilidade do tomador de serviços e ilegalidade da Selic.

O INSS apresentou suas Contrarrazões (e-fls. 379/394).

Em em 13/02/2006, a 4ª CaJ Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS anulou a NFLD nos termos do Acórdão nº 727/2006 (e-fls. 395/398), *verbis*:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS PARA A SEGURIDADE SOCIAL. NFLD LAVRADA EM NOME DA GOVERNADORIA DO ESTADO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 351 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 100, DE 18.12.2003, COM VIGÊNCIA A PARTIR DE 01.04.2004.

Os documentos de constituição de crédito serão emitidos no CNPJ da União, Estados, DF ou Municípios, quando a auditoria fiscal se desenvolver nos órgãos públicos da Administração Direta (ministérios, secretarias, assembleias legislativas, câmaras municipais, etc).

No campo destinado a identificação do sujeito passivo sob ação fiscal deverá ser consignado o nome da União, do estado, do Distrito Federal ou do município, seguido da designação do órgão notificado.

A notificação em questão tem como fato gerador as remunerações pagas aos servidores de Secretaria Municipal. Todavia, a Governadoria do Estado consta como órgão notificado.

NFLD ANULADA.

A Secretaria da Receita Previdenciária interpôs pedido de revisão, conforme e-fls. 408/418, combatendo o acórdão de e-fls. 792/196, proferido pela 4ª Câmara do CRPS que anulou a NFLD por vício fonnal. A unidade da SRP entende, em síntese, que a falha encontrada é uma mera irregularidade e não um vício insanável e que há acórdãos divergentes da própria 4ª Câmara de Julgamento do CRPS.

Cientificada do pedido de revisão, a notificada manifestou-se às e-fls. 421/434. Em síntese alega que não cabe o pedido de revisão, por se tratar de rediscussão de matéria; inexistindo violação a preceito legal.

Em decisão monocrática, o Conselheiro Presidente desta Câmara, e-fls. 437/438, acolheu o pedido de revisão.

Em 03/06/2008, a 5ª Câmara de Julgamento do 2º Conselho de Contribuintes, decidiu conhecer do embargo de declaração para rescindir o acórdão recorrido e converter o julgamento em diligência (e-fls. 441/444) para que a fiscalização esclarecesse qual a data da emissão do primeiro procedimento fiscal junto ao contribuinte, em decorrência de divergências

entre as datas da emissão do Termo de Início do Procedimento fiscal (TIAF) e a data do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD)

A fiscalização se pronunciou por meio da Informação Fiscal de e-fl. 451, esclarecendo que as datas dos Termos de Início de Ação Fiscal e de Intimação para entrega de documentos estavam abrangidas por MPF válido (original e complementares).

Cientificado, o contribuinte apresentou pedido de dilação do prazo para apresentação de documentos, sem nova manifestação posterior.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Brose Adolfo - Relatora

Admissibilidade

Verificado o cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso interposto, dele conheço parcialmente e passo a sua análise.

Inconstitucionalidade e Ilegalidade da legislação aplicada

Não conheço do recurso acerca das alegações de inconstitucionalidade da retenção de 11% e da ilegalidade da taxa de juros Selic por ser este colegiado incompetente para discutir tais questões, a teor da Súmula Carf nº 2:

***Súmula CARF nº 2:** O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Preliminar

Nulidade por cerceamento de defesa.

Alega o recorrente cerceamento do direito de defesa por não ter sido permitida a vista aos autos fora da repartição.

Entendo que não merece acolhida a essa preliminar uma vez que não ficou configurado o cerceio à defesa do autuado, uma vez que recebeu cópia de toda a documentação constante da NFLD, bem como foram fornecidas as cópias solicitadas pelo recorrente, em todas as ocasiões em que solicitado.

Violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

O recorrente sustenta que o prazo legal de 15 dias para apresentação das defesas das 138 NFLDs de que foi cientificado em 08/03/2005 é insuficiente para a juntada de documentos. Assim, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade requer seja permitida a juntada posterior de documentos visando à complementação da defesa.

