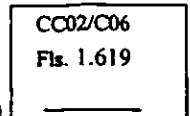
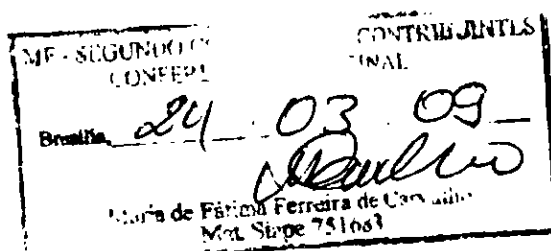




**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

**Processo nº** 37311.009947/2006-86  
**Recurso nº** 150.717 Voluntário  
**Matéria** RETENÇÃO  
**Acórdão nº** 206-01.667  
**Sessão de** 03 de dezembro de 2008  
**Recorrente** ROCA BRASIL LTDA  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP



**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/12/2002

**Ementa: NULIDADE – CIÊNCIA DE MPF COMPLEMENTAR – INEXISTENTE.**

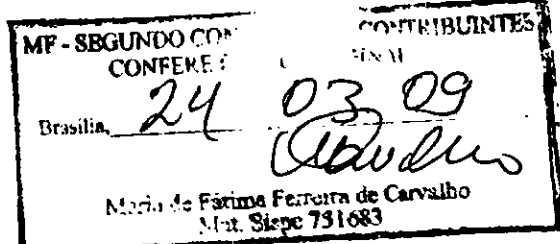
Não representa nulidade do lançamento, o fato do contribuinte ter tomado ciência de MPF Complementar após término do prazo estabelecido no anterior.

**CONSTRUÇÃO CIVIL CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA OU EMPREITADA. RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE.**

Consoante disposto no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, a empresa contratante de serviços de construção civil, conservação e limpeza e Jardinagem executados mediante cessão de mão de obra ou empreitada 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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os membros da sexta câmara do segundo conselho de contribuintes: I) Por maioria de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade, vencidos os (as) Conselheiros Cleusa Vieira de Souza (Relatora), Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a nulidade do lançamento; e II) Por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à nulidade, o(a) Conselheiro(a) Ana Maria Bandeira.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Elias Sampaio Freire'.

ELIAS SAMPAIO FREIRE

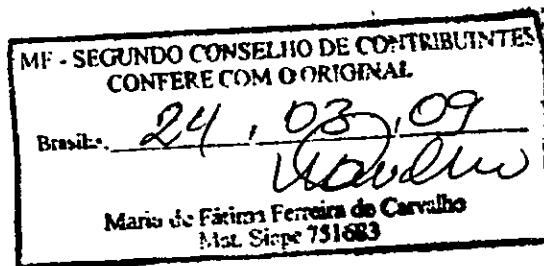
Presidente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ana Maria Bandeira'.

ANA MARIA BANDEIRA

Relatora-designada

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa, Bernadete de Oliveira Barros, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 32/34, refere-se às 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, no período de 05/1999 a 12/2002, conforme disposto no art. 31, § 3º da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98.

Segundo o Relatório Fiscal, a notificada contratou serviços da empresa CRIZOLOGO EMPREENDIMIENTOS LTDA, a qual prestou serviços diversificados dentro da empresa, tendo sido apresentados apenas três contratos : Serviços de Montagem de Bancas Mecanizadas – sem fornecimento de material; b) reciclagem de gesso etc, sem fornecimento de material e c) serviços de limpeza, conservação e jardinagem, com previsão de material e equipamentos por conta da contratada. Para as notas fiscais emitidas para esse serviço, o destaque e a retenção de 11% tiveram como base de cálculo o valor bruto da nota fiscal, motivo pelo qual, referidas notas não fazem parte do presente lançamento.

Informa o citado relatório fiscal que, em virtude da não previsão contratual do fornecimento de materiais aplicados na execução dos serviços e a sua não comprovação, a fiscalização aplicou sobre o valor do material descrito na nota fiscal o percentual de 11%, determinado no artigo 31 da Lei nº 8212/91, com a redação alterada pela Lei nº 9711/98, c/c o artigo 219, § 7º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99.

