ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 15956.000672/2010-83

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

CÓPIA

Processo nº	15956.000672/2010-83
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2403-001.345 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de	17 de maio de 2012
Matéria	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	MUNICÍPIO DE JABOTICABAL - PREF.MUNICIPAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2007

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n° 9.532, de 1997)

RETENÇÃO. CESSÃO DE MÃODEOBRA.

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 assim retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

A retenção por parte do responsável pelo recolhimento sempre se presumirá feita, oportuna e regularmente, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, tornando pelo recolhimento das importâncias que deixar de reter.

MULTA DE MORA

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas à multa de mora prevista artigos 35, I, II, III da Lei 8.212/91.

Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais e das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, na forma da redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

MULTA MAIS BENÉFICA.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, cabe aplicar o artigo

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

35A, se mais benéfico ao contribuinte, na forma da Lei 11.941/2009 que revogou o art. 35 da Lei 8.212/1991 e lhe conferiu nova redação.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte

CÓPIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em preliminar, em relação à EMURJA, negar provimento à questão da solidariedade. Vencido o Relator. Designado o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari para redigir o voto vencedor. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator Designado.

Ivacir Júlio De Souza

Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Jhonatas Ribeiro de Souza.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

A instância "ad quod" produziu o Relatório abaixo que, li, compulsei com os autos e tendo corroborado, com grifos de minha autoria, o transcrevi na íntegra :

> *" Relatório*
>
> *Trata-se de Auto de Infração a obrigação principal **37.268.123-9**, lavrado em face do contribuinte acima identificado, constitutivo de contribuições devidas à Seguridade Social **correspondentes à retenção de 11 % (onze por cento)** incidente o valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, importando em R$ 444.831,74 (Quatrocentos e quarenta e quatro mil, oitocentos e trinta e um reais e setenta e quatro centavos), valor consolidado em 08/12/2010.*
>
> *Segundo o relato fiscal, o lançamento constituiu-se pagamentos **a empresas prestadoras de serviços relativos a construção civil e prestados por empresas contratadas** e pagas pelo contribuinte acima qualificado, **contratant**e e nessa condição responsável pela retenção das citadas contribuições que, no entanto, não logrou comprovar a integralidade dos respectivos recolhimentos.*
>
> *O contribuinte interessado apresentou impugnação na qual contesta o lançamento fiscal estribado nas seguintes razões, em síntese:*
>
> *i) **Levantamento EM - EMURJA**:*
>
> *esclarece que a Empresa Municipal de Urbanização de Jaboticabal EMURJA trata-se de um ente da Administração Pública Municipal **e a retenção deixou de ser realizada tendo em vista que a responsabilidade pela contribuição, em última análise, é do Município de Jaboticabal**; no entanto, argumenta, o Município, por meio da EMURJA, que efetuou os recolhimentos devidos, conforme comprovariam os documentos anexados (GFIPs e GPS);*
>
> *ii) **Levantamentos BT. CA. FC, LE. MB, SP. VÊ, VI**: afirma que efetuou regularmente as retenções das contribuições previdenciárias relativas aos contratos relacionados em epígrafe, pelo quê anexa, a título de amostragem, Notas de Empenho devidamente liquidadas; aduz que a Impugnada deve revisar todos os levantamentos apresentados, uma vez que foi disponibilizada pela Administração toda a documentação solicitada **e que o ônus da prova cabe à Receita**, de maneira que fica impugnada toda a matéria relativa à retenção de contribuição social nos contratos de cessão de mão de obra.*
>
> *Posto nesses argumentos requer a anulação do presente Auto de Infração nos pontos abordados e, a título de cautela, requer o*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

parcelamento de eventuais resíduos subsistentes resultantes da retificação a que faz j u s a Impugnante.

É a síntese do necessário."

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.470, a 6ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto– SP DRJ/ POR, em 28 de junho de 2011, exarou o Acórdão n° 1434.360, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.488, onde guerreou a decisão da instância "ad quod "

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls.169, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressuposto de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

DO LANÇAMENTO EM - EMURJA

Às fls. 301 do Relatório Fiscal, a Autoridade Fiscal justificou o levantamento na forma do abaixo :

