

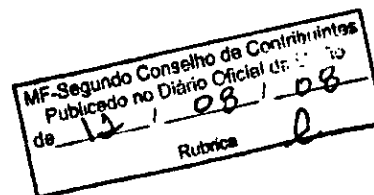


MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 02 / 05 / 08
Sâmara Alves de Oliveira
Mat.: Sinsp 817802

CC02/C06
Fls. 276

Processo nº	37322.002356/2006-59
Recurso nº	143.314 Voluntário
Matéria	RETENÇÃO
Acórdão nº	206-00.609
Sessão de	13 de março de 2008
Recorrente	MUNICÍPIO DE PEDERNEIRAS - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida	SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM BAURU - SP



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/05/2003

Ementa: PREVIDENCIÁRIO – RETENÇÃO –
ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE –
ARGUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

O contratante de serviços 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 e recolher a importância em nome da prestadora. No caso de serviços de construção civil, a retenção é devida se o serviço for prestado mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

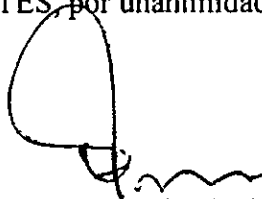
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

1

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Silma Alves de Oliveira	
Mat.: Siga 617821	

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



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

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

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Síma Alves de Oliveira	
Mat.: Sape 877862	

Relatório

Trata-se de débito apurado referente aos valores correspondentes à retenção de 11% sobre os valores dos serviços prestados por diversas empresas, referentes a transporte de passageiros e não recolhidos em época própria à Previdência Social, conforme dispõe o art. 31 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual.

O Relatório Fiscal (fls. 22/23) informa que a Prefeitura Municipal contratou a prestação de serviços de transporte de alunos e da análise dos contratos firmados observou tratar-se de cessão de mão-de-obra em razão da necessidade das empresas contratadas obedecerem os horários de entrada e saída dos alunos nas entidades de ensino, como também, em razão das despesas de combustível e manutenção dos veículos correrem por conta das contratadas.

A base de cálculo para a aplicação da alíquota da retenção correspondeu a 30% do valor bruto da nota fiscal de serviços.

A notificada apresentou defesa tempestiva (fls. 30/32) onde alega que em declaração prestada ao Município, a empresa Transportes Viação Avante Ltda afirmou que não presta serviços de transporte de passageiros exclusivamente à Municipalidade, mas, também, a outras empresas ao mesmo tempo, sendo que seus funcionários não são colocados à disposição das empresas contratantes. Assim, não restaria caracterizado esse tipo de serviço como cessão de mão-de-obra.

Afirma que o Município sempre tomou ciência da regularidade de suas contratadas em relação ao recolhimento das contribuições previdenciárias, não tendo havido qualquer sonegação, mas apenas o não recolhimento de retenção.

Entende que se as prestadoras efetuaram os recolhimentos, o presente lançamento se consubstancia em enriquecimento sem causa.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal notificante para apreciação e juntada de cópia dos contratos de prestação de serviços de transporte efetuados pela Prefeitura Municipal.

As folhas 239/241, manifestou-se no sentido de que a alegação da empresa que mereceria discussão é aquela referente a não realização dos serviços por cessão de mão-de-obra.

Afirma que o fato dos serviços não serem exclusivos para a Prefeitura não é requisito para a descaracterização da cessão de mão-de-obra e que, pela análise dos contratos, verifica-se a existência de cláusula pela qual a contratada se obriga a obedecer aos horários estabelecidos para atender a entrada e saída dos alunos. A auditoria fiscal entende que tal fato caracteriza a cessão de mão-de-obra, uma vez que nos horários estabelecidos, bem como na previsão de tempo gasto no trajeto a empresa deve manter empregado disponível para atender o contrato firmado.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 02 / 05 / 08	
Sônia Alves de Oliveira Mat.: Sape 81787	

O auditor fiscal concluiu que a Prefeitura foi levada a equívoco pelas próprias declarações da empresa Transportes Viação Avante Ltda de que não prestava serviços exclusivos à contratante. Tal conclusão encontraria respaldo no fato de que a Municipalidade passou a efetuar a retenção sobre os serviços prestados pela empresa Arotur Transporte de Passageiros Ltda já no ano de 2002 e quanto à Transporte Viação Avante Ltda, adotou o mesmo procedimento a partir de 06/2003.

A manifestação da auditoria fiscal foi submetida à notificada que às folhas 245/248 discordou das conclusões do auditor e afirma que o fato dos empregados da empresa contratada se obrigarem a obedecer aos horários estabelecidos pelas instituições de ensino, para atender a entrada e saída dos estudantes não caracterizaria a cessão de mão-de-obra.

No mais refere as alegações já apresentadas na defesa.

Pela Decisão-Notificação nº 21.423.4/0181/2006 (fls. 251/254), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 264/272), onde reforça as alegações já apresentadas em defesa e salienta que nada impedia que as empresas contratadas deslocassem um ônibus para que os alunos fossem transportados até o estabelecimento de ensino e outro para buscá-los no final na aula, sem que para isso, os empregados ficassem à disposição do Município.

Argumenta que se os tributos já foram recolhidos pelas contratadas ocorreria o *bis in idem* e que por considerações de Direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, como também à lei ética, uma vez que nem tudo que é legal é honesto. Assim, não pode vingar o fundamento do auditor fiscal de que o servidor público deve cumprir a lei, sob pena de responsabilidade funcional.

A SRP apresentou contra-razões (fls 274/275) mantendo a decisão recorrida.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
 Síms Alves de Oliveira Mat. Sape 8.7807	

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA , Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Na ausência de questões preliminares, passo a argüir a respeito do mérito.

Inicialmente, cumpre tratar da alegação da recorrente no sentido de que não haveria cessão de mão-de-obra nos contratos firmados para o transporte de estudantes, sob o argumento de que seus funcionários não são colocados à disposição do contratante.

A auditoria fiscal considerou a existência da cessão de mão-de-obra em razão dos empregados da recorrente serem obrigados a cumprir os horários estabelecidos pelos estabelecimentos de ensino, tanto de entrada como de saída dos alunos e permanecerem à disposição da recorrente durante todo o trajeto realizado.

A argumentação da recorrente leva a inferir que a mesma entende, equivocadamente, que a cessão de mão-de-obra só se caracteriza pela colocação de empregados à disposição da contratante durante as vinte quatro horas do dia.

Ocorre que o objeto dos contratos firmados é o transporte de alunos e o cumprimento do mesmo se dá somente dentro dessa atividade. Assim, pode-se afirmar que durante o cumprimento do acordado, os empregados da contratada ficam, sim, à disposição da recorrente. Se não ficam à disposição em outros horários ou mesmo prestam serviços a outras tomadoras não significa que estaria descaracterizada a cessão de mão-de-obra no serviço prestado à Municipalidade.

Portanto, entendo que houve a alegada cessão de mão-de-obra, cuja caracterização restou clara no Relatório Fiscal, bem como na Informação Fiscal emitida após a apresentação da defesa.

Quanto à alegação de *bis in idem*, a mesma não merece prosperar.

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.

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 fisco 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.

Portanto, após o advento da retenção não há mais que se falar em responsabilidade solidária do tomador para com o contratante de serviços mediante cessão de mão-de-obra, pois aquele passa a ter como obrigação reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	09 / 05 / 08
Sâms Alves de Oliveira Mat.: Sipe 67787	

Como responsável eleito pela lei, cabe à tomadora reter e recolher os valores. Se a prestadora, porventura, tiver efetuado algum recolhimento, este deveria se restringir a eventuais diferenças a maior apuradas entre o efetivamente devido e a retenção realizada. Caso tenha recolhido a totalidade da contribuição, o fez indevidamente e contrariando as disposições legais.

Finalmente, quanto ao inconformismo da recorrente a respeito ao fato da administração pública subordinar-se às disposições legais e abster-se de manifestação a respeito da constitucionalidade das mesmas, também não é possível acolhê-lo.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamados controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo.

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste " (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Francheschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.).

Ademais, a impossibilidade acima citada encontra-se, inclusive, sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, na Súmula de nº 02, publicada no DOU de 26/09/2007, abaixo transcrita:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	02 / 05 / 08
	
Silma Alves de Oliveira	
Mat.: Sispag 877892	

"*Súmula n.º 2*

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

Diante do exposto 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 13 de março de 2008


ANA MARIA BANDEIRA