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

Processo nº	37001.001251/2006-13
Recurso nº	148.075 Voluntário
Acórdão nº	**2401-00.642 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	24 de setembro de 2009
Matéria	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁIA - RETENÇÃO
Recorrente	MUNICIPIO DE EXTREMA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida	SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/06/2001

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. OCORRÊNCIA. RETENÇÃO 11%

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, deverá reter 11% do valor bruto da Nota Fiscal ou Fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês seguinte ao da emissão da nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra.

A FALTA CIÊNCIA DO MPF POR RECUSA DO SUJEITO PASSIVO NÃO ACARRETA A NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A intimação pessoal, será provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escritas de quem o intimar, não podendo tal procedimento servir de base para argüição de nulidade do ato administrativo.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

CLEUSA VIEIRA DE SOUZA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Cleusa Vieira de Souza, Kleber Ferreira de Araújo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Núbia Moreira Barros (Suplente). Ausente a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte acima identificado, contra Decisão-Notificação exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária em Varginha/MG, a qual julgou procedente o lançamento constante da NFLD nº 35.457.324-1

O crédito Previdenciário ora constituído, de acordo com o relatório fiscal, fls. 23/24, refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, correspondentes à retenção incidente sobre os serviços contratados de empresas prestadoras de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, no período de 02/1999 a 06/2001.

Informa o referido relatório fiscal que o crédito originou-se de levantamentos efetuados nas notas de empenho e notas fiscais emitidas por diversas empresas que, pela natureza dos serviços prestados caracterizaram cessão de mão-de-obra, estando, por conseguinte sujeitas à retenção e recolhimento pelo Município de Extrema como tomados dos serviços.

Informa, ainda, o citado relatório fiscal que , em vista da recusa do Sr. Prefeito em assinar a primeira via do Termo de Início da Ação Fiscal –TIAF, do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos –TIAD, dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPF inicial e complementares, as segundas vias desses elementos foram deixadas na Prefeitura em poder do responsável pelo Departamento de Fazenda do Município, tendo sido consignada a declaração escrita da citada recusa e juntadas cópias aos autos, fls. 35/41. Para início da ação fiscal, o município foi oficiado pela Gerência Regional de Poços de Caldas.

Tempestivamente, Prefeitura de Extrema apresentou sua impugnação (fls. 46/56), em que requer a intimação do Ministério Publico, que, no seu entendimento é indispensável onde houver interesse público, como é o caso em que o Município de Extrema encontra-se no pólo passivo.

Argúi, em preliminar, a nulidade do feito, pois não foi observado pelo fisco nenhum dos requisitos essenciais e indispensáveis ao procedimento do lançamento tributário, asseverando que foram violados os princípios da legalidade, motivação, moralidade, interesse público, imparcialidade, impessoalidade, finalidade, razoabilidade e justiça fiscal.

Ressalta que nos termos do Decreto nº 3.919/2001, as ações fiscais iniciadas antes de 01/01/2000, mas não concluídas, tiveram sua prorrogação atrelada à emissão Do Mandado de Procedimento Fiscal -MPF"(..) o qual deveria ser remetido à Autuada em obediência ao comando contido no artigo 4º do Decreto nº 3.969, ou seja, em conformidade com o artigo 23 do Decreto nº 70235/72"

Alega que a fiscalização não encaminhou à autuada o Mandado de Procedimento Fiscal, na forma referida no Decreto 3919/3001. Que em nenhum momento o Mandado de Procedimento Fiscal foi apresentado ao Sr. Prefeito Municipal, e mesmo que fosse verdadeira a afirmação, deveria o mesmo ser remetido via postal, conforme artigo 23 do Decreto nº 70235/72.

Aduz que, no item 10 do Relatório Fiscal, foi noticiado que o Sr. Prefeito Teria assinado uma confissão de dívida de outro período e observa que esse fato não supre a ausência do MPF. Destaca, ainda, que se fosse verdade que os fatos geradores são os mesmos, não poderiam ser novamente autuados.

No mérito, argumenta que a retenção somente é cabível na contratação mediante cessa de mão-de-obra, nos termos do disposto no § 3º do artigo 31 da Lei nº 8212/91, alega que a retenção não se aplica aos casos de empreitada total e, a partir de 01/01/2000, quando a contratada é optante pelo SIMPLES, o que não foi observado pela fiscalização.

Em face dessas alegações o processo retornou ao Auditor Fiscal para identificação dos serviços prestados.

Em seu pronunciamento, às fls. 78, a autoridade lançadora esclarece que a empresa Terraplanagem Pulica LTDA, envolvida no lançamento TPL, foi optante pelo SIMPLES no período de 01/01/1997 a 01/09/2001, como não estava sujeita à retenção, no período de 02/2000 a 06/2001, foi procedida à retificação da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, para exclusão dessas competências.

Segundo informado no Relatório Fiscal Complementar, as empresas foram contratadas para a prestação dos seguintes serviços: COLETA DE LIXO (Atalaia Serviços Profissionais S/C LTDA); TERRAPLENAGEM (Davi José Morbideli); PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA E EXECUÇÃO DE INTERCEPTORES DE ESGOTO (Guedes Bernardes Engenharia Ltda); DRENAGEM (Instrutec Serviços Ltda); PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA (Cadros Engenharia e Construções Ltda); TERRAPLENAGEM (Rodoterra Terraplenagens Construções e Locações de Máquinas S/C LTDA); TERRAPLENAGEM (Terraplenagem Pulica Ltda).

Novamente o processo retornou ao Auditor Fiscal para identificação dos serviços que se referiam à empreitada global.

Às fls. 99/102, conforme planilha explicativa, foram trazidos os seguintes esclarecimentos

Os levantamentos GUE E QUA, foram excluídos do lançamento por se tratarem de contratações nas quais se aplica o Instituto da Responsabilidade Solidária, por se tratar de execução de obra de construção civil, por empresas construtoras, enquadradas no regime de empreitada total;

O levantamento INT, foi excluído do lançamento, por se tratar de prestação de serviço não incluído no § 2º do artigo 219 do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99;

Nos levantamentos ROD e ART, pelo fato de a contratada ter efetuado o destaque das retenções, no período de 07/2000 a 11/2000, 01/2001 e 02/2001, essas competências foram zeradas. Na competência 05/2001, o lançamento foi retificado, em face de duplicidade de lançamento da nota fiscal nº 506, no valor de 3.817,10;

No levantamento decorrente da prestação de serviços pela empresa Terraplanagem Pulica Ltda, o período de 02/2000 a 06/2001, foi excluído do lançamento pelo fato de, nesse período, não se exigir a retenção para as empresas optantes pelo SIMPLES.

Intimada, a empresa se manifestou, reiterando as razões aduzidas em sua impugnação.

A Secretaria da Receita Previdenciária em Varginha/MG, por meio da Decisão –Notificação nº 11.431.4/0064/2006, julgou procedente em parte o lançamento, trazendo a referida decisão, a seguinte ementa:

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. 1- RETENÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 3- EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES.

1- A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra/empreitada de mão-de-obra é obrigada a reter e a recolher onze por cento do valor da nota fiscal ou fatura.

2- Aplica-se a responsabilidade solidária nas contratações de empresas construtoras para execução de obra mediante empreitada total.

3- no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, não se aplica o instituto da retenção se a contratada for optante pelo SIMPLES.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Consta dos autos, às fls. 265/273, Discriminativo Analítico do Débito Retificado.

Inconformado, o contribuinte, interpôs recurso a este Conselho, conforme razões aduzidas às fls. 277/289, reproduzindo as razões trazidas em suas impugnações, requerendo ao final: que seja conhecido e provido o recurso para, preliminarmente determinar a intimação do Ministério Público para intervir no feito; declarar nulo o feito, ante a nulidade apontada e reformar a decisão julgando totalmente improcedente o lançamento.

Não houve depósito recursal prévio, por se tratar de órgão publico, dispensado legalmente de fazê-lo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cleusa Vieira de Souza, Relatora

Antes de proceder à análise de mérito das razões do presente recurso, cumpre apreciar as preliminares de nulidade suscitadas:

Pugna a recorrente pela decretação da nulidade do feito, alegando as ações fiscais iniciadas antes de 01/01/2000, mas não concluídas, tiveram sua prorrogação atrelada à emissão Do Mandado de Procedimento Fiscal -MPF (...) que a fiscalização não encaminhou à autuada o Mandado de Procedimento Fiscal, na forma referida no Decreto 3919/3001. Que em nenhum momento o Mandado de Procedimento Fiscal foi apresentado ao Sr. Prefeito Municipal, e mesmo que fosse verdadeira a afirmação, deveria o mesmo ser remetido via postal, conforme artigo 23 do Decreto nº 70235/72.

Nesse sentido, cabe ressaltar, que como muito bem já bem esclarecido na Decisão de primeira instância, de fato, nos termos do Decreto nº 3969/2001, o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF será emitido na forma de modelos adotados e divulgados pelos órgãos competentes, do qual será dada a ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto nº 70235/72, por ocasião do início da ação fiscal.

Nos termos do referido decreto, far-se-á a intimação: pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, **no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;** além da intimação pessoal, o citado dispositivo faculta a intimação via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos (grifei).

Conforme se verifica dos autos, documentos fls. 38/41, o Mandado de Procedimento Fiscal –MPF, foi apresentado ao Sr. Prefeito e, em face de sua recusa em assiná-lo, o fato foi devidamente registrado pelo Auditor Fiscal, não tendo havido, portanto, nenhuma violação ao artigo 23 do Decreto nº 70235/72, não havendo que se falar e nulidade do feito.

