



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n° 35368.002704/2006-36
Recurso n° 144.952 Voluntário
Matéria RETENÇÃO
Acórdão n° 206-00.678
Sessão de 09 de abril de 2008
Recorrente METALÚRGICA NOVA AMERICANA LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22, 1, 08, 1, 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Siape 877862

CC02/C06
Fls. 142

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 27, 10, 1, 08
Rubrica Q.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 02/01/2001 a 30/09/2002

Ementa: 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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22, 09, 08
Silma Alves de Oliveira
Mat.: Siape 877862

ACORDAM os Membros da SEXTA CAMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

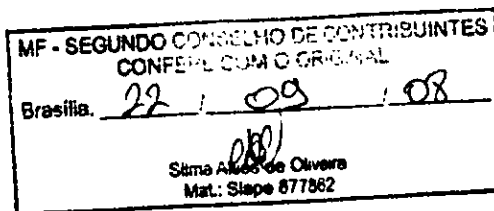

ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira,, Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, 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.

Consta do Relatório da NFLD (fls. 33/34) que, em ação fiscal na notificada, verificou-se que a recorrente contratou serviços na área de construção civil da empresa prestadora EMPREITEIRA TEDESCHI LTDA, sem, contudo, efetuar a retenção de 11% do valor bruto das notas/faturas emitidas pela contratada, contrariando o disposto na Lei 9.711/98 e no art. 31 da Lei 8.212/91.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 39 a 66 e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 21.424.4/1100/2006, julgou a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD procedente, entendendo que os argumentos apresentados pela notificada não afastam a procedência do lançamento.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 366 a 537), alegando que a decisão recorrida merece reforma eis que interpreta de forma errônea o art. 31 e 33, § 5º, da Lei 8.212/91 e reiterando os argumentos já trazidos na impugnação.


Entende que a imposição do depósito de 30% para seguimento do Recurso Voluntário é ilegal, sendo cabível o arrolamento de bens em substituição ao depósito recursal sem que haja qualquer prejuízo ao INSS.

Defende que a responsabilidade, diferente do que tenta fazer crer a Lei 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei 9.711/98, não é solidária, mas sim subsidiária, sendo que a natureza da obrigação tem caráter de sanção administrativa, jamais podendo se atribuir à tomadora dos serviços a obrigação tributária principal.

Cita o CTN e traz a doutrina para tentar demonstrar que na responsabilidade subsidiária, como entende ser o caso presente, o responsável em sentido estrito (devedor secundário) só será chamado nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, sendo que somente é possível responsabilizar o contratante se e quando o pagamento da contribuição social não houver sido efetuado pelo executor da obra, que é o sujeito passivo direto do tributo.

Transcreve a Súmula 126 do TFR para reforçar o entendimento de que a NFLD é improcedente, já que não consta dos autos qualquer apuração do pagamento do tributo pelo devedor primário, em evidenciada afronta ao direito posto e frisa que a disposição do art. 30 e seguintes da Lei 8.212/91 apenas confere àquelas pessoas a faculdade de efetuar a retenção para se eximirem da responsabilidade nele prevista.

Assevera que, em não havendo sido efetuada a retenção, em nenhuma hipótese o lançamento poderia ter sido feito em nome da Recorrente, que somente poderia ser instado a pagar obrigação tributária principal descumprida pela contratada se a mesma fosse autuada pelo INSS, ou seja, diante da sua "omissão", o que não ocorreu.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	CC02/C06 Fls. 145
Brasília, 22, 09, 08	
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sisppe 877862	

Aduz que a Lei 9.528/97 alterou a redação do inciso VI do art. 30, da Lei 8.212/91, em evidente pretensão de furtrar o INSS ao entendimento da Súmula 126 do TRF e que um dispositivo legal não pode modificar a natureza das coisas, por óbice intransponível do que disciplina o art. 110 do CTN.

Entende que, como contratante dos serviços, a recorrente não é partícipe da relação jurídico-tributária que se estabelece unicamente entre a empresa cedente da mão-de-obra, na condição de contribuinte, e o INSS, e mesmo com a nova redação dada ao art. 31, da Lei 8.212/91, a responsabilidade subsidiária entre elas continua a existir.

Infere que, em decorrência da nova redação, as empresas contratantes poderiam ser autuadas se deixassem de fazer a retenção, ou seja, por descumprimento de obrigação acessória de fazer, mas se a obrigação não houver sido feita, obviamente não haverá o que ser recolhido ao INSS, que não poderá autuar a contratante para lhe exigir o valor que deixar de reter, pois isso só poderia ocorrer se os 11% do valor bruto da nota fiscal equivalessem ao valor da contribuição social incidente sobre o total da remuneração dos trabalhadores colocados à disposição e se a recorrente fosse substituta tributária da contratada, o que não é o caso.

Argumenta que, como os 11% do valor bruto da nota fiscal não têm natureza jurídica de contribuição social, o INSS sequer pode exigí-los, pois, conforme caput do art. 33 da Lei 8.212/91, a autarquia apenas dispõe de competência para lançar e arrecadar as contribuições previstas nas alíneas a, b e c do § único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição.

Conclui que, se existem duas relações jurídicas visceralmente distintas: a relação jurídica tributária (obrigação tributária principal) e a relação jurídica do descumprimento da obrigação acessória, a NFLD lavrada merece a total improcedência.

Alega que a multa de forma progressiva é absolutamente ilegal e inconstitucional, sendo a pena aplicada claramente desproporcional, merecendo ser atenuada, na medida em que se arbitra 8% a 80% sem qualquer apreciação detalhada e que a taxa SELIC é inaplicável sobre débitos da contribuição previdenciária.

Em contra-razões (fls. 139/140), a SRP manteve a procedência do débito

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 22 de 09 de 08
Silma Alves de Oliveira
Mat: Sape 877862

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo, não havendo óbice para seu conhecimento.

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

A fiscalização constatou que a notificada não efetuou a retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais emitidas pela empresa contratada para prestar serviços na área de construção civil.

Em suas razões recursais, a notificada não nega que deixou de proceder à retenção, mas apenas se defende alegando que não pode ser responsabilizada pela retenção, uma vez que a cedente de mão de obra é que é a titular da relação jurídica com o INSS.

Entende que somente é possível responsabilizar o contratante se e quando o pagamento da contribuição social não houver sido efetuado pelo executor da obra, que é o sujeito passivo direto do tributo, ou seja, diante da "omissão" da empresa prestadora, o que não ocorreu, já que não consta dos autos qualquer apuração do pagamento do tributo pelo devedor primário.

No entanto, tal entendimento trazido pela recorrente 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."

Ao contrário do entendimento defendido pela recorrente em suas razões recursais, o presente lançamento não foi efetuado em virtude de solidariedade. Trata-se de obrigação principal legal imposta à empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, no caso de prestação de serviços na área de construção civil. Portanto, a recorrente descumpriu obrigação a ela dirigida, não podendo se falar em solidariedade.

A recorrente argumenta que, como os 11% do valor bruto da nota fiscal não têm natureza jurídica de contribuição social, o INSS sequer pode exigí-los, pois, conforme caput do art. 33 da Lei 8.212/91, a autarquia apenas dispõe de competência para lançar e arrecadar as contribuições previstas nas alíneas a, b e c do § único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERIDO COM O ORIGINAL
Brasília, 22 de 09 de 08
Sílvia Alves de Oliveira
Mat.: Sisppe 877862

Porém, 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 provimento 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.

(...).

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONF. COM O ORIGINAL
Brasília, 22, 09, 08
Silma Alves De Oliveira
Mat.: Sisppe 877862

No caso, entretanto, registra Fábio Zambitte Ibrahim, com propriedade, que, "mutatis mutandis, 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 8212/1991:

"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 notificada entende, ainda, que a multa de forma progressiva é absolutamente ilegal e inconstitucional, sendo a pena aplicada claramente desproporcional, merecendo ser atenuada, na medida em que se arbitra 8% a 80% sem qualquer apreciação detalhada e que a taxa SELIC é inaplicável sobre débitos da contribuição previdenciária.

Porém, cumpre esclarecer que os juros para atualizações e correções dos débitos apurados e a multa de mora encontram respaldo nos arts. 34 e 35, da Lei 8.212/91 e o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 49.

Ademais, o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, nos termos do art. 19 do referido Regimento Interno, por meio do Enunciado 03/2007, transcrito a seguir:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 22, 09, 08	
 Silma Alves de Oliveira Mat.: Siape 877862	

CC02/C06
Fls. 149

"É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais."


Nesse sentido e,

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de **CONHECER** do recurso para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS