



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

Processo nº 16004.000387/2008-60
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.997 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de agosto de 2011
Matéria RETENÇÃO DE 11% CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA
Recorrente MUNICÍPIO DE SEVERÍNIA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO 11%.

A empresa, como contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigada a reter e recolher onze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade e 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.

AUTUAÇÃO. LEGALIDADE. LANÇAMENTO. ATO VINCULADO E OBRIGATÓRIO.

Constatada a ocorrência de descumprimento de obrigação principal prevista em lei, cumpre à autoridade administrativa lavrar o respectivo auto de infração das contribuições previdenciárias devidas, pois o lançamento é um ato vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencido o conselheiro Julio César Vieira Gomes que deu provimento parcial para exclusão dos valores relativos à empresa SERVESCOLA.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Tiago Gomes de Carvalho Pinto.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, lavrado em face do MUNICÍPIO DE SEVERÍNIA - PREFEITURA MUNICIPAL, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, relativas à retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, para as competências 02/2003 a 12/2004.

O Relatório Fiscal (fls. 27/31) informa que as empresas contratadas não efetuaram o destaque da retenção de 11% nas Notas Fiscais de Prestação de Serviço e que a empresa Contratante (Município de Severínia - Prefeitura) não deduziu o valor devido de retenção, do valor bruto das Notas, e também não efetuou a arrecadação da retenção devida, e foi apurado com base nos valores nominais das notas fiscais de serviços, emitidas pelas Empresas contratadas, apresentadas pelo sujeito passivo, juntamente com as Notas de Empenho quitadas, identificadas e relacionadas nos Anexos I a IV.

Esse Relatório Fiscal informa ainda que os serviços foram prestados de forma contínua à Prefeitura Municipal pelas seguintes empresas:

1. **Empresa Geraldo Mauricio Lima Bady Bassit ME.** Prestação de serviços de assessoria técnica pedagógica especializada do ensino fundamental na área de planejamento curricular e execução de programas, projetos e atividades de serviços educacionais; Capacitação de adolescentes na área de desenvolvimento social; e prestação de serviços sócio educacional, na área do ensino fundamental, com atuação de educadores nas áreas de pintura, capoeira, dança, lazer, postura corporal, estética, cidadania;
2. **Empresa SEPAT Serviço de Ensino ao Trabalhador.** Serviços de implantação, coordenação e desenvolvimento de cursos de iniciação profissional e profissionalizantes nas áreas de administração de empresas, espanhol básico, inglês básico, contabilidade geral, departamento de pessoal, auxiliar odontológico, culinária geral, secretariado executivo, montagem e manutenção de micros, cabeleireiro, manicure, pedicure e informática;
3. **Empresa SERVESCOLA - Serviços de Transporte Escolar ME.** Prestação de serviços de transporte de estudantes, moradores na Zona Rural.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 03/06/2008 (fls. 01 e 175), mediante correspondência postal com Aviso de Recebimento (AR).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 177/178) – acompanhada de anexos de fls. 179/205 –, alegando, em síntese, que:

1. **Empresa Geraldo Mauricio Lima Bady Bassit ME.** Encaminha para análise e posterior providências as cópias de GFIP com as devidas importâncias do INSS referentes à competência em que os serviços foram prestados junto a esta administração, ficando assim este poder executivo isento do recolhimento de 11% junto ao pagamento do mesmo;
2. **Empresa SEPAT Serviço de Ensino ao Trabalhador.** Encaminha para análise e posterior providências a cópia da declaração a qual a empresa assume o recolhimento do INSS referente à competência em que os serviços foram prestados junto a esta administração, ficando assim este Poder Executivo isento do recolhimento de 11% junto ao pagamento do mesmo;
3. **Empresa SERVESCOLA - Serviços de Transporte Escolar ME.** Após análise do contrato social da empresa, verificou que os prestadores de serviço de transporte de alunos objeto do contrato nº 04/2004 é prestado por seus proprietários, fato que gera a dispensa da retenção do 11% em sintonia com a determinação da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/05, em seu art. 148, inc. II;
4. Espera ter elucidado as irregularidades apontadas no Auto de Infração nº 37.070.267-0 e pede o cancelamento do referido auto de infração, tendo em vista que a cobrança seria ilegal, pois estaria ocorrendo uma bitributação, o que é considerado ilegal.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Ribeirão Preto/SP – por meio do Acórdão nº 14-21.485 da 9ª Turma da DRJ/RPO (fls. 212/218) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele se coaduna com os preceitos legais que disciplinam a sua lavratura, posto que traz em seu conteúdo todos os requisitos necessários a sua validade. Assim sendo, o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal foram integralmente preservados.