Tempestivamente, a empresa contratante apresentou sua defesa, trazendo dentre outras, as alegações de que o exagerado valor do crédito tributário em discussão de R\$ 6.063.977,43 (seis milhões, sessenta e três mil, novecentos e setenta e sete reais) ao contrário do que à primeira vista possa parecer, é reflexo não de um trabalho detalhado, mas da displicência com que foi conduzida a fiscalização, resultando em NFLD eivadas de nulidades, além de totalmente improcedentes no mérito. Que o trabalho fiscal durou mais de nove meses antes da lavratura das NFLD, tendo a impugnante apenas quinze dias pra rever todo o trabalho fiscal, verificar a realidade dos fatos em seus livros e documentos fiscais obter o necessário suporte técnico e elaborar suas defesas.

Aduz que uma pretensa diferença dessa ordem teria de ser apurada paulatinamente e oferecida à empresa para esclarecimentos. Da forma como foi feito seu levantamento, apresentado ao final da fiscalização, torna-se impossível à impugnante uma verificação completa de todas as notas fiscais mencionadas pela fiscalização, com a consideração de cada detalhe, no prazo de impugnação, situação esta que por certo não ignoram as senhoras Auditoras Fiscais autuantes. Tal circunstância constitui verdadeiro cerceamento do direito de defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal (os grifos são do original).

Alega que ao pretender a fiscalização aplicar o percentual de 11% sobre o valor dos materiais utilizados na prestação dos serviços contratados está agindo em total afronta às normas expedidas pelo INSS.

|                                      |               |
|--------------------------------------|---------------|
| MF - SEGUI                           | CONTRIBUINTES |
| CONTRIB                              | FINAL         |
| Brasília                             | 24 03 09      |
| Maria de Fátima Ferreira de Carvalho |               |
| Mat. Sinape 751683                   |               |

Alega que como é do conhecimento da fiscalização, os diversos serviços contratados pela impugnante da empresa Crizologo Empreendimentos LTDA incluíram fornecimento de materiais, tendo tais valores sido descritos separadamente nas notas fiscais de prestação de serviços, a fim de que a retenção obrigatória de 11% a título de contribuição previdenciária fosse feita somente sobre as quantias correspondentes à mão-de-obra. Contudo, em virtude de não terem sido fornecidos pela impugnante os contratos relativos às referidas prestações de serviços, e, conseqüentemente, de não terem sido comprovado contratualmente o fornecimento do material utilizado na prestação dos serviços e os seus valores, as D. Auditoras Fiscais houveram por bem lançar o percentual de 11% também sobre os valores dos materiais descritos nas notas fiscais.

Sustenta que a OS nº 209 dispensa a apresentação dos contratos para que se possa deduzir os seus valores da base de cálculo, estabelecendo ser suficiente a simples menção dos valores relativos aos materiais nas notas fiscais de prestação de serviços.

O Serviço de Receita Previdenciária da Gerência Executiva em Jundiá, por meio da Decisão-Notificação nº 21.426.4/0093/2004 (fls. 560/571), julgou procedente o lançamento, cuja decisão trouxe a seguinte ementa:

**"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - CERCEAMENTO DE DEFESA. RETENÇÃO.**

*O prazo de quinze dias estabelecido pelo § 1º do artigo 37 da Lei nº 8212/91 não cerceia o direito de defesa do contribuinte.*

*O procedimento fiscal é inquisitório. Inexiste direito à ampla defesa antes de instaurado o processo administrativo tributário.*

*A retenção prevista no artigo 31 da Lei nº 8212/91 é legal. Se a empresa não comprovar que houve entrega de material no serviço executado, não pode efetuar dedução da base de cálculo da retenção.*

**LANÇAMENTO PROCEDENTE"**

Intimado da decisão e com ela não se conformando, o interessado ingressou com recurso a este Conselho, reproduzindo os argumentos aduzidos em sua impugnação, conforme razões expendidas às fls.576/589, donde se destaca, em síntese, o seguinte:

**PRELIMINARMENTE**

Que a Recorrente obteve, junto à Crizologo Empreendimentos LTDA, a informação e comprovação de que todas as contribuições previdenciárias devidas no período objeto da presente autuação foram devidamente recolhidas.

