



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

Processo nº 17460.000260/2007-45
Recurso nº 257.342 Voluntário
Acórdão nº **2301-01.650 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de setembro de 2010
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. ÓRGÃO PÚBLICOS
Recorrente MUNICÍPIO JOSÉ BONIFÁCIO - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004

Ementa: CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA – RETENÇÃO 11%.

A Prefeitura Municipal, 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.

EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA OU EMPREITADA – RETENÇÃO

A empresa optante pelo SIMPLES, que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços, com exceção do período compreendido entre 01/01/2000 e 31/08/2002.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio Cesar Vieira Gomes (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra o município acima identificado, referente à obrigação do contratante de serviço mediante cessão de mão-de-obra reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviço.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 20), a notificada foi contratante de serviços de Promoção de Eventos prestados pela empresa José Roberto de Faria Promoção de Eventos ME, executados mediante cessão de mão-de-obra e deixou de reter e recolher, em época própria, as contribuições incidentes sobre o valor bruto dos serviços, em desacordo com o que estabelece o art. 31 da Lei 8.212/91.

A recorrente impugnou o lançamento e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 14-17.582, da 9ª Turma da DRJ/RPO, (fls. 81), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 93), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega inconstitucionalidade do depósito recursal prévio e ilegitimidade passiva da recorrente, uma vez que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem ser sujeitos passivos diretos das contribuições sociais instituídas para financiar a seguridade social, tendo em vista tais entes já a financiarem através de recursos previstos em seus orçamentos, e por serem imunes por força do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição.

Destaca que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão ser responsabilizados pelo inadimplemento de obrigações tributárias que deveriam ter sido cumpridas por qualquer pessoa que hajam contratado para lhes prestar serviços.

Sustenta que o advento das normas gerais previstas no inciso VI do art. 30 e no art. 31 da Lei 8.212/91, em sua redação original, não exerceu qualquer influência sobre a norma especial inserta no art. 61 do DL 2.300/86, que continuou em pleno vigor não só em razão do comando encontrado no § 6º do art. 37 da Constituição, segundo o qual a Administração Pública não pode ser responsabilizada por atos de terceiros, só podendo responder pelos atos praticados diretamente pelos seus agentes, mas também pelo fato de aquelas disposições não serem incompatíveis, podendo, assim, coexistir harmoniosamente.

Alega inconstitucionalidade do § 2º do art. 71 da Lei 8.666/93 com a modificação introduzida pela Lei 9.032/95, e defende que a Administração Pública só poderia ser chamada a responder, em caráter subsidiário, pelos encargos previdenciários dos contratados, que se encontram na Lei 8.213/91, não podendo, em hipótese alguma, ser responsabilizada pelo inadimplemento dos encargos fiscais ou tributários das empresas contratadas, entre os quais se inclui o pagamento das contribuições sociais previstas no art. 11 da Lei 8.212/91.

Frisa que a redação original do art. 31 da Lei 8.212/91 faz parte integrante da norma excepcional inserta no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/93 com a redação da Lei 9.032/95.

Assevera que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não são contribuintes (sujeitos passivos diretos ou devedores primários) da contribuição social

incidente sobre as folhas de pagamentos das empresas que contrata para executar obras de construção ou para lhe prestar serviços que envolvam cessão de mão-de-obra, por isso que o contribuinte daquele tributo é a empresa prestadora daqueles serviços, devendo os auditores fiscais daquela autarquia federal se dirigir ao estabelecimento das prestadoras de serviços para verificar a regularidade de sua situação tributária.

No mérito, alega bi-tributação e afirma que a prestadora de serviços é optante do SIMPLES, não lhe sendo aplicável, portanto, as disposições da Lei nº 8.212, porquanto há lei especial que rege o recolhimento das contribuições previdenciárias das empresas optantes desse sistema.

Discorre sobre o SIMPLES, ressaltando a existência da incompatibilidade entre o instituto da retenção estabelecido no art. 31 da Lei nº 8.212 e o sistema SIMPLES, pois se assim se fizesse, haveria típico caso de bi tributação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Bernadete De Oliveira Barros

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

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Preliminarmente, a recorrente traz um extenso arrazoadado tentando demonstrar ausência de responsabilidade solidária dos Órgãos Públicos e que a redação original do art. 31 da Lei 8.212/91 faz parte integrante da norma excepcional inserta no § 2º do art. 71 da Lei 8.666/93 com a redação da Lei 9.032/95.

Contudo, a notificação discutida por meio do presente processo administrativo fiscal não foi lavrada com fundamento no instituto da solidariedade, conforme entendeu de forma equivocada a recorrente, e sim na obrigatoriedade do Município de, ao contratar serviços com cessão de mão de obra, reter 11% sobre o valor bruto da Nota Fiscal.

Da mesma forma, a autoridade notificante não fundamentou o débito no art. 31, da lei 8.212/91 em sua redação original, e sim na redação dada pela Lei 9.711/98, uma vez que o fato gerador da contribuição lançada se deu em 06/2004, ou seja, após a vigência da Lei 9.711/98.

E, ao contrário do que afirma a recorrente, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são, sim, contribuintes da Previdência Social

Verifica-se que a recorrente não nega tomou serviços com cessão de mão-de-obra da empresa apontada no Relatório Fiscal.

Ela apenas insiste em afirmar que não é contribuinte da contribuição social incidente sobre as folhas de pagamentos da empresa que contrata para executar obras de construção ou para lhe prestar serviços que envolvam cessão de mão-de-obra, e que o contribuinte daquele tributo é a empresa prestadora daqueles serviços, devendo os auditores fiscais daquela autarquia federal se dirigir ao estabelecimento das prestadoras de serviços para verificar a regularidade de sua situação tributária.

Todavia, em que pese tal afirmação, vale reiterar que o presente lançamento não foi efetuado em virtude de solidariedade. A retenção é uma obrigação principal legal imposta à empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra. Portanto, a recorrente descumpriu obrigação a ela dirigida, não podendo se falar em solidariedade.

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 está desprovido de amparo legal. A Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, 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 5.º 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 Prefeitura Municipal, na condição de tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra, 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 a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8.212/1991:

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.

A Lei 8.212/91 estabelece, no art. 31, na redação transcrita acima, que empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância devida aos cofres da Previdência Social e, conforme o seu art. 15:

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; (grifei)

Portanto, ao contrário do que entende a recorrente, a Prefeitura Municipal de José Bonifácio está, sim, obrigada a recolher as contribuições de que trata a Lei 8.212/91.

Quanto à legalidade da exação discutida, cumpre informar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a obrigação de efetuar a retenção introduzida no art. 31 da Lei 8.212/91 pela Lei 9.711/98 não se configura em criação de um novo tributo e sim em alteração na forma de recolhimento da contribuição, conforme voto do Min. Relator CARLOS VELLOSO, cujo trecho transcrevo abaixo:

RE 393946/MG Relatório: - A 3ª Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em mandado de segurança, deu

providimento à apelação e à remessa oficial decidindo pela legitimidade da retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, introduzida pelo art. 31 da Lei 8.212/91, redação dada pela Lei 9.711/98, uma vez que a citada retenção objetivou facilitar a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, bem como prevenir a sonegação, sendo certo que ela não institui empréstimo compulsório, aumento de alíquota ou confisco, tampouco viola a capacidade contributiva ou qualquer princípio constitucional. O acórdão restou assim ementado: "CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% (ONZE POR CENTO) SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

DECISÕES TRIBUTÁRIAS DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO DE 11% (ONZE POR CENTO) SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE. 1. As modificações introduzidas pela referida Lei 9.711/98 visam, apenas e tão-somente, facilitar a arrecadação e a fiscalização do recolhimento das contribuições para a Previdência Social, prevenindo a sonegação, não havendo nisso nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade. 2. Com efeito, não se cuida de uma nova fonte de custeio para a Seguridade Social (C.F., art. 195, § 4º), nem, tampouco, de imposto criado na área da competência residual da União (C.F., art. 154, I) ou instituição de empréstimo compulsório (C.F., art. 148). O que houve, não faz mal repetir, foi uma alteração na forma de recolhimento da contribuição previdenciária, sem nenhuma afronta à Constituição, atribuindo responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, o que é permitido não só pelo Código Tributário Nacional (art. 128), como, também, pela atual Carta Magna, que prevê, inclusive, o pagamento antecipado do imposto ou contribuição, com possibilidade de compensação e/ou restituição (C.F., art. 150, § 7º), exatamente como previsto na Lei 9.711/98, ora impugnada, pelo que não há que se falar ou sustentar em, repito, empréstimo compulsório, aumento de alíquota, confisco ou transgressão a qualquer princípio constitucional, muito menos o da capacidade contributiva.

(...)

No caso, entretanto, registra Fábio Zambitte Ibrahim, com propriedade, que, "mutatis mutantis, é possível comparar a obrigatoriedade da retenção dos 11% com o desconto do imposto de renda na fonte. Em ambas as situações, a fonte pagadora tem dever legal de efetuar determinada retenção, diminuindo o valor pago. É um facere, isto é, uma prestação positiva imposta a determinada pessoa, no interesse da

*arrecadação de exações devidas." (Fábio Zambitte Ibrahim, "A Retenção de 11% Sobre a Mão-de-Obra", LTr Editora, 2000, pág. 23). Não se tem, portanto, contribuição nova. Tem-se, sim, **"mera obrigação acessória."** (Fábio Zambitte Ibrahim, ob. cit., pág. 32). Aqui, repete-se, o tomador do serviço, ou o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, fica obrigado a 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. Não há falar, portanto, vale repetir, em contribuição nova, ou contribuição decorrente de outras fontes - C.F., art. 195, § 4º.(grifos meus)*

Assim, o Supremo concluiu que a Lei 9.711/98 não introduziu nova contribuição e sim nova obrigação acessória, que é a de reter 11% sobre o valor dos serviços prestados contidos na nota fiscal ou fatura.

E o agente fiscal, ao constatar a prestação de serviço e a falta da retenção, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8.212/1991:

Art. 33.

(...)

§5ºO 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.

No mérito, a recorrente alega bi-tributação e afirma que a prestadora de serviços é optante do SIMPLES, não lhe sendo aplicável, portanto, as disposições da Lei nº 8.212, porquanto há lei especial que rege o recolhimento das contribuições previdenciárias das empresas optantes desse sistema.

Contudo, o art. 151 da IN 100/2003, vigente à época da ocorrência do fato gerador, assim dispõe:

Art. 151. A empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

Cumprir destacar que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valiosa lição: "o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e **nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva.** Esse princípio coaduna-se com a própria função

administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica". (grifei)

Nesse sentido e,

Considerando tudo mais que dos autos consta

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

É como voto.

Bernadete De Oliveira Barros - Relatora