A despeito da argüição de nulidade do feito, pois não foi observado pelo fisco nenhum dos requisitos essenciais e indispensáveis ao procedimento do lançamento tributário, asseverando que foram violados os princípios da legalidade, motivação, moralidade, interesse público, imparcialidade, impessoalidade, finalidade, razoabilidade e justiça fiscal, importa salientar que não cabe aqui tecer maiores considerações, porquanto, tais alegações não são capazes de macular a exigência fiscal em comento, eis que desprovidas de qualquer comprovação, além devidamente refutadas na decisão de primeira instância.

Por essas razões rejeito as preliminares de nulidade suscitadas.

Superada as preliminares suscitada, bem como aquela argüida de ofício, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra o Município de Extrema - Prefeitura Municipal, refere-se à contribuições previdenciárias devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e destinadas à Seguridade Social, na forma da legislação em vigor, relativas à retenção de 11%, incidentes sobre o valor bruto dos serviços contidos nas notas fiscais, faturas ou recibos, na contratação de

serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

> *Art. 31- A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de contrato 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 § 5º do art. 33*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º -para 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.*

Por força do referido dispositivo legal, o contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra passou a ser responsável tributário pelo recolhimento das contribuições sociais decorrentes da prestação de serviços na razão de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, assim a legislação previdenciária lhe comina a responsabilidade pela arrecadação das respectivas contribuições sociais na forma de retenção e, tendo descumprido tal obrigação, torna-se responsável pela importância que deixou de arrecadar.

Assim, o instituto da Retenção é uma "hipótese de substituição tributária, cuja criação é autorizada pelo art. 128 do CTN, que permite ao legislador estabelecer hipóteses de responsabilidade tributária, atribuindo a responsabilidade pelo pagamento a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, terceiro este que passa, então, a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de responsável (art. 121, parágrafo único, II, do CTN).

A figura da substituição tributaria existe, justamente, para atender a princípios da racionalização e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento e ampliando as garantias de recebimento do crédito. Não se tem aqui a instituição de nova contribuição" (in Paulsen Leandro, Direito Tributário, 6ª edição, Livraria do Advogado Editora, p. 937).

Portanto inconteste é a obrigação previdenciária da empresa tomadora de serviços **mediante cessão de mão-de-obra** de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, ficando diretamente responsável pelo que deixar de recolher.

Não se pode olvidar, todavia, que para que haja a retenção instituída no caput do citado artigo 31, a própria lei cuidou de eliminar quaisquer dúvidas acerca de sua aplicação, quando no seu § terceiro traz a definição de cessão de mão de obra. Nessa mesma direção, a exemplo do que estabelece o § 4º do citado artigo, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, estabeleceu nos incisos do § 2º do art. 219, uma série de

serviços que se executados mediante cessão de mão-de-obra estarão sujeitos à retenção, dentre eles os contratos de empreitada de mão-de-obra e as contratações em regime de trabalho temporário.

Razão pela qual, no presente caso, foram excluídos do lançamento os levantamentos INT – Instrutec Serv. Ltda eis que os serviços executados não se enquadram entre aqueles descritos no § 2° do artigo 219. Também foram excluídos os levantamentos relativos aos serviços prestados pelas empresas Guedes Bernardes Engenharia Ltda e Cadros Engenharia e Construções. Ltda, por se tratarem de serviços executados por empresas construtoras mediante empreitada total, em cujas contratações aplica-se o Instituto da Responsabilidade Solidária.

Também foram excluídos do lançamento os levantamentos correspondentes aos serviços prestados pela empresa Terraplangem Pulica, no período de 02/2000 a 06/2001, por ser na ocasião a empresa contratada optante pelo SIMPLES. Igualmente, foi excluída, do levantamento ROD a competência 05/2001, por duplicidade; e do Levantamento RTE as competências 02/2000 a 11/2000 e 01/2001 e 02/2001, para serem apuradas em outra Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, tendo em vista que a contratante efetuou a retenção, porém não recolheu as importâncias retidas.

Precedidas as devidas retificações, os levantamentos remanescentes, referem-se a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, tais como terraplenagem, coleta de lixo, os quais, de acordo com as notas fiscais de prestação de serviços, contratos de prestação de serviços, constantes dos autos e outras situações verificadas pela fiscalização durante a ação fiscal, levam à conclusão de que os serviços referidos foram prestados mediante cessão de mão-de-obra, satisfazendo, assim a norma contida no § 3° do art. 31 da citada lei.

Isto posto; e

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta

VOTO no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas, e no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

Sala das Sessões, em 24 de setembro de 2009

CLEUSA VIEIRA DE SOUZA - Relatora