> *" 3.4 L e v a n t a m e n t o EM*
>
> *3.4.1 O valor originário do débito apurado corresponde a este levantamento, refere-se ao montante das contribuições sociais devidas, mediante a aplicação da alíquota de 11% sobre os valores brutos das notas fiscais de serviço NFS, emitido pela empresa contratada Empresa Municipal de Urbanização de Jaboticabal EMURJA, não recolhido pela empresa FISCALIZADA* ***(contratante dos serviços)*** *à seguridade social até o dia dez do mês subseqüente ao da emissão destas NFS, em nome da contratada, relativo aos meses de 01 a 12/2007.*
>
> *3.4.2 No Relatório de Lançamentos RL consta o valor lançado (valor bruto da NFS), o percentual de 100%, resultando o valor apropriado, e no campo "observação" consta os números da NFS ou nota de liquidação e pagamento, bem como consta o total do valor apropriado por competência. No Discriminativo do Débito DD consta base de cálculo por competência que corresponde ao total do valor apropriado por competência citado no RL.*
>
> *3.4.3* ***A prestação de serviço foi executada mediante empreitada na área de limpeza e conservação, com apresentação de contrato de prestação de serviço,*** *enquadrando-se na normalização contida no inciso I do art. 145 da Instrução Normativa/SRP n° 03, de 14.07.2005 DOU. 15/07/2005. A obtenção da base de cálculo através de 100% dos valores brutos das NFS espelham-se na descrição do serviço contido nestas NFS, que define "fornecimento de mão de obra para execução de serviços...", aplicando-se o art. 140 da IN acima citada (fls. 75 a 127)."*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em sede de impugnação os argumentos trazidos à colação foram diferentes.

Naquela instância a impugnante tivera entendimento de que sendo a contratada ente municipal não haveria que se efetuar as retenções exigidas.

Em sede recursal alegou que :

> *" Oportuno ainda salientar, que não obstante o entendimento firmado pela turma julgadora relativo ao fato de que a Empresa contratada tem autonomia administrativa e apesar de se constituir como empresa pública sujeita-se a retenção mesmo quando contratada por órgãos públicos municipais, não havendo qualquer dispositivo legal ou normativo que as excetue, ignorou* ***a questão da solidariedade exposta na impugnação apresentada****, a qual não se referia as disposições contidas no artigo 31 da Lei n° 8.212/91,* ***mas sim à solidariedade decorrente das disposições contidas no inciso IX do art. 30 da Lei n° 8.212/91, por integrarem a contratante e a contratada o mesmo grupo econômico, qual seja grupo de empresa e entidade estatal, de âmbito municipal, que estão, respectivamente, vinculadas, direta ou indiretamente, a um mesmo Município."***

Eis o enunciado do exortado inciso IX do Artigo 30 da Lei n° 8.212/91:

> *Art. 30 – (...)*
>
> *(...)*
>
> *IX as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei.*

A norma supratranscrita não trouxe o conceito de grupo econômico, motivo pelo qual tal significado deve ser buscado em outras fontes legais.

CLT O Art. 2°, § 2°, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), estatui o seguinte:

> *§ 2° Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção,controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial,comercial ou de que qualquer outra atividade econômica serão, para os efeitos da relação de emprego,* ***solidariamente responsáveis*** *a empresa principal e cada uma das subordinadas.*

Na esteira do dispositivo legal retro, a **Instrução Normativa/MPS/SRP n°03** de 14/07/2005 estabeleceu:

> *Art. 748. Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais* ***empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas****, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. .*

Portanto, para a configuração de grupo econômico, não há a necessidade de as empresas formalizarem juridicamente essa união, nem manterem uma relação de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

subordinação (controle), **bastando a relação de coordenação (coligação) entre as mesmas**, sem que exista uma posição predominante. Há ainda a possibilidade de caracterização de grupo econômico quando detectada a incidência a **conjuminância de recursos ou esforços para a realização de projetos ou atividades comuns.**

Às fls.406, consta colacionada a Lei Municipal n° 1.962, de 28 de dezembro de 1990 que na forma do artigo 1° , criou sob a forma de empresa pública a Empresa Municipal de Urbanização de Jaboticabal – EMURJA , motivo do lançamento em comento.

No artigo 6° da referida Lei, define a participação do Poder Executivo na integralização do capital social da nova empresa.

De fato, na forma do exposto percebe-se a configuração de grupo econômico diante da participação societária comum.

Assim, estando claramente demonstrada a existência de grupo econômico a infração poderia ser capitulada sob a égide do sobredito artigo, de modo que o cumprimento da obrigação pudesse ser exigida de todas as participantes do grupo econômico, de acordo com o IX do Artigo 30 da Lei n° 8.212/91 em razão da SOLIDARIEDADE.

