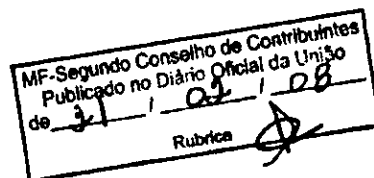




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo n°	37089.002264/2006-89
Recurso n°	142.894 Voluntário
Matéria	Retenção 11%
Acórdão n°	205-00.138
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	BOCA DO MONTE HOTÉIS E TURISMO LTDA -
Recorrida	DRP - SANTA MARIA/RS



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

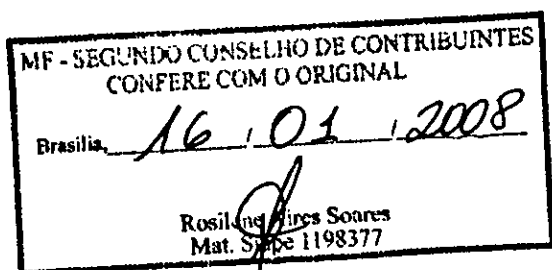
Período de apuração: 01/11/2001 a 31/12/2003

Ementa: NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO – RETENÇÃO DOS 11% - PRESTADORA OPTANTE PELO SIMPLES.

O dever de reter os 11% é da tomadora de serviços, a presunção do desconto sempre se presume oportuna e regularmente realizada.


Para fins de retenção, a opção pelo simples interessa somente no período anterior a 1º de janeiro de 2000, por força da IN INSS/DC n° 8/2000, e a partir de 31 de agosto de 2002, por força da IN INSS/DC n° 70/2002. Uma vez que não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

Recurso negado.



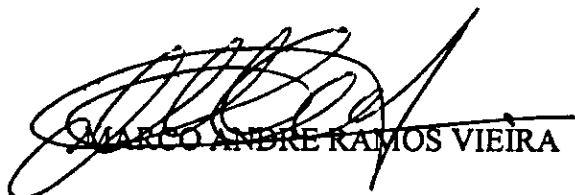
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, II) por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



JULIO CESAR VIERIA GOMES

Presidente



MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA

Relator

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, <u>16</u> <u>01</u> <u>2008</u>	
Rosilene Air Soares	
Mat. Sta. 1198577	

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacronix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da retenção de 11% decorrente da contratação de empresa prestadora de serviços, conforme previsão no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991. O período compreende as competências novembro de 2001 a dezembro de 2003, fls. 41 a 42.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela sociedade empresária, fls. 43 a 50.

Foi comandada diligência fiscal, fl. 53; tendo o Auditor notificante prestado informações às fls. 57, sugerindo a retificação do débito.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência, em parte, do lançamento, fls. 63 a 66.

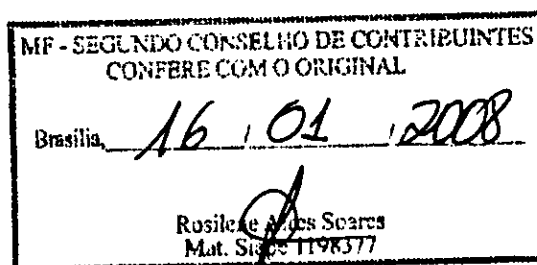
Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 71 a 81.

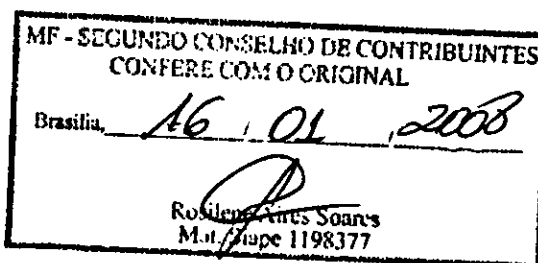
Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

- É ilegítima a retenção quando a prestadora de serviços é optante pelo Simples;
- O pagamento pela prestadora de serviços extingue a obrigação tributária;
- A Lei n.º 9.711 contrariou dispositivos constitucionais;
- Requerendo o reconhecimento da improcedência do lançamento fiscal.

A Receita Previdenciária apresenta suas contra-razões à fl. 85. O órgão previdenciário alega que não foram trazidos elementos novos capazes de alterar a decisão anterior.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA, Relator.

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 84. A recorrente realizou o depósito recursal, conforme fl. 83.

Pressupostos superados, passo para o exame de mérito.

DO MÉRITO:

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n.º 9.711/1998, nestas palavras:

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 retida até o dia dois do mês subsequente 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. (Redação dada pela MP n.º 1.663-15, de 22/10/98 e convertida no art. 23 da Lei n.º 9.711, de 20/11/98). Vigência a partir de 01/02/99, conforme o art. 29 da Lei n.º 9.711/98.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente não há que se falar em ilegalidade, haja vista a responsabilidade da retenção estar prevista em lei.

Desse modo, a recorrente deveria ter retido o valor de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura e recolher a importância até o dia dois do mês subsequente à emissão da respectiva nota fiscal/fatura.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

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.

Desse modo, ao contrário do que afirma a recorrente, a notificação pelo não recolhimento se realiza em nome da própria tomadora.

No caso da retenção de 11% não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 16.01.2008
Rosilene Aires Soares
Mat. Sijpa 102377

Assim, não é cabível o argumento da notificada de que a empresa prestadora sempre efetuou os recolhimentos devidos à Previdência Social, para elidir a responsabilidade da tomadora pela realização da retenção de 11%. O instituto da retenção surgiu para facilitar a arrecadação e fiscalização tributária, desse modo, o argumento de que a prestadora já teria efetuado o recolhimento, não elide a obrigação da tomadora em reter os valores, mesmo porque, esta não possui a certeza de que todos os valores devidos por aquela foram efetivamente recolhidos. Além do mais, o acordo entre as partes não pode ser oposto ao Fisco para afastar a responsabilidade pelo recolhimento.

Se a obrigação tributária é realizar a retenção, tal obrigação é extinta por meio da retenção e posterior recolhimento dos valores retidos à Previdência; e não por meio de juntada de folhas e guias da prestadora, pois nesse caso, para verificar se todos os valores foram efetivamente recolhidos pela prestadora, somente uma ação fiscal, o que iria desnaturar o instituto da retenção.

Ao contrário do que afirma a recorrente, o instituto da substituição tributária não viola os preceitos do Código Tributário Nacional. Existe um vínculo da tomadora ao fato gerador da obrigação da retenção, uma vez que a tomadora é quem paga o valor da nota fiscal é plenamente possível o exercício do seu encargo tributário, bastando no momento do pagamento efetuar a retenção. Desse modo, verifica-se que há um liame com o respectivo fato gerador, sendo compatível com o ordenamento jurídico a exigência da retenção.

Nesse sentido segue ementa de recurso especial n. 421.886-0, cujo Relator foi o Ministro José Delgado, publicado no DJ em 10.6.2002:

Previdenciário – Contribuição previdenciária – Arrecadação complexa – Empresa prestadora de serviço – Substituição tributária – Lei n. 8.212/1991, art. 31, na redação da Lei n. 9.711/1998.


Tributário. Recurso especial. Contribuição previdenciária. Empresa prestadora de serviço. Opção pelo "Simples". Retenção de 11% sobre faturas. Art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com a redação da Lei n. 9.711/1998. Nova sistemática de arrecadação mais complexa, sem afetação das bases legais da entidade tributária material da exação.

1. A Lei nº 9.711, de 20.11.1998, que alterou o art. 31 da Lei n. 8.212/1991, não criou qualquer nova contribuição sobre o faturamento, nem alterou a alíquota, nem a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.

2. A determinação do mencionado artigo 31 configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.

3. O procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal, haja vista que, apenas, obriga a empresa contratante de serviços a reter da empresa contratada, em benefício da Previdência Social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

4. A prestadora dos serviços, isto é, a empresa contratada, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>16.05.2008</u>
 Rosilene Alves Soares Mat. Suse 1198377

aritmética: de posse do valor devido a título de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento, diminuirá deste valor o que foi retido pela tomadora de serviços; se o valor devido a título de contribuição previdenciária for menor, recolhe, ao GRPS, o montante devedor respectivo, se o valor retido for maior do que o devido, no mês de competência, requererá a restituição do seu saldo credor.

5. O que a lei criou foi, apenas, uma nova sistemática de arrecadação, embora mais complexa para o contribuinte, porém, sem afetar as bases legais da entidade tributária material da contribuição previdenciária.

6. Quanto ao "desvirtuamento" da Lei n.º 9.317/1996, há que se considerar que o fato de ser a empresa beneficiária do Simples, altera o efeito que a referida lei passou a produzir acerca da contribuição destinada ao financiamento da Seguridade Social incidente sobre a folha de salários. O Simples não isenta a microempresa ou empresa de pequeno porte das obrigações tributárias, mas apenas permite que haja a simplificação do cumprimento de tais deveres. Portanto, inexistente ofensa à contribuição prevista no art. 22 da Lei n. 8.212/1991.

7. Recurso provido.

(Resp n. 421.886-0 – RJ. Relator Ministro JOSÉ DELGADO. Primeira Turma. Unânime. DJ 10.6.2002).

Não entendo cabível a demonstração, nos presentes autos, de que a prestadora já efetuara todos os recolhimentos para fins de elisão da responsabilidade pela retenção. Não há como afastar a responsabilidade pela retenção e posterior recolhimento haja vista ser uma presunção absoluta, no meu entender. Perante a Fazenda Pública a obrigada pela retenção será sempre a tomadora de serviços, nada impedindo que entre a recorrente e a prestadora de serviços se instaure ação regressiva de natureza civil. Caso a recorrente efetue o recolhimento da retenção de 11% e a prestadora comprove que houve recolhimentos a maior do que o devido, caberá a compensação ou a restituição, mas esta questão não deve ser resolvida nos presentes autos, devendo ser instaurado, se for o caso, o procedimento próprio de restituição.

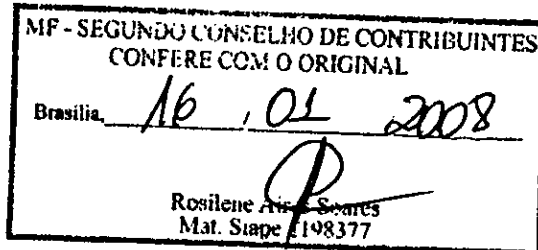
Releva destacar que, em relação à obrigação ora em julgamento, a opção pelo Simples interessa somente no período anterior a 1º de janeiro de 2000, por força da IN INSS/DC n.º 8/2000, e a partir de 31 de agosto de 2002, por força da IN INSS/DC n.º 70/2002. Uma vez que não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002. Esse período já foi excluído do lançamento pela Decisão-Notificação.

Desse modo, a empresa, mesmo 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, devendo destacar o valor em nota fiscal no período entre fevereiro e dezembro de 1999 e a partir de setembro de 2002.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

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, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, segue trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997.

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

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. Nesse mesmo sentido segue trecho do Parecer/CJ n.º 2.547, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23/8/2001.

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

De acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

SÚMULA Nº 2

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

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido em sua integralidade, haja vista os argumentos apontados pela recorrente serem incapazes de refutar a presente notificação.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIÊIRA

