



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016694-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: OMEGA SERVICE PORTARIA E SERVICOS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR FERREIRA PACHECO - SP154062-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELAÇÃO (198) Nº 5016694-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: OMEGA SERVICE PORTARIA E SERVICOS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR FERREIRA PACHECO - SP154062-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado por **OMEGA SERVICE PORTARIA E SERVIÇOS GERAIS LTDA** contra ato do **SUPERINTENDENTE REGIONAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL EM SÃO PAULO e DELEGADO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO**, objetivando determinação para que as empresas tomadoras de seus serviços fiquem dispensadas da retenção da contribuição previdenciária prevista pelo artigo 33 da Lei nº 8.212/91, pois é optante pelo Simples Nacional, de forma que é indevida a retenção da contribuição previdenciária sobre o valor das notas fiscais que emite.

A sentença denegou a segurança sob o fundamento que o objeto social da empresa impetrante é “a prestação de serviços combinados de apoio a edifícios, como as atividades de fornecimento de pessoal, prestar serviços em instalações prediais, limpeza geral no interior de prédios, serviços de manutenção, disposição do lixo, serviços de recepção, serviços de portaria e outros serviços gerais relacionados para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios”, não se aplicando o entendimento consolidado pelo STJ no sentido de que a retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples ao caso em tela, sendo de rigor a aplicação da norma especial

supramencionada, que determina o recolhimento em separado da contribuição previdenciária patronal, pelas regras gerais contidas na Lei nº 8.212/91. Isto porque no caso específico das empresas prestadoras de serviços de vigilância, limpeza ou conservação, a própria Lei Complementar nº 123/2006 dispõe que a contribuição patronal previdenciária não estará incluída no Simples Nacional, devendo ser recolhida da mesma forma prevista para os demais contribuintes. (ID 5819397).

Apela a impetrante alegando que não presta serviços de vigilância a seus clientes, mas apenas serviço de portaria, com controle de acesso, identificação e posterior encaminhamento. (ID 5819411).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO (198) Nº 5016694-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: OMEGA SERVICE PORTARIA E SERVICOS GERAIS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR FERREIRA PACHECO - SP154062-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): A impetrante insurge-se contra o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98. Com efeito, o preceito legal, hoje alterado pela Lei nº 11.933/2009, estava redigido da seguinte forma:

"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 Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

§ 5º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)"

Conforme se verifica, o dispositivo institui hipótese de substituição tributária, atribuindo ao tomador do serviço a responsabilidade pela retenção de valores que antecipam a verificação do fato gerador. O dispositivo tem suporte no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 03/1993, in verbis:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)"

Assim, caso não se verifique o fato gerador da contribuição, ou a retenção envolva valor superior àquele devido pela contribuinte, assegura-se a imediata e preferencial restituição. Portanto, não há que se falar em criação de nova hipótese tributária, bem assim de desvirtuamento da base de cálculo. O dispositivo em testilha apenas instituiu nova forma de arrecadação, de modo a otimizá-la, reduzindo as chances de sonegação fiscal.

Dessa forma, entendo que o art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 9.711/98, não afronta a Constituição Federal, pelo que há de ser respeitada a sistemática por ele instituída.

Ratifica o acima exposto, o julgamento do REsp 1.036.375/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao regime dos recursos repetitivos. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA . EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA Lei Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO.

1. A retenção de contribuição previdenciária determinada pela lei 9.711/98 não configura nova exação e sim técnica arrecadatória via substituição tributária, sem que, com isso, resulte aumento da carga tributária.
2. A Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 , não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.
3. A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária , tornando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Nesse sentido, o procedimento a ser adotado não viola qualquer disposição legal.
4. Precedentes: REsp 884.936/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008; AgRg no Ag 906.813/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 23/10/2008; AgRg no Ag 965.911/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 21/05/2008; EDcl no REsp 806.226/RJ, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 26/03/2008; AgRg no Ag 795.758/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 09/08/2007.
5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

De outro polo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, em sede de recurso representativo de controvérsia, no sentido de que as empresas que sejam optantes pelo simples não estão sujeitas à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre a fatura de serviços prevista no art. 31 da Lei 8.212/91:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA . EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).

1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo simples - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º).
2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do simples não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.
3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as

empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do simples, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1112467/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 21/08/2009)

No entanto, verifico in casu que a impetrante exerce atividades de "a prestação de serviços combinados de apoio a edifícios, como as atividades de fornecimento de pessoal, prestar serviços em instalações prediais, limpeza geral no interior de prédios, serviços de manutenção, disposição do lixo, serviços de recepção, serviços de portaria e outros serviços gerais relacionados para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios" conforme cópia do contrato social (ID 5018064), bem como comprovou sua opção pelo SIMPLES (ID 5018067).

A própria Lei Complementar nº 123/2006, em § 5º-C, do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006 previu expressamente as hipóteses de exceção sobre o Simples Nacional das empresas de pequeno porte e microempresas que se dedicam às atividades de prestação de serviços, referente limpeza, conservação e zeladoria, para as quais não estarão incluídas no documento único de arrecadação de que trata o Simples Nacional, a cota patronal da contribuição previdenciária.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte julgado desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR DOS CONTRATOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. ARTIGO 31 DA LEI 8.212/91. PRESTADORA DE SERVIÇOS OPTANTE PELO SIMPLES. SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO. ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DO §5º-C DO ART. 18 DA LC N. 123/2006.

1. As empresas prestadoras de serviços, desde que enquadradas no simples, não estão obrigadas à retenção da contribuição de 11% (onze por cento) pela impossibilidade legal, em razão da modalidade de pagamento de tributos nele previsto possuir sistemática de arrecadação mensal unificada e incompatível com a retenção prevista no art. 31 da Lei 8.212, de 1991. O Superior Tribunal de Justiça decidiu nesse sentido no regime de recursos repetitivos previsto no artigo 543-C do CPC: (STJ - RESP 1112467/DF).

2. É preciso observar a previsão legal quanto ao recolhimento tal como previsto pela Lei Complementar nº 123/06, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 128/2006, que excepciona as empresas cujo ramo de atividade compreenda a construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive na forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração interior e de serviço de vigilância, limpeza ou conservação, as quais estarão sujeitas à retenção dos 11% (onze por cento) de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91, ex vi do art. 13, incisos VI, da Lei Complementar nº 123/06. 3. Ainda que se enquadre no Simples Nacional, por expressa previsão do aludido §5º-C do art. 18 da LC nº 123/2006, a impetrante se subsumirá à disciplina da Lei nº 8.212/91 no que concerne ao recolhimento das contribuições previdenciárias patronais, sendo afastada a sistemática aplicável às microempresas nessa hipótese e, logo, está sujeita à retenção dos 11% (onze por cento), já que a respectiva contribuição previdenciária não está incluída no documento único de arrecadação de que trata o Simples Nacional. 4. Apelação da União e Remessa Oficial providas. (grifei)
(AMS 00118813120134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/04/2014)

Assim, enquadrando-se na hipótese excepcionada pelo § 5º-C, do artigo 18, da Lei Complementar nº 123/2006, a impetrante está sujeita à retenção de 11% de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

E M E N T A

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA . EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ART. 31, DA Lei Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 9.711/98. NOVA SISTEMÁTICA DE ARRECADAÇÃO MAIS COMPLEXA, SEM AFETAÇÃO DAS BASES LEGAIS DA ENTIDADE TRIBUTÁRIA MATERIAL DA EXAÇÃO. EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES. § 5º-C, DO ARTIGO 18, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

1. Insurgência quanto o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98. Destaque-se que a retenção de contribuição previdenciária determinada pela lei 9.711/98 não configura nova exação e sim técnica arrecadatória via substituição tributária, sem que, com isso, resulte aumento da carga tributária.

2. A Lei nº 9.711/98, que alterou o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, tampouco alterou a alíquota ou a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento.
3. A determinação do mencionado artigo configura apenas uma nova sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária, tornando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária.
4. No caso concreto, verifica-se que a impetrante exerce atividades de "prestação de serviços combinados de apoio a edifícios, como as atividades de fornecimento de pessoal, prestar serviços em instalações prediais, limpeza geral no interior de prédios, serviços de manutenção, disposição do lixo, serviços de recepção, serviços de portaria e outros serviços gerais relacionados para dar apoio à administração e conservação das instalações dos prédios" conforme cópia do contrato social, bem como comprovou sua opção pelo SIMPLES.
5. A própria Lei Complementar nº 123/2006, em § 5º-C, do artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006 previu expressamente as hipóteses de exceção sobre o Simples Nacional das empresas de pequeno porte e microempresas que se dedicam às atividades de prestação de serviços, referente limpeza, conservação e zeladoria, para as quais não estarão incluídas no documento único de arrecadação de que trata o Simples Nacional, a cota patronal da contribuição previdenciária.
6. Assim, enquadrando-se na hipótese excepcionada pelo § 5º-C, do artigo 18, da Lei Complementar nº 123/2006, a impetrante está sujeita à retenção de 11% de que trata o art. 31 da Lei nº 8.212/91.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.