Relevante destacar que a lavraturas do gênero, a **PORTARIA SRP/DEFIS Nº 018, DE 10 DE OUTUBRO DE 2006,** vigente à época do lançamento, determinava em se tratando de **lançamento por solidariedade** deveria fazer constar no relatório Fiscal a informação de que foram analisadas as informações disponíveis relativas ao devedor solidário, de que não houve ação fiscal com exame de contabilidade contra este e que os créditos referentes a prestação de serviço ora tributada não foram objeto de lançamento anterior.

Muito embora o contrato de prestação de serviços tenha sido pactuado, aduz que em se tratando de empresas do mesmo grupo econômico tal pacto se reveste das características de mútuo da espécie onerosa com previsão e amparo legal .

Vingando a tese de prestação de serviços com retenção, impõe-se que as empresas de um mesmo grupo ao se reunirem em mútuo para levar à termo projeto capitaneado por suas holdings verão estabelecidas **inusitada responsabilidade tributaria circular** com efetiva e improdutiva majoração de seus custos .

Entendo que é paradoxal impor que o coproprietário de ambas empresas promova retenção dos serviços que ele mesmo lhe presta. No caso presente não se observa stricto sensu o necessário binômio tomador/prestador posto que se estabelece a figura denominada confusão.

Confusão, de acordo com o artigo 381 da Lei n 10.406/2002, é quando "...Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor..."

À semelhança do presente trago à lume o Julgado de relatoria do Ministro Ari Pargendler onde o sujeito passivo se confunde com o ativo sendo flagrante o fato inibidor da obrigação tributária :

> *" TRIBUTÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. ESBULHO POSSESSÓRIO PRATICADO PELO PRÓPRIO MUNICÍPIO QUE EXIGE O TRIBUTO. Os litígios*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

possessórios entre particulares não afetam a obrigação de pagar o IPTU, resolvendo-se entre eles a indenização acaso devida a esse título; já quem, sendo contribuinte na só condição de possuidor, é esbulhado da posse pelo próprio Município, não está obrigado a recolher o tributo até nela ser reintegrado por sentença judicial, à mingua do fato gerador previsto no art. 32 do Código Tributário Nacional, ***confundindo-se nesse caso o sujeito ativo e o sujeito passivo do imposto.***

Agravo regimental provido" – (voto do Ministro relator:

"Na espécie, todavia, o esbulho foi praticado pelo próprio Município (...), ***sujeito ativo do tributo****, que, imitindo-se na posse,* ***confundiu-se com o sujeito passivo – não se compreendendo que o esbulhado deve recolher imposto indevido, para depois reavê-lo em ação própria*** *sob a forma de indenização,* ***sendo o flagrante o fato inibidor da obrigação tributária****, vale dizer, a posse pelo próprio Poder Público. (...)". (2ª T, AgRg. 117/895/MG, rel. Ministro Ari Pargendler,* v. u.*, 10/10/96.* DJU *29/10/96, p.41.639 "*

A tomadora do grupo é ao mesmo tempo obrigada a reter valores da prestadora da qual faz parte como sócia que mais tarde os reclamará para efeito de compensação ou restituição ao tempo em que à prestadora deva se imputar solidariedade pelo eventual crédito de responsabilidade do sujeito passivo – a tomadora sua sócia – por integrar seu grupo econômico.

Aduz que a recorrente juntou cópias dos recolhimentos da prestadora dos serviços asseverando que a mesma estaria adimplente com suas obrigações junto ao fisco e na oportunidade assim se manifestou:

" Com efeito, em sendo a retenção uma garantia do fisco de adiantamento da arrecadação pretendida, bem como de efetivo recebimento, a ausência de retenção do contratante acarretaria além de sanção pelo não cumprimento da obrigação, a responsabilidade de adimplemento da contribuição devida e eventualmente não paga pelo contratado, mas nunca, como pretendido no caso dos autos, a duplicidade de pagamento da referida contribuição que já foi efetivamente arrecadada por quem de direito."

Levantando hipótese de pagamento em duplicidade alegou ainda que :

" nem lícita a cobrança em duplicidade, arbitrada aleatoriamente, sem a liquidez e certeza que deve anteceder a cobrança, notadamente em sendo demonstrada, como no caso dos autos, o efetivo adimplemento da contribuição pretendida.

(...)

....notadamente levando-se em consideração o fato de que a empresa contratada que já efetuou o devido recolhimento não poderá valer-se do direito a compensação e restituição da diferença que lhe é inerente por força do disposto nos §§ l ° e 2 ° do artigo 31 da Lei 8.212/91. "

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Decidindo pela retenção, resta que a fundamentação seria inadequada posto que não fora permitido que o prestador/devedor solidário se manifestasse impondo cerceamento de defesa razão pela qual haveria que se considerar nulo o lançamento.

Assim, por tudo que foi exibido, descabendo a hipótese de retenção e não tendo sido constituído crédito típico de solidariedade, **decido pela nulidade do lançamento**.

CÓPIA

QUANTO AOS DEMAIS LANÇAMENTOS

DAS MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS

A Recorrente alegou em sede Recursal que :

> *" Sequer socorre a decisão prolatada a argüição de os referidos descontos apontados foram utilizados para abater os débitos tributários constituídos nos próprios levantamentos já que ao contrário do alegado* ***não se vislumbra no mencionado discriminativo do débito os apontamentos detalhados relativos aos números das notas fiscais*** *levadas em consideração para a respectiva apuração e tão pouco a* ***discriminação das guias e datas relativas as retenções e recolhimentos considerados,*** *o que inviabiliza inclusive o contraditório e a ampla defesa* ***por trazer o mencionado discriminativo do débito valores totalizados e não discriminados por lançamento individualizado."***

E ainda que :

> *" Para tanto, necessário se faz que a fiscalização aponte os elementos de convicção necessários para a construção do auto de infração. Trazer informações generalizadas, sem individualização dos lançamentos e sem ter percorrido o adequado caminho legal de verificar todos os efetivos recolhimentos previdenciários ocorridos, é o mesmo que impossibilitar a defesa do sujeito passivo É mais do que sabido que o poder de taxar não pode destruir o contribuinte (STF RE n° 18.331, Rei. Min. Orosimbo Nonato, in "Revista Forense 145, Ed. Forense,1953, ps. 164 e seguintes). "*

Para efeito de demonstração da forma como foram relatados os débitos , destaquei os levantamentos **3.1 Levantamento BT e 3.2 Levantamento CA** , que à exemplo dos demais guardam o mesmo " modus operandi" onde se verifica que o Autuante tomou as devidas providenciais quanto à motivação exigida fazendo constar a informação e os documentos probantes e a norma que originaram o lançamento :

> *' 3.1 Levantamento BT*
>
> *3.1.1 O valor originário do débito apurado corresponde a este levantamento, referese ao montante das contribuições sociais devidas, mediante aplicação da alíquota de 11% sobre 50% dos valores brutos das notas fiscais de serviço NFS, emitido pela*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

empresa contratada B. Tobace Construções e Serviços Ltda, não recolhido pela empresa FISCALIZADA (contratante dos serviços) à seguridade social até o dia dez do mês subseqüente ao da emissão destas NFS, em nome da contratada, relativo aos meses 01 e 04/2007, abatidas às contribuições sociais recolhidas mediante Guia da Previdência Social GPS.

3.1.2 No Relatório de Lançamentos RL consta o valor lançado (valor bruto da NFS), o percentual de 50%, resultando o valor apropriado, e no campo "observação" consta os números da NFS, bem como consta o total do valor apropriado por competência. No Discriminativo do Débito DD consta base de cálculo por competência que corresponde ao total do valor apropriado por competência citado no RL.

3.1.3 A prestação de serviço foi executada mediante empreitada na área de construção civil, com apresentação de contrato de prestação de serviço,' enquadrandose na normalização contida no inciso III do art. 145 da Instrução Normativa/SRP n° 03, de 14.07.2005 DOU.

15/07/2005. A obtenção da base de cálculo através de 5 0% do valor bruto da NFS espelhase na descrição do serviço contido no contrato de prestação de serviço, que define com fornecimento de material e mãodeobra, para a execução de obras de Instalação de Rede de Energia Elétrica errj Baixa Tensão 220/127V...", aplicandose o inciso I do art. 150 da IN acima citada (fls. 39 a 54).