Importa ressaltar que a intimação ocorreu em 08/03/2005, sendo a impugnação apresentada em 23/03/2005, com a juntada de comprovantes de recolhimento de algumas retenções (que foram apropriadas ao crédito lançado - com o reconhecimento da

procedência parcial da impugnação). Da data da apresentação da impugnação até o momento desta nova decisão em sede recursal, em 2017, ou seja, passados doze anos da autuação, nenhum outro documento foi juntado aos autos.

Portanto, entendo que a recorrente teve tempo mais do que suficiente para apresentação da quitação das competências que restaram mantidas após a decisão-notificação de agosto de 2005.

Ademais, caso tivessem sido juntados novos documentos até a presente data, seriam aceitos e analisados em sede recursal.

Sem razão à recorrente.

Necessidade de fiscalização conjunta da empresa prestadora de serviços

Neste ponto, entende a recorrente que é inviável a fiscalização isolada do tomador de serviços, sem considerar os recolhimentos efetuados pela empresa prestadora de serviços de cessão de mão-de-obra que é o contribuinte e sujeito passivo da contribuição previdenciária. Alega que "o tomador de serviços simplesmente antecipa o recolhimento da contribuição previdenciária, que é devida pela prestadora de serviços de cessão de mão-de-obra, já que incidente sobre sua folha de salários".

Com a alteração trazida pela Lei nº 9.711, de 1998 no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 1991, foi criada a obrigatoriedade de retenção na fonte pela empresa tomadora dos serviços e concedida à prestadora a possibilidade de compensar a retenção no recolhimento da contribuição incidente sobre a folha de pagamento ou pleitear restituição do excedente.

*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.***

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

[...]

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante.

Neste regime de aparente retenção por antecipação, porém, passou a ser aplicável a seguinte disposição, já presente na própria Lei nº 8.212/91:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal (DRF) compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

[...]

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

[...]

Apreciando o regime da Lei nº 9.711/98, o STJ concluiu:

A Lei 9.711/98, que introduziu a nova redação do artigo 31, da Lei 8.212/91, vigorando a partir de 1º de fevereiro de 1999, instituiu técnica arrecadatória via substituição tributária, mediante a qual compete à empresa tomadora dos serviços reter 11% (onze por cento) do valor bruto da respectiva nota fiscal ou fatura, bem como recolher, no prazo legal, a importância retida.

3. Cuida-se, portanto, de previsão legal de substituição tributária com responsabilidade pessoal do substituto, que passou a figurar como o único sujeito passivo da obrigação tributária. (REsp nº 1.068.362 – PR, Relator Ministro Luiz Fux)

Portanto trata-se, *in casu*, da responsabilidade por determinação legal, a teor do art. 121, II, do CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Portanto, correto o lançamento efetuado unicamente no tomador dos serviços.

Com relação à possibilidade de elisão da responsabilidade solidária, alega a recorrente que o prestador de serviços não foi afastado do polo passivo da obrigação tributária e que:

Prevê a lei previdenciária a obrigação de reter os 11%. Prevê a necessidade de o contribuinte informar a retenção sofrida e

deduzi-la na apuração de sua contribuição. Prevê, também, que em sendo maiores as retenções que a contribuição efetivamente devida, haverá direito de restituição. Trata-se, portanto, de retenção a conta de futura apuração e não de retenção definitiva.

Não cuidou a lei, todavia, da hipótese de o responsável não efetuar a retenção, mas antes da ação fiscal o contribuinte apurar a contribuição por si devida e pagá-la, de modo a fazer entrar nos cofres do INSS o exato montante que deveria antes ter ingressado, seja pela entrada em receita apenas, seja pela soma da entrada em receita mais o não surgimento do débito referente a obrigação de restituir o excesso.

Entendo que tal raciocínio não é aplicável ao caso em análise, uma vez que se trata de responsabilidade direta por determinação legal conforme exposto acima. E, como dito alhures, as retenções sobre os valores das notas fiscais foram efetuadas e não recolhidas à Seguridade Social, fato não impugnado pela recorrente. Portanto, entendo incabível aqui o debater de qual seria o deslinde a ser dado caso não tivesse sido efetuada a retenção.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer em parte do recurso voluntário, para na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

Andrea Brose Adolfo - Relatora