A Notificada apresentou recurso (fls. 222/234), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Ribeirão Preto/SP encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) para processamento e julgamento (fl. 277).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Recurso tempestivo. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

DA PRELIMINAR:

Com relação às alegações de inconstitucionalidade constantes na peça recursal, cumpre esclarecer que a administração pública deve observar o princípio da estrita legalidade, sendo que as leis e atos normativos nascem com a presunção de constitucionalidade, que só pode ser elidida pelo Poder Judiciário, conforme a competência determinada pela Carta Magna.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, ou seja, declarada suspensa pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

Nesse sentido, o Regimento Interno (RI) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos membros de Turmas de julgamento afastar a aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), transcrito a seguir:

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

Diante disso, não examinarei as questões referente à inconstitucionalidade de leis e atos normativos – especificamente os incisos V, VII, XLX, XXIV, XXV do art. 219 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, e § 3º do art. 31 da Lei nº 8.212/1991, dentre outros expostos na peça recursal da Recorrente –, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO:

No mérito, esclareço que o objeto do presente lançamento fiscal são as contribuições sociais previdenciárias, referentes à obrigação da empresa (Município de Severínia - Prefeitura Municipal), como contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra, de reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelas prestadoras de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

Verifica-se que as pessoas físicas que prestaram serviços à Recorrente possuem vínculo com as contratadas, e não com a contratante (Município de Severínia - Prefeitura Municipal). Além disso, ficou evidenciado nos autos que as contratadas colocavam os trabalhadores à disposição da contratante e os serviços eram prestados de forma contínua. Portanto, restou configurada a prestação de serviços com cessão de mão-de-obra e a obrigação

da empresa autuada de reter e recolher o valor retido em nome das empresas cedentes de mão-de-obra, em observância ao ditame legal.

O entendimento defendido pela Recorrente de que o INSS deveria verificar, inicialmente, se o tributo foi recolhido pela prestadora antes de exigí-lo do responsável tributário e a alegação de que os valores lançados foram supostamente recolhidos pelas empresas contratadas estão desprovidos de amparo legal. A Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/1998, obriga diretamente o contratante dos serviços a efetuar a retenção. O seu art. 31 assim dispõe:

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 devida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

Nesse sentido, após o advento da retenção não há mais que se falar em responsabilidade solidária do tomador para com o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra, pois aquele passa a ter como obrigação reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal de serviços.

Assim, a tomadora (Recorrente) está obrigada a tal procedimento, independente do fato de a prestadora ter efetuado ou não o recolhimento das contribuições.

E o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço com cessão de mão-de-obra e a falta da retenção, lavrou corretamente os valores lançados da retenção na presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito:

Art. 33.

(...)

*§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.** (g.n.)*

Ao contrário do que possa parecer para a Recorrente, conforme suas alegações postas no recurso, a retenção não é nova contribuição social nem modalidade de responsabilidade solidária, mas mera antecipação compensável, visando somente a garantir a arrecadação previdenciária, obrigando o tomador de serviços, no caso em tela a Recorrente, a reter o percentual de 11% sobre o valor bruto do documento fiscal e recolhê-lo em nome das prestadoras de serviços. Com isso, entendo que a Recorrente contratante de mão-de-obra, tomadora de serviços, cumpre uma obrigação tributária acessória ao efetuar a retenção, já que se trata de simples obrigação de fazer, e não de dar, pois não há reduções patrimoniais desta Recorrente, que simplesmente deverá repassar o valor devido por outrem.