Portanto, ainda que tivesse havido eventuais retenções a menor, tal fato seria irrelevante, na medida que foram devidamente recolhidas pela prestadora de serviços.

**NO MÉRITO**

Além do fato da fiscalização inverter indevidamente o ônus da prova, foi criada uma situação de desequilíbrio entre a fiscalização e a contribuinte, o que fica evidente quando se considera que o volumoso trabalho da fiscalização durou mais de nove meses até a lavratura das NFLD, tendo a recorrente apenas quinze dias para rever todo o trabalho fiscal, verificar a

|                                    |            |
|------------------------------------|------------|
| 24.03.09                           | CC02/C06   |
| <i>[Assinatura]</i>                | Fls. 1.623 |
| Maria de Fátima de Jesus Crizologo |            |
| Milit. N.º 73.100.3                |            |

realidade dos fatos em seus livros e documentos fiscais e obter o necessário suporte técnico e elaborar suas defesas.

Que tal circunstância, ao contrário do que afirma a r. decisão recorrida, constitui verdadeiro cerceamento do direito de defesa, previsto no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, uma vez que o prazo de quinze dias para a apresentação de defesa, previsto no § 1º do artigo 37, da Lei nº 8212/91, vislumbra obviamente, a hipótese de um único lançamento de débito e não mais de 40.

Que outro fato que deve ser destacado é o de que o lançamento ora guerreado contém supostas diferenças de contribuições previdenciárias relativas às notas fiscais não solicitadas pela fiscalização, referentes aos materiais constantes de outras centenas de Notas Fiscais emitidas pela Crizologo.

Significa dizer que, em tendo exigido as D. Auditoras Fiscais apenas a Nota Fiscal relativa aos materiais constantes de vinte e sete notas emitidas pela empresa Crizologo, é óbvio que só poderiam elas efetuar eventual lançamento de diferenças de contribuições previdenciárias relativas a essa nota. Não há como a fiscalização simplesmente presumir que com relação a outros documentos haveria eventuais irregularidades/diferenças no recolhimento da contribuição e exigir a retenção de 11% sobre a totalidade dos valores das Notas Fiscais.

Que os serviços contratados pela recorrente da empresa Crizologo incluíram o fornecimento de material, tendo tais valores sido descritos separadamente na Notas Fiscais de prestação de serviços, a fim de que a retenção obrigatória de 11% a título de contribuição previdenciária fosse feita somente sobre as quantias correspondentes à mão-de-obra.

Que em virtude de a recorrente não ter apresentado contrato relativo à referida prestação de serviços e, conseqüentemente, não ter comprovado contratualmente o fornecimento dos materiais utilizados na prestação dos serviços e os seus valores, a D. Auditoras Fiscais houveram por bem lançar o percentual de 11% sobre os valores dos materiais descritos nas notas fiscais.

Que nos termos do disposto no item 17 da ordem de serviço nº 209/99, em nenhum momento exige a apresentação dos contratos para que se possa deduzir os valores dos materiais da base de cálculo da contribuição previdenciária, bastando ser suficiente para tal dedução a simples menção dos valores relativos aos materiais nas Notas Fiscais de prestação de serviços.

Aduz, ainda, que o instituto da substituição tributária sob a forma de retenção, instituído pelo artigo 31 da Lei nº 8212/91 tem aplicabilidade para os serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, assim definidos expressamente pelo texto legal como colocação à disposição do contratante de segurados que realizem serviços contínuos.

Caso da obrigatoriedade de retenção de 11% a título de contribuição previdenciária, a substituição tributária afigura-se inválida, na medida em que o cessionário da mão-de-obra não está diretamente vinculado ao fato gerador (que é a relação entre os empregados e o cedente da mão-de-obra). Além disso, não há relação direta entre o faturamento do cedente da mão-de-obra e a contribuição incidente sobre os salários que este paga aos seus empregados. Resta claro, portanto, que a retenção exigida da Recorrente não tem respaldo legal, na medida em que afronta abertamente o artigo 128 do CTN.

|                                                           |                        |
|-----------------------------------------------------------|------------------------|
| MF - SEGU<br>CC.                                          | CONTRIBUÍNTES          |
| Brasília, 24 03 09                                        | CC02/CO6<br>Fls. 1.624 |
| Maria de Fátima Ferreira de Carvalho<br>Mat. SIAPE 751683 |                        |

Ao final, conclui requerendo seja reconhecido e provido o presente Recurso, cancelando-se integralmente a exigência a título de Contribuição previdenciária e demais encargos, com o decorrente arquivamento do processo administrativo instaurado.

Foi efetuado o depósito recursal, nos termos da legislação em vigor, fls. 590.

Juntou aos autos os documentos de fls. 591/1528.

A Seção de Análise de Defesa e Recursos do Serviço de Receita Previdenciária da Gerência Executiva de Jundiaí ofereceu contra-razões.

Estes autos foram objeto de julgamento pela 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social –CRPS que, pelo Decisório nº 0055/2005, em voto divergente vencedor, converteu o julgamento em diligência para a Autarquia providenciar, se houver, a juntada do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar ao MPF-Fiscalização nº 09011532, com a ciência do sujeito passivo, em data contemporânea aos fatos.

A diligência foi cumprida conforme documentos de fls. 1596/1601.

Novamente os autos foram objeto de Julgamento pela 2ªCaJ/CRPS que, mais uma vez converteu o julgamento em diligência, conforme decisório nº 300/2005, para que o contribuinte fosse intimado do resultado da diligência.

A diligência foi cumprida, conforme informações de fls. 1589/1595. O contribuinte manifestou-se às fls. 1598/1599, alegando que a ciência do MPF complementar nº 2 ocorreu em 25/06/2003, data esta posterior ao prazo previsto no MPF –Complementar nº 01 (qual seja 20/06/2003). Ou seja pretendeu o fisco estender seus trabalhos em momento em que a fiscalização já estava extinta por decurso de prazo. Razão pela qual são nulos os atos daí decorrente.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheira CLEUSA VIEIRA DE SOUZA, Relatora

Presentes os pressupostos de admissibilidade, porquanto o recurso é tempestivo e preparado com o depósito prévio nos termos da legislação em vigor.

Em sua manifestação, após o cumprimento da diligência da 2ª Câmara de Julgamento do CRPS, a recorrente pugna pela anulação da NFLD, alegando que a ciência do MPF complementar nº 2 ocorreu em 25/06/2003, data esta posterior ao prazo previsto no MPF – Complementar nº 01 (qual seja 20/06/2003). Ou seja, pretendeu o fisco estender seus trabalhos em momento em que a fiscalização já estava extinta por decurso de prazo.

De fato, O MPF que deu início a ação fiscal foi prorrogado pelo MPF Complementar nº 01 que expirou em 20/06/2003 e o MPF complementar nº 2, embora expedido em 20/06/2003, porém o contribuinte dele tomou ciência, somente 25/06/2003. Portanto, quando a NFLD foi lavrada em 07/10/2003, não havia MPF válido que a sustentasse.

|                                                           |          |               |
|-----------------------------------------------------------|----------|---------------|
| MPF - SEGUNDO<br>CONFE                                    | 24/03/09 | CONTRIBUENTES |
| Brasília                                                  |          |               |
| Marta de Fátima Ferreira de Carvalho<br>Mat. SIAPE 751683 |          |               |

A legislação vigente exige emissão e ciência do MPF, conforme vemos a seguir.

*"Decreto 3.969/2001:*

*Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos federais previdenciários serão executados por Auditores Fiscais da Previdência Social habilitados e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF Parágrafo único. Para o procedimento de fiscalização, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal-Fiscalização (MPF-F) e, no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal-Diligência (MPF-D).*

*Art3º Para os fins deste Decreto, entende-se por procedimento fiscal:*

*I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos federais previdenciários, podendo resultar em constituição de crédito tributário;*

*(...)*

*Art. 4º O MPF será emitido na forma de modelos adotados e divulgados pela Diretoria de Arrecadação do Instituto Nacional do Seguro Social, do qual será dada ciência ao sujeito passivo, nos termos do art. 23 do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pelo art. 67 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, por ocasião do início do procedimento fiscal."*

Portanto, resta claro que a instauração do procedimento de fiscalização e a ciência, no início do procedimento fiscal, da emissão do MPF são exigências da Legislação. Da mesma forma a complementação do MPF segue igual rito e formalidade, devendo para ser válido ter apostado a ciência do contribuinte, até porque o ato somente se perfectibiliza com a respectiva ciência do sujeito passivo de que continua sob ação fiscal.

Esclareça-se, por oportuno, que no presente caso, embora existindo um MPF válido para o início da ação fiscal e este teve seu prazo prorrogado pelo MPF complementar nº 01 que expirou em 20/06/2003, de modo que a lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito- NFLD ocorreu com ausência de MPF válido, eis que como já dito MPF complementar nº 01 expirou em 20/06/2003 e o complementar nº 02 foi emitido em na mesma data, porém a ciência do contribuinte somente ocorreu em 25/06/2003. Portanto, quando a NFLD foi lavrada em 30/05/2003, não havia MPF válido que a sustentasse.

Diante de tal constatação fica evidenciado que o presente lançamento não está revestido de todas as formalidades essenciais para que se considere que houve a regularidade do mesmo e que o procedimento administrativo que originou o lançamento em tela não observou as condições e os limites impostos pela legislação em vigência que se consubstanciam em requisitos de eficácia do mesmo.

Dessa maneira, o processo deve ser anulado porquanto a ausência de MPF válido tolhe o início ou, no caso, a sequência do procedimento fiscalizatório, pois a lei exige que o contribuinte seja cientificado de todos os atos praticados pela autoridade administrativa, o que não ocorreu neste processo, quando da emissão da notificação fiscal que foi expedida sem Mandado de Procedimento Fiscal com validade assegurada pela ciência do contribuinte.

7

|                                                                 |                          |
|-----------------------------------------------------------------|--------------------------|
| ME - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRATO INTERIO<br>CONFERE O ORIGINAL |                          |
| Brasil                                                          | 24.03.99<br><i>Mauro</i> |
| Marta de Almeida Ferreira de Carvalho<br>Insc. nº 751683        |                          |
| CC02/C06                                                        | Fls. 1.626               |

Por todo o exposto, VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, para ANULAR, por vício formal, O PROCESSO.

Caso não se acolha o encaminhamento de anulação do presente processo, pela preliminar de nulidade suscitada, passo à análise das razões de mérito. Conforme relatado, trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 32/34, refere-se às 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, no período de 05/1999 a 12/2002.

A obrigatoriedade da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços executados mediante cessão de mão de obra, está prevista no art. 31 da Lei nº 8212/91, com a redação dada pela Lei nº 9711/98, abaixo transcrito, que estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, que confere a esse tomador o dever de antecipar o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração percebida pelos segurados da prestadora, na execução dos serviços contratados.

*"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 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.*

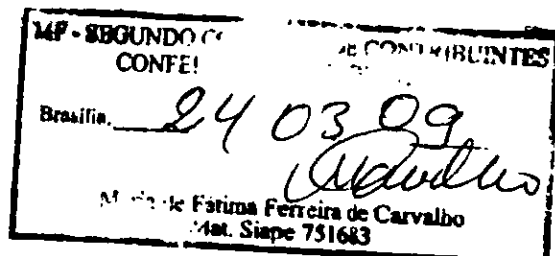
(...)

*§ 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."*

Nesse contexto não é lícito à empresa alegar omissão para se eximir do recolhimento da importância retida nos termos do art. 31, *caput* da Lei nº 8.212/91 c/c art. 33 § 5º, *in verbis*:

*"Art. 33 § 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa 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."*

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.

É cediço que a Lei nº 9.711/98 que alterou o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com eficácia a partir de 02/1999, estabeleceu a responsabilidade tributária por substituição do tomador de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relativamente à contribuição sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, cujo contribuinte é a empresa prestadora de serviços e cujo fundamento legal é a autorização contida no art. 128 do Código Tributário Nacional.

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 tributária 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).

Neste sentido o Pleno do STF, em sessão realizada em 03/11/2004, julgando o RE nº 393.946/MG, assentou entendimento no sentido de que a Lei nº 9.711/98 apenas criou nova sistemática de arrecadação, tornando as empresas tomadoras de serviços responsáveis tributárias pelo regime de substituição tributária, sem afetar a base de cálculo ou a alíquota da Contribuição Previdenciária sobre a folha de pagamento. A título elucidativo, destaca-se a ementa que resumiu o referido julgado:

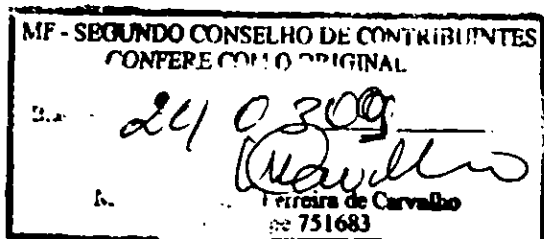
*“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.*

*I - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação 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 subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra: inobservância de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148.*

*II - R.E. conhecido e improvido.”*

Vale destacar parte do voto condutor no Recurso Especial nº 695.458 - SP, da lavra da Ministra ELIANA CALMON:

*“Verifica-se a criação de um sistema eclético de recolhimento, onde o tomador desconta parte do devido à Previdência em razão do serviço locado, responsabilizando-se pelo recolhimento, com destaque na nota fiscal ou na fatura, para então fazer-se o abatimento pela fornecedora da mão-de-obra, quando do recolhimento incidente sobre a folha de*



salário. Observe-se que não se alterou alíquota ou base de cálculo, apenas adiantou-se parte do recolhimento.

*E para evitar perplexidades, os parágrafos do novo comando normativo deram a solução para o encontro de contas, ou seja, compensação do devido sobre a folha de salário, calculado em sua íntegra, com o objeto do adiantamento. E o § 2º do referido dispositivo foi além para permitir a restituição de eventual saldo remanescente à empresa locadora de mão-de-obra, caso o adiantamento fosse maior do que o valor a pagar à previdência.*

*Entendo que a sistemática utilizada obedeceu inteiramente ao disposto no art. 128 do CTN, o qual não foi maculado em nenhum passo. Por outro ângulo, temos que não se alterou a fonte de custeio ou a base de cálculo, porque a incidência não é sobre a fatura ou a nota fiscal, mas sim sobre a folha de salário, porque a fatura serve apenas de base para o adiantamento.”(grifo nosso)*

Portanto incontestável 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 subsequente 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. Justamente, pelo fato de o contratante passar a ser sujeito passivo da obrigação previdenciária, torna-se irrelevante, para fins de aferição do cumprimento da obrigação principal, o fato de a prestadora ter ou não efetuado o recolhimento das suas contribuições sobre a folha de pagamento.

A despeito da alegação da Recorrente de que a legislação não exige a apresentação do contrato, para a constatação da previsão da utilização de material na prestação dos serviços, não lhe atribuo razão, porquanto o artigo 219, § 7º, do RPS aprovado pelo Decreto nº 3048/99 (in verbis):

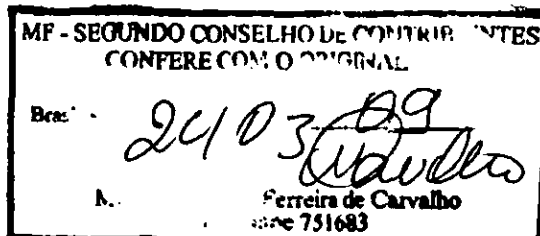
“Art.219 (...)

(...)

*§7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.”*

Como se verifica do dispositivo regulamentar/normativo acima transcrito o para que o material ou o equipamento fornecidos pela contratada seja excluído da base de cálculo da retenção dos 11% é imprescindível; e é óbvio que, não existe outra maneira de se verificar se existe tal previsão contratual, a não ser pela apresentação do referido contrato. Há que se esclarecer que o que é facultado é a discriminação na nota fiscal, fatura ou recibo, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

Em regra geral, 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, 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.