3.2 Levantamento CA 3.2.1 O valor originário do débito apurado corresponde a este(levantamento, referese ao montante das contribuições sociais devidas, mediante a aplicação da alíquota de 1 1% sobre os valores brutos das notas fiscais de serviço \ NFS, emitido pela empresa contratada Carregari e Giangrecco Construção Civil Ltda ME, não recolhido pela empresa FISCALIZADA (contratante dos serviços) à seguridade social até o dia dez do mês subseqüente ao da emissão destas NFS, em nome da contratada, relativo aos meses de 04, 07 e 08/2007. "

Do exposto, na forma do procedimento da Autoridade fiscal, todos os elementos exigíveis para o lançamento foram observados e relatados ao contribuinte que, em desejando, poderia sem grande esforço, compulsálos e do confronto argüir expressamente eventuais divergências.

Assim, na forma genérica como apresentou a impugnação reiterada em recurso, é lícito concluir que a Recorrente, " ab initio " incorreu no preceituado do artigo 17 do Decreto 70.235/72 , verbis:

" Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n° 9.532, de 1997)"

DA MULTA.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

É compulsório observar que o artigo 144 do Código Tributário Nacional - CTN aduz que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada :

> *" Art. 144. O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Na hipótese de novos critérios de apuração ou de **novos processos** de **apuração** é que se aplica a previsão do § 1º deste artigo:

> ***"** § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha **instituído novos critérios de apuração** ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios **"***

O presente lançamento não está submetido à novos critérios de apuração. Assim, ainda que estivesse não implica inobservar o preceituado no caput do artigo 144 CTN:

> *" O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada **"***

Na forma do registro de fls.25, no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD e Acréscimos Legais da Multa, o cálculo do valor teve por base os parâmetros estabelecidos pelo art. 35, I, II, II .

Entretanto o artigo supra foi alterado pela Lei 11.941/2009, estabelecendo não novos critérios de apuração mas determinando que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora** nos termos do **art. 61 da Lei no 9.430, de 27** de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%:

> *"**Art. 35.** Os débitos com a União decorrentes **das contribuições sociais previstas** nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, **não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora** e juros de mora, **nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996** (Redação dada pela Lei 11.491, 2009)"(grifos do relator)*
>
> *Lei 9.430/96:*
>
> *" Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, **cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso**.*
>
> *§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão **juros de mora** calculados à taxa a que se refere o §3° do art. 5°, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.(Vide Lei n° 9.716, de 1998)"*

CÓPIA

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratandose de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Assim, impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a multa mais benéfica.

" Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática."

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa.

Expurgados os lançamentos apontados, a definição do cálculo se observará quando a liquidação do crédito for postulado pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2° da Portaria Conjunta PGFN/RFB n°14, de 4 de dezembro de 2009:

"Art. 2° No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei n ° 5.172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional CTN."

CONCLUSÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conheço do recurso para NO MÉRITO LHES DAR PROVIMENTO parcial determinando que sejam excluídos os lançamentos que constituíram os créditos lançados com denominação EM - EMURJA. Deve-se também ser concedido os benefícios do principio da retroatividade benigna no sentido de aplicar o comando do artigo 35 da Lei n° 8.212/91, incluído pela Lei n °11.941/2009, multa de mora nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20% , critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento.

CÓPIA

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza Relator

Voto Vencedor

Apresento divergência com relação ao voto do ilustre relator na questão do levantamento EM - EMURJA.

Entendo não ser caso de solidariedade nem, por conseqüência, de nulidade do lançamento.

O Relatório Fiscal, com base no contrato, nas notas fiscais de serviço e nas notas de liquidação e pagamento classificou o serviço prestado como sendo empreitada de limpeza e conservação.

> *3.4 Levantamento EM*
>
> *3.4.1 O valor originário do débito apurado corresponde a este levantamento, refere-se ao montante das contribuições sociais devidas, mediante a aplicação da alíquota de 11% sobre os valores brutos das notas fiscais de serviço - NFS, emitido pela empresa contratada Empresa Municipal de Urbanização de Jaboticabal - EMURJA, não recolhido pela empresa FISCALIZADA (contratante dos serviços) à seguridade social até o dia dez do mês subseqüente ao da emissão destas NFS, em nome da contratada, relativo aos meses de 01 a 12/2007.*
>
> *3.4.2 No Relatório de Lançamentos - RL consta o valor lançado (valor bruto da NFS), o percentual de 100%, resultando o valor apropriado, e no campo "observação" consta os números da NFS ou nota de liquidação e pagamento, bem como consta o total do valor apropriado por competência. No Discriminativo do Débito - DD consta base de cálculo por competência que*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

corresponde ao total do valor apropriado por competência citado no RL.