Com isso, se a obrigação acessória é descumprida, converte-se em principal, na literalidade do art. 113, § 3º, do CTN, que se aplica perfeitamente ao caso, pois, descumprida a retenção, nesta hipótese somente o tomador de serviço (Recorrente) será

responsável exclusivo pelos valores devidos, em razão da presunção de recolhimento, prevista no art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, ao qual remete o próprio art. 31 da mesma Lei.

Dessa forma, o fato das empresas contratadas ter supostamente efetuados os recolhimentos previdenciários de forma devida, não afasta a responsabilidade do contratante (Recorrente) quanto a sua omissão em efetuar a retenção que estava legalmente obrigado, convergindo tal fato para a exigência que ora se discute.

Após o delineamento jurídico exposto, faremos uma análise específica por cada empresa que prestou serviços ao Município de Sererínia – Prefeitura Municipal.

Empresa Geraldo Mauricio Lima Body Bassitt ME. A Recorrente alega que esta empresa recolheu as contribuições previdenciárias devidas, o que se observaria facilmente nas inclusas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP's) emitidas pela empresa em tela. Tal alegação não será acatada, eis que a contratante (Recorrente), quanto a sua omissão em efetuar a retenção que estava legalmente obrigado, ficará diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto na Lei, consoante art. 33, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, retromencionado.

Empresa SEPAT Serviço de Ensino ao Trabalhador. A argumentação da Recorrente é pautada no fato de que a contratada, assumiu expressamente o recolhimento das contribuições previdenciárias, conforme documento juntado na defesa e anexado a peça recursal. Tal argumentação deverá ser afastada, pois as convenções particulares não têm o condão de modificar os sujeitos da relação jurídico-tributária que se desenvolve entre o ente instituidor do tributo e o sujeito passivo, a qual é regida pelo princípio da estrita legalidade, nos termos do art. 123 do CTN, *in verbis*:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas a Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Empresa SERVESCOLA - Serviços de Transporte Escolar ME. Alega que em relação aos serviços prestados pela empresa “SERVESCOLA” está dispensada da retenção uma vez que o serviço foi prestado pelos proprietários. Tal alegação também não será acatada, eis que a contratante somente ficará dispensada de efetuar a retenção quando configurar, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: (i) a contratada não possuir empregados; (ii) o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio; e (iii) o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição. Esses requisitos não foram demonstrados pela Recorrente.

Ademais, o valor mensal dos serviços prestados supera os limites estabelecidos para o faturamento da empresa contratada, conforme a relação de notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela empresa SERVESCOLA (fl. 34) e do exame dos documentos acostados aos autos, como o Contrato de prestação de serviço de transporte escolar, verifica-se que há condutor que não figura no quadro societário da contratada, Sr. Antonio Mialich.

Isso está em conformidade com o art. 148 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14/07/05 (DOU 15/07/05):

Dispensa da Retenção:

Art. 148. A contratante fica dispensada de efetuar a retenção e a contratada de registrar o destaque da retenção na nota fiscal, na fatura ou no recibo, quando:

(...)

II - a contratada não possuir empregados, o serviço for prestado pessoalmente pelo titular ou sócio e o seu faturamento do mês anterior for igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição, cumulativamente;

§ 1º Para comprovação dos requisitos previstos no inciso II do caput, a contratada apresentará à tomadora declaração assinada por seu representante legal, sob as penas da lei, de que não possui empregados e o seu faturamento no mês anterior foi igual ou inferior a duas vezes o limite máximo do salário de contribuição. (g.n.)

Portanto, não há razão nos argumentos da Recorrente susomencionados.

Por fim, pela apreciação do processo e das alegações da Recorrente, não encontramos motivos para decretar a nulidade nem a modificação do lançamento ou da decisão de primeira instância, eis que o lançamento fiscal e a decisão encontram-se revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com o arcabouço jurídico-tributário vigente à época da sua lavratura.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **REJEITAR A PRELIMINAR** e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.