No presente caso, conforme devidamente relatado, embora questione a recorrente, a existência de cessão de mão-de-obra, os serviços prestados (construção civil, limpeza, conservação e jardinagem), exigem a aplicação da retenção independente da forma da prestação de serviços. Além disso, a empresa ao efetuar parcialmente a retenção relativa a esses serviços, tacitamente, admitiu a possibilidade da retenção, que justamente o que se discute: a retenção efetuada pelo contratante dos serviços com dedução da base de cálculo em desacordo com a legislação previdenciária (art. 219, § 7º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048/99), gerando as diferenças de contribuição que compõem o presente lançamento.

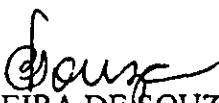
Por fim o lançamento obedeceu aos critérios estabelecidos pela legislação previdenciária, especialmente aqueles do art. 37, da Lei nº 8.212/91, determinando, de forma clara e precisa o fato gerador do crédito apurado, sendo que a cobrança de tais contribuições decorre do estrito cumprimento da lei, determinação essa a que os fiscais do INSS não podem se omitir no exercício do seu dever funcional e legal, haja vista que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, conforme disciplina o art. 142 do CTN.

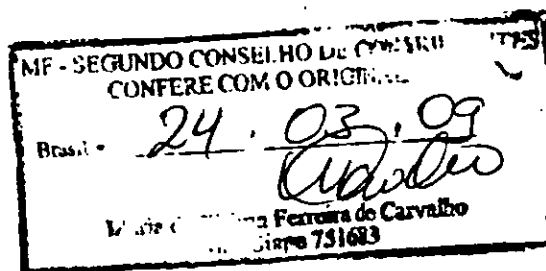
Nesse sentido, vale esclarecer que no caso da retenção, a obrigação pelo recolhimento é exclusiva do tomador de serviços, ao qual compete reter e recolher o valor, não arcando com qualquer encargo financeiro, mas, tão-somente a obrigação de observar as determinações legais, ficando com a responsabilidade do recolhimento caso não efetue a citada retenção, na qualidade de responsável. Portanto, irrelevante é o fato de ter ou não havido o recolhimento por parte da empresa contratada.

Assim, a despeito da argumentação apresentada pelo recorrente, não vejo nela qualquer fundamento que possa julgar totalmente insubsistente a NFLD, ou levar à desconstituição do crédito previdenciário ora atacado, uma vez que se encontra revestido das formalidades legais exigidas para a sua constituição.

Pelo exposto e considerando tudo mais que dos autos consta, VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, para no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008

  
CLEUSA VIEIRA DE SOUZA



## Voto Vencedor

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora-designada

Ouso divergir da Conselheira Relatora no sentido de que haveria a nulidade no lançamento suscitada pela recorrente no que tange à ciência do MPF – Complementar nº 02 ter ocorrido após o término da vigência do MPF – Complementar nº 01.

Vale ressaltar que o Mandado de Procedimento Fiscal é um documento que objetiva dar ao órgão um controle e acompanhamento mais contundente das ações fiscais realizadas, no sentido de subsidiar o planejamento, bem como dar ao contribuinte a garantia da legitimidade do procedimento fiscal ao qual está sendo submetido.

No caso em tela, embora o MPF – Complementar nº 02 tenha sido emitido dentro do prazo de validade do anterior, a ciência do contribuinte ocorreu após o término da vigência do mesmo. A meu ver, não se vislumbra a alegada nulidade. Nos termos do art. 14 do Decreto nº 3.969/2001, os prazos do MPF e seus complementares são contínuos. Ademais, eventual questionamento quanto à eventual extinção do prazo para conclusão do procedimento deveria ter sido efetuado na ocasião do recebimento do questionado MPF complementar.

Em verdade, ao receber o MPF – Complementar nº 02, o contribuinte tão somente foi informado da continuidade do procedimento fiscal, com a qual concordou.

Diante do argüido, rejeito a preliminar suscitada.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008

  
ANA MARIA BANDEIRA