3.4.3 A prestação de serviço foi executada mediante empreitada na área de limpeza e conservação, com apresentação de contrato de prestação de serviço, enquadrando-se na normalização contida no inciso I do art. 145 da Instrução Normativa/SRP n° 03, de 14.07.2005 - DOU. 15/07/2005. A obtenção da base de cálculo através de 100% dos valores brutos das NFS espelham-se na descrição do serviço contido nestas NFS, que define "fornecimento de mão de obra para execução de serviços...", aplicando-se o art. 140 da IN acima citada (fls. 75 a 127).

CÓPIA

No lançamento, relatório DD - Discriminativo do Débito, o levantamento em questão é apresentado como retenção de 11% por serviço prestado pela empresa Emurja, referente a empreitada na área de limpeza e conservação.

LEV: *EM - RETENÇÃO 11 POR CENTO*

Classificação: *Dispensado de declarar em GFIP / Órgão Público*

Período de Apuração: *01/2007 a 12/2007*

Período do Débito: *01/2007 a 12/2007* ***FPAS:*** *5820*

Prestador de Serviço: *65.633.414/0001-01 EMURJA EMPRESA MUNIC URBAN DE JABOTIC*

Observação: *EMPREITADA NA ÁREA DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO*

O relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito, especifica a obrigatoriedade da retenção pela tomadora de serviços mediante cessão de mao-de-obra ou empreitada e apresenta a fundamentação baseada na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 31, parágrafos 1. e 2., (com as alterações da MP n. 1.663-15, de 23.10.98, convertida na Lei n. 9.711, de 21.11.98); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 219, parágrafos 1., 2., 3., 4. e 7.

Fundamentos Legais das Rubricas

226 - RETENÇÃO PELA TOMADORA DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MAO-DE-OBRA OU EMPREITADA

226.01 - Competências : 01/2007 a 12/2007

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 31, parágrafos 1. e 2., (com as alterações da MP n. 1.663-15, de 23.10.98, convertida na Lei n. 9.711, de 21.11.98); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 219, parágrafos 1., 2., 3., 4. e 7.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Lei 8.212/91

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 subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5ºdo art. 33.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§1ºO 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.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§2ºNa impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§3ºPara 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.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§4ºEnquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

I-limpeza, conservação e zeladoria;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

II-vigilância e segurança;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

III-empreitada de mão-de-obra;(Incluído pela Lei nº 9.711, de 1998).

Decreto 3.048/99

Art.219.A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5ºdo art. 216.(Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§1ºExclusivamente para os fins deste Regulamento, 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, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

§2ºEnquadram-se na situação prevista no ***caput*** *os seguintes serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra:*

I-limpeza, conservação e zeladoria;

II-vigilância e segurança;

III-construção civil;

IV-serviços rurais;

V-digitação e preparação de dados para processamento;

VI-acabamento, embalagem e acondicionamento de produtos;

VII-cobrança;

VIII-coleta e reciclagem de lixo e resíduos;

IX-copa e hotelaria;

X-corte e ligação de serviços públicos;

XI-distribuição;

XII-treinamento e ensino;

XIII-entrega de contas e documentos;

XIV-ligação e leitura de medidores;

XV-manutenção de instalações, de máquinas e de equipamentos;

XVI-montagem;

XVII-operação de máquinas, equipamentos e veículos;

XVIII-operação de pedágio e de terminais de transporte;

XIX-operação de transporte de passageiros, inclusive nos casos de concessão ou sub-concessão;(Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

XX-portaria, recepção e ascensorista;

XXI-recepção, triagem e movimentação de materiais;

XXII-promoção de vendas e eventos;

XXIII-secretaria e expediente;

*XXIV-saúde; e XXV-telefonia, inclusive****telemarketing****.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

§3ºOs serviços relacionados nos incisos I a V também estão sujeitos à retenção de que trata o caput quando contratados mediante empreitada de mão-de-obra.

§4ºO valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

§5ºO contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§6ºA empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

§7ºNa contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

Conforme visto acima, não consta do lançamento o instituto da solidariedade.

Ademais, confirmo a obrigatoriedade da retenção visto que a Emurja configura-se como uma empresa como as demais visto que é empresa pública, com personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e autonomia administrativa.

Assim, voto pela impropriedade de discutir solidariedade neste lançamento e pela manutenção do crédito tributário do levantamento EM - EMURJA.

É como voto.

Carlos Alberto Mees Stringari

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 20/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 2
0/10/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 20/10/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA