

Processo: 0035006-94.2022.8.19.0001

Fls.

Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Mandado de Segurança - CPC - Competência Tributária / Limitações ao Poder de Tributar

Impetrante: ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE ENGENHARIA DO RIO DE JANEIRO ç AEERJ
Impetrado: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FAZENDA E PLANEJAMENTO ç SMFP

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
Katia Cristina Nascentes Torres

Em 05/05/2022

Decisão

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro - AEERJ, contra ato do Secretário Municipal de Fazenda do Município do Rio de Janeiro, ou quem as vezes lhe faça, em que pretende a impetrante a concessão de liminar a fim de ver resguardado o direito líquido e certo de suas associadas de, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, se submeter à retenção e ao recolhimento a título de IRRF - Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 1,2%, equivalente ao percentual de presunção de 8%, conforme determina a legislação federal (art. 15, da Lei Federal nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/17 e a Tabela de Retenção veiculada na IN RFB nº 1234/2012), nos casos de construção por empreitada com emprego de materiais, abstendo-se a Autoridade Coatora de adotar qualquer ato tendente à cobrança dos valores acima deste patamar ou medida que vise cercear a autorização judicial, especialmente de repesar faturamentos ou reter pagamentos com base na conduta ilegal sob discussão, bem como de inscrever o nome das associadas nos cadastros de inadimplentes e/ou negar a emissão de certidão de regularidade fiscal, ou mesmo restringir o livre exercício da atividade empresarial.

Alega a impetrante em resumo que: (a) O presente writ visa afastar o ato coator consubstanciado na retenção do Imposto de Renda Pessoa Jurídica - IR (IRRF) à alíquota de 4,8%, nas situações envolvendo a prestação de serviços de construção civil por empreitada com fornecimento de materiais, de interesse dos órgãos da administração direta, das autarquias e das fundações vinculadas ao Município do Rio de Janeiro, visto que, a pretexto de dar efetividade à decisão proferida pelo STF no RE nº 1.293.453/RS, que definiu, sob o rito dos recursos repetitivos e com repercussão geral, que "pertence ao Município, aos Estados e ao Distrito Federal a titularidade das receitas arrecadadas a título de imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores pagos por eles, suas autarquias e fundações a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para a prestação de bens ou serviços, conforme disposto nos arts. 158, I, e 157, I, da Constituição Federal", o Município do Rio de Janeiro passou a regulamentar o tema por meio do Decreto nº 49.593, de 18 de outubro de 2021, ato contínuo alterado pelo Decreto nº 49.830, de 26 de novembro de 2021, cujo teor adentra e altera alíquota vigente desde antes em franca ofensa a direito líquido e certo das associadas da impetrante; (b) Desse modo, embora aqui não se discuta a competência dos Municípios, dentre eles o Município do Rio de Janeiro, em efetuar diretamente

a retenção do Imposto de Renda no caso de prestação de serviços em benefício da Administração Pública municipal, já que, como dito pelo STF, "a delimitação imposta pelo art. 64 da Lei 9.430/1996 - que permite a retenção do imposto de renda somente pela Administração federal - é claramente inconstitucional, na medida em que cria uma verdadeira discriminação injustificada entre os entes federativos, com nítida vantagem para a União Federal e exclusão dos entes subnacionais", a efetividade dessa retenção vem sendo adotada de forma inconstitucional, ilegal e arbitrária; (c) E isso porque a alíquota de 4,8% somente se aplica na empreitada sem o emprego de materiais, nos termos da alínea "d", inciso IV, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/17. A legislação federal é clara e precisa quando estabelece a alíquota de 1,2% a título de IRRF nos casos de construção por empreitada com emprego de materiais (alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33 da IN RFB nº 1.700/17), de modo que a cobrança de acordo com a alíquota de 4,8% "no caso de prestação de serviços de construção civil, independentemente da modalidade ou do fornecimento de materiais pelo prestador" configura nítida inovação, que extrapola os limites estabelecidos na Constituição Federal e na Legislação Federal, em violação às rígidas regras de competência tributária, e, por conseguinte, ao Princípio da Estrita Legalidade, da vedação ao Não Confisco e ao Enriquecimento sem Causa. Afinal, a autoridade coatora e o Município carioca têm competência para efetivar a retenção do Imposto de Renda (tributo federal) nos estritos termos da legislação federal, mas não tem competência para modificar a sua expressão quantitativa / qualitativa, como efetivado na hipótese em foco. Sendo que, mesmo depois de ser questionada sobre a ilegalidade perpetrada, irredutível, a autoridade coatora vem impondo a aplicação da alíquota de 4,8% em contratos que envolvem o fornecimento de materiais, retendo o faturamento daqueles contribuintes que, em observância à legislação que trata do IRRF, vêm emitindo Notas Fiscais com a alíquota de 1,2%, autorizando o manejo urgente do presente mandamus.

Discorre acerca do direito líquido e certo que reputa possuir, aduzindo que, como é sabido, as empresas de engenharia e construção que prestam serviços de interesse da administração pública (obras/empreitadas públicas), no âmbito da União, dos estados e dos municípios, tem os respectivos valores auferidos sujeitos à retenção dos tributos federais, como IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, sendo que, em paralelo a esse sistema que perdura há anos, amadurecia uma disputa de natureza estritamente financeira, no âmbito da Federação, entre a União e os municípios, objeto do RE 1.293.453/RS, apreciado sob o rito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR (Tema 130 - "Titularidade das receitas arrecadadas a título de imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores pagos pelos Municípios, suas autarquias e fundações a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para a prestação de serviços"), cujo debate girava em torno da autonomia financeira dos municípios, à luz do art. 158, I, da Constituição Federal, pretendendo em síntese os municípios, na qualidade de destinatários do produto arrecada pela União Federal a título de Imposto de Renda - IR, incidente sobre os valores por eles (municípios) pagos, romper com a até então concentração da administração financeira na União, a fim de que passassem a efetuar eles mesmos, diretamente, a retenção. Assim, ao invés de o IR ser arrecadado e posteriormente repassado aos municípios pela União Federal, contavam os municípios efetuar diretamente a retenção, especialmente nos casos da prestação de serviços a eles contratados - e nisso lograram êxito. Da análise do Acórdão proferido pelo STF é possível constatar que aquela Corte buscou dar ampla eficácia ao art. 158, I, da CRFB - norma vinculado ao Direito Financeiro, importante para o funcionamento econômico da Federação -, de modo a garantir a ampla autonomia financeira a que fazem jus os municípios, sem que, com isso, interferisse nas normas de índole tributária de exclusiva competência da União Federal (art. 153, III, da CF/88) para instituir e regulamentar o IR. Nesse contexto foi que o Município do Rio de Janeiro editou o Decreto nº 49.593/2021, cujo teor visava uma mera adequação à decisão proferida pelo STF e, como expressamente ali assinado, em clara submissão à legislação tributária federal. Ocorre que, ato contínuo, foi editado cerca de apenas 40 dias depois o Decreto nº 49.830 de 26/11/2021, alterando aquele anterior, para inserir ao art. 2º, um § 3º, com a seguinte e literal disposição:

§ 3º - No caso de prestação de serviços de construção civil, independentemente da modalidade ou do fornecimento de materiais pelo prestador, o Imposto de Renda será retido à alíquota de 4,8%.

E o faz, ao que tudo indica, a partir da inclusão de um novo "considerando", com expressa referência ao "disposto no art. 15, III, "a", da Lei Federal nº 9.249/95, o qual, por sua vez, estabelece que o percentual de presunção referente ao IR será em regra de 8%, podendo em alguns casos que especifica chegar a 32%, sendo que, ao regular a matéria, a alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/2017, dita expressamente que o percentual de presunção será de 8% na atividade de construção por empreitada com emprego de materiais. Tal legislação cuida do percentual de presunção, figura típica do Lucro Presumido, que incide sobre a receita bruta, definindo a base de cálculo do IR, sobre a qual incidirá a alíquota de 15%. Esclarecendo: 1,2% equivale a 15% (alíquota do IR prevista no art. 64, §5º da Lei nº 9.430/96) de 8%, de modo que, para facilitar a implementação da técnica de retenção, a legislação estabelece que nos casos de prestação de serviços públicos em benefício da Administração Pública Federal, determinados setores se sujeitarão à alíquota de 1,2%, como é o caso da construção civil por empreitada com o emprego de materiais, enquanto outros setores se sujeitarão à alíquota de 4,8%, a título de IR, a qual é a tradução matemática de 15% (alíquota do IR) de 32%. Assim, quando a legislação determina que o percentual de presunção equivale a 8%, a alíquota do IRRF a ser efetivada na retenção será de 1,2%; já quando o percentual de presunção corresponder a 32%, a alíquota a ser efetivada na retenção corresponderá a 4,8%, sendo certo que sempre prevaleceu, no âmbito da Receita Federal, a sujeição à retenção a título de IRRF à alíquota de 1,2% nos casos de prestação de serviços de construção civil por empreitada com o emprego de materiais contratados pela Administração Pública, enquanto os serviços de construção civil por empreitada sem o emprego de materiais contratados pela Administração Pública Federal sempre foram submetidos à alíquota de 4,8% a título de IRRF, sendo, ademais, claro e inequívoco que o STF, no citado julgamento, tampouco se manifestou sobre aspectos do Imposto de Renda (alíquota, base de cálculo, fato gerador), mas apenas tratou de regras de repartição de receitas da federação, Direito Financeiro que não se confunde com o Direito Tributário, não se sabendo de onde extraiu a autoridade coatora e o Município do Rio de Janeiro, competência ou base normativa para se imiscuir em seara que foge totalmente à sua alçada constitucional.

Pelo que requer ao final que seja concedida em definitivo a segurança, confirmando a liminar antes deferida, para reconhecer o direito líquido e certo de suas associadas de, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, se submeterem à retenção e ao recolhimento a título de IRRF - Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 1,2%, equivalente ao percentual de presunção de 8%, conforme determina a legislação federal (art. 15, da Lei Federal nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/17 e a Tabela de Retenção veiculada na IN RFB nº 1234/2012), nos casos de construção por empreitada com emprego de materiais, abstendo-se a Autoridade Coatora de adotar qualquer ato tendente à cobrança dos valores acima deste patamar ou medida que vise cercear a autorização judicial, especialmente de represar faturamentos ou reter pagamentos com base na conduta ilegal sob discussão, bem como de inscrever o nome das associadas nos cadastros de inadimplentes e/ou negar a emissão de certidão de regularidade fiscal, ou mesmo restringir o livre exercício da atividade empresarial.

Com a inicial veio a documentação de fls. 30/78.

Despacho às fls. 86 determina a intimação da dita autoridade para prestar informações, deixando a apreciação do pedido liminar para ser feita em seguida.

Certidão cartorária às fls. 104 dá conta da intimação e do decurso do prazo legal sem manifestação daquela autoridade.

Passo a decidir.

Postula a impetrante que seja concedida medida liminar inaudita altera parte para que seja resguardado o direito líquido e certo de suas associadas de, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, se submeterem à retenção e ao recolhimento a título de IRRF - Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 1,2%, equivalente ao percentual de presunção de 8%, conforme determina a legislação federal (art. 15, da Lei Federal nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/17 e a Tabela de Retenção veiculada na IN RFB nº 1234/2012), nos casos de construção por empreitada com emprego de materiais, abstendo-se a Autoridade Coatora de adotar qualquer ato tendente à cobrança dos valores acima deste patamar ou medida que vise cercear a autorização judicial, especialmente de represar faturamentos ou reter pagamentos com base na conduta ilegal sob discussão, bem como de inscrever o nome das associadas nos cadastros de inadimplentes e/ou negar a emissão de certidão de regularidade fiscal, ou mesmo restringir o livre exercício da atividade empresarial.

E o silêncio da autoridade coatora devidamente intimada concorre, mais ainda, em favor do deferimento de tal pedido, que, diga-se de passo, por si só, nos termos da fundamentação apresentada, já exibia os fortes elementos favoráveis à sua concessão.

Com efeito, não parece haver dúvidas de que as normas de índole tributária de exclusiva competência da União Federal (art. 153, III, da CF/88) são aquelas bem indicadas na inicial e, com elas, inicialmente coerente o Decreto nº 49.593/21 editado pelo Município do Rio de Janeiro destinado à simples adequação à decisão proferida pelo STF no RE 1.293.453/RS, até o advento do indigitado Decreto Municipal nº 49.830 de 26/11/2021, que, dispondo a novidade fora de sua competência legal, alterou aquele anterior para inserir ao art. 2º, um § 3º, estabelecendo que, "no caso de prestação de serviços de construção civil, independente da modalidade ou do fornecimento de materiais pelo prestador, o Imposto de Renda passaria a ser retido à alíquota de 4,8%", e, com isso, não só extrapolando suas atribuições e competências tributárias, senão que violando direitos já bem sedimentados daquelas empresas prestadoras de serviços de construção civil em empreitadas com fornecimento de materiais, como é o caso das associadas da impetrante aqui representadas.

Pelo exposto, DEFIRO o pedido liminar formulado para resguardar o direito das associadas da Impetrante de, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, se submeterem à retenção e ao recolhimento a título de IRPJ-RF - Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 1,2%, equivalente ao percentual de presunção de 8%, conforme determina a legislação federal (art. 15, da Lei Federal nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, alínea "d", inciso II, do §1º, do art. 33, da IN RFB nº 1.700/17 e a Tabela de Retenção veiculada na IN RFB nº 1234/2012), nos casos de construção por empreitada com fornecimento de materiais, pelo que determino à Autoridade Coatora e ao Município a que ela se vincula que se abstenham de adotar qualquer ato tendente à cobrança de valores acima deste patamar ou a adoção de medida que vise cercear a autorização judicial, especialmente no que concerne a represar faturamentos ou reter pagamentos com base na conduta aqui sob discussão, bem como de inscrever o nome das associadas da Impetrante em cadastros de inadimplentes e/ou negar a emissão de certidão de regularidade fiscal, ou mesmo restringir o livre exercício da atividade empresarial em razão do objeto da presente lide.

Considerando a sobrecarga notória de processos desta Vara e os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas, a presente decisão assinada digitalmente e devidamente instruída com documentos necessários servirá como mandado e ofício para o seu cumprimento e deverá ser encaminhada diretamente pela parte impetrante à SMF/RJ e à PGM/RJ, comprovando nos autos seus protocolos de recebimento no prazo de 10 dias.

Já notificada e inerte a autoridade dita coatora, intime-se o ente federativo ao qual ela se vincula.



Após a manifestação do Município, ao MP.

Rio de Janeiro, 09/05/2022.

Katia Cristina Nascentes Torres - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Katia Cristina Nascentes Torres

Em ____/____/____

Código de Autenticação: **4PMI.CX9I.SU2Y.HDC3**

Este código pode ser verificado em: www.tjrj.jus.br – Serviços – Validação de documentos

