



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10865.000051/2008-81
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-01.078 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente MASTRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 01/06/2003

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. CESSÃO DE MÃO DE OBRA. RETENÇÃO.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. RETENÇÃO. SIMPLES TÉCNICA DE ARRECADAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AO REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES POR INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS SISTEMAS.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Junior, Wilson Antonio de Souza Correa.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 35.589.639-7, objetiva a retenção sobre valores dos serviços prestados à tomadora com cessão de mão de obra, como antecipação decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos empregados da empresa prestadora de serviços com cessão de mão de obra, conforme artigo 31, da Lei 8.212/91, como descrito no Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 21 a 23, com período de apuração de 11/2001 a 06/2003, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 14.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 29/09/2003, Folha de Rosto da Notificação Fiscal – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 14/10/2003, conforme carimbo de recepção, sendo a petição juntada, as fls. 71 e 72, e as razões de defesa, as fls. 73 a 95, que foi acompanhada dos documentos, de fls. 96 a 120.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 121 e 122.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação - DN Nº 21.429.4/042/04, fls. 123 a 130, em 30/01/2004.

O contribuinte tomou conhecimento deste decisório, em 20/02/2004, AR, de fls. 131.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 132 e 133, e razões recursais, as fls. 134 a 150, acompanhado dos documentos, de fls. 151 a 167, onde alega em síntese.

Mérito –

- Que não foi demonstrado a ocorrência do fato gerador, pois as notas fiscais não comprovam a cessão de mão de obra, devendo o lançamento ser baseado em provas concretas e irrefutáveis para não ser nulo o lançamento, cita Paulo Celso B. Bonilha e o TIT;
- Que a recorrente não era obrigada a fazer a retenção em razão da contratada (prestadora de serviços), pois esta era empresa vinculada ao sistema de tributação do SIMPLES;
- Que só empresa que tem o dever de recolher sobre as folhas de salários e que se submete a tal retenção e a prestadora recolhia sobre o faturamento;
- Que IN não pode criar obrigação e muito menos alterar o sistema da Lei 9.317/96;

- Que a retenção pela tomadora implicaria em *bis in idem*, bem como o § 4º do citado dispositivo desobriga a empresa do simples ao pagamento de outras contribuições o que fulmina a exigência;
- Que a exigência de retenção é inconstitucional, sendo que o julgador administrativo pode e deve conhecer de inconstitucionalidade, pois deve primeiro na função judicante obediência à Constituição Federal;
- Que a Lei 9.711/98 fere diversos dispositivos do CTN, sendo nova contribuição, o que exige lei complementar, cita jurisprudência;
- Que a multa aplicada é inconstitucional, pois fere o princípio de vedação do confisco e da capacidade contributiva;
- Que a multa a ser aplicada seria a do artigo 61, da Lei 9.430/96 que informa sobre a tributação federal;
- Que as multas no âmbito do INSS não podem ser superiores a 20%, sendo inconstitucional outro valor;
- Que a utilização da taxa SELIC em matéria tributária é inconstitucional, pois criação exclusiva do Executivo, que funciona como juros remuneratórios e moratórios majorando o tributo, cita o STJ;
- Que deveria ser aplicado os juros de 1% do artigo 161, § 1º, do CTN;
- Finaliza pedindo: a) provimento ao recurso, anulando-se a notificação em preliminar; b) no mérito – reforma da decisão recorrida, julgando improcedente a notificação devido a prestadora ser do simples ou por ser inconstitucional o veículo introdutor de norma; c) que seja excluído do lançamento as penalidades tributárias; d) que seja deste expurgado a SELIC.

A recorrente não realizou o depósito recursal, mas esta amparada por sentença no MS 2004.61.09.001656-2, fls. 284 a 289.

O Recurso Voluntário foi considerado tempestivo, fls. 168, 169, 209 e 210.

Finalmente ao autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 210.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme AR, de fls. 131, datado de 20/02/2004, e o carimbo de recepção do Recurso Voluntário, de fls. 132, datado de 25/03/2004, a tempestividade, também, foi reconhecida, as fls. 168, 169, 209 e 210.

Em Preliminar.

A questão relativa ao depósito recursal está superada, pois, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002.

Neste diapasão apresenta-se, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, tem-se no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF.

No presente caso o depósito recursal foi afastado pela sentença em MS e, desta forma, tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica e o dito acima admito presente recurso.

Superados os pressupostos de admissibilidade tempestividade e depósito recursal passo ao recurso propriamente dito.

No mérito.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ no caso cuja a ementa é abaixo transcrita e decidido no Regime dos Recursos Repetitivos do artigo 543-C da Lei 5.869/73, o que atrai a incidência do artigo 62-A da Portaria MF/GM 256/2009 – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, asseverou que a retenção não é compatível como o Regime da Tributação pelo Simples.

EMENTA 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).

Art. 62-A. *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça*

Processo nº 10865.000051/2008-81
Acórdão n.º **2803-01.078**

S2-TE03
Fl. 216

em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Desta forma, com a conjugação dos esclarecimentos acima fica evidente que a retenção de 11% não é aplicável ao Regime de Tributação do SIMPLES, sendo assim improcedente o lançamento.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**, para declarar o crédito improcedente, em razão da aplicação da sistemática do Recurso Repetitivo do artigo 543-C do CPC, do leading case do STJ e do artigo 62-A do RICARF.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.