

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

Processo nº 17546.000584/2007-33
Recurso nº 158.984 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.131 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de maio de 2009
Matéria RETENÇÃO
Recorrente AMSTED - MAXION FUNDIÇÃO E EQUIPAMENTOS FERROVIÁRIOS S/A
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2002 a 31/07/2005

RETENÇÃO

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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/07/2005

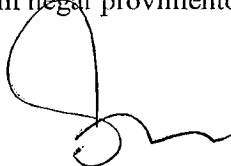
INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 49/59) informa que as contribuições lançadas incidem sobre as notas fiscais de serviços prestados, sob a modalidade de cessão de mão de obra, emitidas pela empresa MTW Engenharia Ltda.

A auditoria fiscal informa que o Contrato de Prestação de Serviços apresentado tem por objeto os serviços de inspeção de rodas ferroviárias. Como a previsão é de apenas o fornecimento de mão-de-obra, não foi admissível qualquer redução da base de cálculo tributável.

A notificada apresentou defesa (fls. 105/118) onde manifesta seu inconformismo pelo fato de terem sido lavradas cento e vinte e cinco notificações, após quase nove meses de ação fiscal e, no entanto, a mesma dispor de apenas quinze dias para analisar e apresentar defesa de todas elas.

Aduz que inexistente cessão de mão-de-obra no serviço prestado e entende que se o ajuste não se limita ao fornecimento de mão-de-obra sob o controle e orientação do locatário do serviço, ensejando trabalho subordinado ao tomador, não se depara com cessão de mão-de-obra sujeita à retenção.

Considera que verificando-se o pagamento da contribuição pelo contribuinte prestador dos serviços, não caberia exigir novo recolhimento da exação na tomadora.

Alega que carece de base legal a aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Solicita realização de perícia e indica assistente técnico para realizá-la, bem como os quesitos a serem respondidos.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que manifestou-se pela manutenção do lançamento. Argumenta que da análise dos documentos apresentados verificou-se a caracterização dos serviços como cessão de mão-de-obra. Menciona itens do contrato e da proposta da prestadora de serviços que se compromete a disponibilizar responsável habilitado e quatro equipes com quatro funcionários cada para trabalhar em turnos de doze horas, inclusive sábados, domingos e feriados.

A notificada foi intimada do resultado da diligência e manifestou-se (fls. 184/188) alegando o descabimento da presunção da existência de cessão de mão-de-obra adotada pela fiscalização.



Pelo Acórdão 05-20.256 (fls. 191/198-verso), a 6ª Turma da DRJ de Campinas/SP julgou o lançamento procedente.

Irresignada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 206/219) onde alega nulidade do lançamento e decisão pautados apenas em presunção, inexistência de cessão de mão-de-obra e inaplicabilidade da taxa de juros SELIC.

Não houve apresentação de contra-razões.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Quanto à alegação de nulidade do lançamento e decisão que teriam sido pautados apenas em presunções, não confiro razão à recorrente.

É necessário esclarecer que a caracterização de cessão de mão-de-obra prescinde da comprovação de que os empregados da prestadora estariam subordinados à tomadora que quando contrata um serviço pretende que este seja realizado conforme o acordado, cabendo à prestadora executá-lo.

Os documentos analisados pela auditoria fiscal e anexados aos autos deixam claros que o tipo de serviço contratado é realizado mediante cessão de mão-de-obra.

O objeto do contrato é a inspeção de rodas ferroviárias modelo CK 36, da fabricação da contratante, em uso em vagões de propriedade da MRS Logística S/A. A proposta apresentada pela prestadora à recorrente (fl. 87) é clara no sentido de que se comprometia a fornecer 4 equipes, compostas de 4 funcionários, para trabalharem em turnos de 12 horas, inclusive sábados, domingos e feriados.

Portanto, não há que se falar em presunção ou inexistência de cessão de mão-de-obra. As condições da prestação dos serviços, verificadas nos documentos apresentados pela recorrente demonstram que o serviço prestado se encaixa perfeitamente ao conceito de cessão de mão-de-obra dado pelo § 3º do art 31 da lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito:

“§ 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”

A recorrente alega a inaplicabilidade da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

A aplicação da SELIC encontra respaldo no art. 34 da Lei nº 8.212/1991. Tal dispositivo, ainda que revogado pela Medida Provisória nº 449/2008, encontrava-se vigente no ordenamento jurídico, à época do lançamento e produziu seus efeitos.

Portanto, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, pelo princípio da legalidade, deixar de aplicar dispositivo legal sob o argumento de que seria inconstitucional ou afrontaria lei hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.



O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reequadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)”

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

“Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora