



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

Processo nº 35311.000057/2007-64
Recurso nº 247.730 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.962 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria Cessão de Mão de Obra: Retenção. Órgãos Públicos
Recorrente MUNICIPIO DE DUQUE DE CAXIAS - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/06/2001

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. SOLIDARIEDADE. BENEFÍCIO DE ORDEM. IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade solidária instituída pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91 não comporta qualquer espécie de benefício de ordem e independe de prévia verificação junto ao prestador dos serviços apurados.

2. Correto o lançamento cujo contribuinte não demonstra qualquer prova que possa elidir a sua responsabilidade pelas contribuições previdenciárias devidas.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Acompanhou pelas conclusões o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 27/07/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo Da Costa E Silva, Thiago D Avila Melo Fernandes, Manoel Coelho Arruda Junior e Adriana Sato. Ausência momentânea de Thiago D Ávila Melo Fernandes.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada em 16/12/2002, cuja ciência da recorrente ocorreu em 27/12/2002 (fls.55).

De acordo com o relatório Fiscal de fls.50/53, a presente NFLD refere-se a créditos de Contribuições Sociais, destinados a Seguridade Social, atinentes à retenção de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços executados, mediante cessão de mão de obra, prevista no Art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98.

Constitui fato gerador do crédito lançado à emissão de notas fiscais / faturas de serviços prestados, mediante cessão de mão-de-obra, pelo prestador de serviços Locanty Comércio e Serviços Ltda.de pagamento

De acordo com a planilha juntada pela fiscalização, os serviços prestados foram basicamente o de varrição, coleta e transporte de lixo.

Foram examinados pela fiscalização: contratos de prestação de serviços e termos aditivos, e, processos de pagamento da Secretaria Municipal de Fazenda, compostos de notas fiscais / faturas, Notas de Empenho, Ordens de Pagamento e outros.

A Recorrente apresentou impugnação alegando excesso de Fundamentação Legal, e, com base em suas alegações, a NFLD foi encaminhada à Seção de Análise de Recursos (fls.77/79) que determinou uma diligência para que os AFPS pudessem esclarecer sobre a natureza do contrato, empreitada ou cessão de mão-de-obra, e, o porque de não terem sido efetivadas as deduções permitidas na legislação, fls. 70.

A diligência foi cumprida às fls.82/83, com a elaboração de relatório fiscal complementar enfatizando que os débitos lançados referem-se a falta de recolhimento da retenção de 11% (onze por cento) sobre Notas Fiscais de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

Ainda no relatório fiscal, menciona a fiscalização que a emissão de relatório fiscal complementar está embasada no Princípio da Salvabilidade do Processo, presente na Portaria MPS n.º 520 de 19/05/2004, artigo 32, parágrafo único, *verbis*:

"Art. 32 As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo 'anterior' serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo quando o sujeito passivo houver dado causa ou quando não influírem na solução do litígio.

*Parágrafo único. A nulidade somente **deve ser decretada quando** o saneamento do vício for inviável."*

Após a ciência da diligência fiscal a Recorrente apresentou impugnação e a DN anulou o lançamento.

Após a DN a Seção de Análise de Defesas e Recursos determinou nova diligência solicitando encaminhamento dos autos aos AFPS notificantes para atendimento ao disposto nos itens 6 e 7 do despacho de fls.47/48.

Às fls.105 consta a informação fiscal, nos seguintes termos:

1 - O presente processo retornou a esta junta fiscal, oriundo da Seção de Análise de Defesas e Recursos - 17.422-4, para atendimento ao disposto nos itens 6 e 7 do despacho de fl's 47 e 48. Esclarecemos que a numeração das folhas do processo, a partir da folha 73 sofreu numeração errada, continuando a partir do número 44, e não 74.

*2- Preliminarmente, estamos considerando o entendimento da Sra. Chefe da Seção de Análise de Defesas e Recursos - 17.422-4, conforme citado no item 2, em seu despacho, de 16/08/2004, de fi's 71 do presente, de que o vício de excesso de fundamentação legal, contido no relatório FLD, de fi's 17, que se refere a "RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ORGÃOS PÚBLICOS (CESSÃO DE MÃO DE OBRA)", foi **saneado com a emissão de Relatório Fiscal aditivo**, de fls 52 e 53 do presente. Sendo assim, a **fundamentação legal** relativa à responsabilidade solidária, contida no anexo FLD página 1, de fi's 17, **deve ser desconsiderada**, uma vez que o débito apurado se refere tão somente à **falta de retenção e recolhimento** dos 11% de que trata o art. 31 da Lei 8.212/91.*

3- Relativamente ao disposto no item 6 do despacho de fi's 47, esclarecemos que:

3.1- A defendente, em seu enunciado de fi's 70, primeiro e segundo parágrafos, apenas tenta tumultuar e/ou confundir a análise do processo. Não há que se falar na IN 71/2001, pois a mesma só entrou em vigor em setembro de 2002. O período de débito compreende as competências de março de 1999 até junho de 2001, quando vigoraram as OS 203/99 (até maio de 1999) e 209/99 (a partir de junho de 1999). A defendente não anexou nenhuma prova documental das suas alegações (contratos de prestação de serviços com a exequente destes, notas fiscais e/ou documentos comprobatórios do direito a possíveis deduções de base de cálculo).

*3.2- Os contratos por nós examinados foram firmados apenas com uma prestadora de serviço, conforme levantamento **33R** de fi's 22 a 42. A espécie do serviço prestado, embora com várias denominações, é descrito nas notas fiscais de forma genérica, podendo ser resumido em **"SERVIÇOS DE LIMPEZA PÚBLICA"**.*

Neste caso os elementos caracterizadores da cessão de mão-de-obra estão intrinsecamente presentes na própria atividade desenvolvida pela prestadora do serviço.

3.3- A interpretação do conceito de cessão de mão-de-obra está contido no parágrafo terceiro do artigo 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, cujo teor já foi descrito, na íntegra, no item 6 do Relatório Fiscal as fls.51, ou seja:

- a realização de serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade da empresa contratante;

- outra característica da cessão de mão-de-obra & a colocação de segurados a disposição do contratante;

3.4- De acordo com o dispositivo legal anteriormente citado o conceito de cessão de mão-de-obra tornou-se amplo, abrangendo todas as prestadoras de serviços cedentes de mão-de-obra, sem limitações. No presente caso, dado as características dos serviços prestados "LIMPEZA PÚBLICA", conforme documentos de fl's 22 a 42, impossível seria imaginar: 1- Que Limpeza Pública para a Prefeitura não é serviço contínuo; 2 - Que estes serviços poderiam ser realizados, sem que houvesse segurados do contratado, à disposição do contratante e, 3- Que a área urbana do Município não é dependência nem própria e nem de terceiros.

3.5- O levantamento de débito **33R** se refere tão somente à retenção de 11,00% **incidente** sobre o **valor bruto** constante das notas fiscais de prestação de serviços, conforme planilha de fl's 22 a 42.

3.6- O prestador do serviço, quando da emissão das notas fiscais, não discriminou as possíveis parcelas dedutíveis (material ou equipamento), nos termos das OS's 203/99 e 209/99.

3.7- O prestador do serviço, quando da emissão das notas fiscais, **destacou**, somente **em alguns casos**, os valores correspondentes à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal.

3.7.1- Os valores destacados **não foram retidos e nem foram recolhidos** pelo tomador.

3.8- De acordo com os itens 10 da OS 203/99 e 18 da OS 209/99, esta junta fiscal, **não considerou a redução de base para o cálculo**. Apurou, para o levantamento 33R, como base para retenção, o **valor bruto** da nota fiscal.

> item 10 da OS 203/99 - "A empresa contratante de serviços de limpeza, conservação, zeladoria, vigilância e segurança, mediante cessão de mão de obra, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos, não sendo admitida qualquer parcela dedutível da base de retenção". O grifo é nosso.

> item 18 da OS 209/99 - "Na falta de discriminação do valor da parcela relativa a material ou equipamento na nota fiscal, fatura ou recibo, a base de cálculo para a retenção será o seu valor bruto".

Após a Informação Fiscal foi prolatado o DESPACHO nº 17.422.4/0060/2004 que determinou a ciência da informação fiscal e a reabertura de prazo a recorrente.

A Recorrente ratificou sua impugnação e a DN julgou o lançamento procedente.

Em 27/11/2006 foi juntado aos autos o termo de trânsito em julgado da DN e a recorrente interpôs pedido de reconsideração para devolução do prazo para a interposição do recurso voluntário e juntou decisão do Mandado de Segurança obtido junto a 4ª Vara Federal de São João do Meriti que determinou a reabertura do prazo para a interposição de recurso voluntário e a suspensão de quaisquer restrição imposta a recorrente, mesmo que de caráter estritamente temporário até nova manifestação do Juízo.

O despacho nº 17.422.4/0194/2006 determinou encaminhando cópia da Decisão-Notificação 17.422.4/0159/2006, para ciência pessoal do Sr. Prefeito do Município de Duque de Caxias ou de seu Procurador-Geral, e reabrindo o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência, para a apresentação de recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social, caso o Município tenha interesse.

Após a ciência do despacho, a recorrente interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- a admissibilidade do presente recurso, a despeito da ausência do depósito recursal;

- a ilegalidade do lançamento constante da NFLD nº 35.462.625-6 em razão da administração previdenciária não poder, ao pretender dar aplicação ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, impor ao Recorrente o dever da referida retenção, haja vista que o legislador, taxativamente, atribuiu tal • dever à empresa contratante.

- a empresa contratada é a única responsável pelas contribuições previdenciárias;

- administração previdenciária não pode, ao pretender dar aplicação ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, impor ao Recorrente o dever da referida retenção, haja vista que o legislador, taxativamente, atribuiu tal • dever à empresa contratante e não à Administração Pública;

- empresa e Administração Pública são signos lingüísticos que definem conceitos e realidades perfeitamente determinadas e distintas, segundo as convenções aceitas tanto na linguagem comum como na jurídica;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriana Sato

Em cumprimento a determinação judicial, CONHEÇO DO RECURSO e passo a análise das questões suscitadas.

O recorrente argúi a inexigência do depósito recursal para garantia de instância, contudo tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministério da Fazenda, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Não se aplicando aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo, que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF já se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389383, transitado em julgado, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.212.

No que tange a alegação de ilegalidade do lançamento, razão não assiste a Recorrente haja vista que não observo no procedimento realizado pela fiscalização de formalização do lançamento qualquer vício que venha causar lesão a Recorrente, vez que foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72. No mais, a Recorrente foi notificada de todos os atos e lhe foi concedido prazo para manifestação.

Quanto as alegações da Recorrente de que a empresa contratada é a única responsável pelas contribuições previdenciárias, razão não assiste à Recorrente, haja vista que o serviço contratado foi de varrição e limpeza.

Para efeitos da legislação previdenciária, os órgãos e entidades públicas são considerados empresa, conforme prevê o art. 15 da Lei nº 8.212/1991, nestas palavras:

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;

Assim, o Município é considerado empresa perante a previdência social, devendo, portanto, contribuir como tal.

Cumpra esclarecer que a partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, alterou-se a natureza jurídica da relação entre o INSS e a

empresa tomadora de serviços com cessão de mão-de-obra, deixando de existir a solidariedade, criando-se a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN.

De acordo com o parágrafo 3 , do artigo 31, da Lei n. 8.212/91 e parágrafo 1 , do artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, entende-se como cessão de mão de obra 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 nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

O parágrafo 2 ,do mesmo artigo, lista os serviços que se sujeitam à retenção quando prestados com cessão de mão de obra, entre os quais figura limpeza, conservação e zeladoria:.

2º Enquadram-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;

...

E, o parágrafo 3 , esclarece que os serviços de limpeza, conservação e zeladoria estão sujeitos à retenção , independentemente da forma como forem contratados, se por cessão de mão de obra ou por empreitada

...

§ 3º Os 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.

No que tange a alegação de que a administração previdenciária não pode, ao pretender dar aplicação ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/1991, impor ao Recorrente o dever da referida retenção, haja vista que o legislador, taxativamente, atribuiu tal dever à empresa contratante e não a Administração Pública, razão também não assiste a Recorrente, haja vista que a Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra.

No mais, de acordo com a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não cabe a Administração declarar a inconstitucionalidade de norma.

Súmula N º 2

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

Processo nº 35311.000057/2007-64
Acórdão nº **2302-00.962**

S2-C3T2
Fl. 221

Por todo exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

Adriana Sato – Relator