



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

Processo n° 11065.001645/2008-97
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2403-002.179 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Embargante CALÇADOS MARTE LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/04/2007

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. MATERIAIS E EQUIPAMENTOS. DISCRIMINAÇÃO NA NOTA FISCAL.

Para que a empresa possa efetuar a retenção, tomando por base de incidência a base de cálculo reduzida, é necessário, em atendimento ao art. 219, § 7º, do RPS, que se proceda com a discriminação na nota fiscal dos valores relativos ao maquinário, caso contrário, a base de cálculo será o valor bruto constante na nota fiscal, nos termos do art. 31, *caput*, da Lei nº. 8.212/91.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento do direito de defesa quando descabida a realização de perícia para se apurar eventual recolhimento de contribuição previdenciária por parte da prestadora quando a lei atribui a responsabilidade à empresa tomadora. Cuida-se, portanto, de hipótese de substituição tributária. De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

SIMPLES. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. ART. 62-A DO REGIMENTO INTERNO. CARF. ART. 543-C. CPC. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ.

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.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, acolher em parte os embargos, para sanear a omissão apontada, bem como conferindo efeitos infringentes ao Acórdão anteriormente prolatado, para que se reconheça a inexigibilidade das contribuições previdenciárias a título de retenção da empresa CS TURISMO LTDA-ME.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Cuida-se de Embargos Declaratórios opostos pela CALÇADOS MARTE, em face do Acórdão n.º. 2403-000.763, de relatoria do Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, no qual foi dado parcial provimento Ao Recurso Voluntário, para reconhecer a decadência das competências 12/2002 a 04/2003 com base no art. 150, § 4º, do CTN, bem como para determinar o recálculo da multa de mora, previsto no art. 35, *caput*, da Lei nº. 8.212/91, com base na redação dada pela Lei nº. 11.941/2009, prevalecendo a mais benéfica.

De acordo com a peça embargatória, fls. 345/347, são apontadas omissões quanto à análise dos seguintes pontos elencados nas razões recursais, fls. 1419/1416: a) II.2.5 no que se refere à base de cálculo reduzida; b) II.2.6 quanto à retenção com efeitos retroativos/indeferimento do pedido de diligência fiscal/cerceamento de defesa; c) II.2.6 as empresas prestadoras Schimidtur e CS Turismo eram optantes do SIMPLES.

Analisados os Embargos de Declaração, foi proferido despacho, fl. 1499, na qual reconheceu as omissões suscitadas, razão pela qual o Acórdão embargado merece parcial reforma para que seja procedida a análise dos pontos suso mencionados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme consta na fls. os Embargos são tempestivos e reúnem os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA BASE DE CÁLCULO REDUZIDA

A Lei nº. 8.212/91, quando trata da base de cálculo nas hipóteses de retenção, notadamente em seu art. 31, assim dispõe:

*Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do **valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços** e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.*

Devidamente definida a base de cálculo, entretanto, o Decreto nº. 3.048/99, ao regulamentar a retenção, no art. 219 e seguintes, possibilita a dedução dos materiais e equipamentos a serem utilizados na cessão de mão-de-obra, previsão do art. 219, § 7º, *in verbis*:

*§ 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.***

Entretanto, para que assim se proceda, é imprescindível a discriminação na nota fiscal do valor relativo ao maquinário, além da existência de previsão contratual neste sentido e a comprovação dos aludidos valores.

É de acordo com tal comando que o art. 151 da IN SRP nº. 03/2005, *in verbis*:

Art. 151 . Não existindo previsão contratual de fornecimento de material ou utilização de equipamento e o uso deste equipamento não for inerente ao serviço, mesmo havendo discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, exceto no caso do serviço de transporte de passageiros, para o qual a base de cálculo da retenção corresponderá, no mínimo, à prevista no inciso II do art. 150 . (Redação dada pela IN SRP nº 20, de 11/01/2007)

Parágrafo único. Na falta de discriminação de valores na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a base de cálculo da retenção será o seu valor bruto, ainda que exista previsão contratual para o fornecimento de material ou utilização de equipamentos, com ou sem discriminação de valores em contrato.

Vê-se que não há possibilidade de redução na base de cálculo se não houver a discriminação dos valores correspondentes ao maquinário utilizado para o serviço.

Nesta senda, alega a Recorrente que tal exigência consistiria em um excessivo formalismo, indo de encontro ao princípio do formalismo moderado.

Neste ponto, hei de discordar. Isso porque a exigência da referida discriminação encontra-se nos liames da segurança jurídica, ao permitir reduzir a base de cálculo desde que comprovado ser devida a redução.

Portanto, inexistente a discriminação dos valores relativos ao maquinário utilizado na cessão de mão-de-obra, conforme pode ser visto nas notas fiscais colacionadas e que instruem a autuação em epígrafe, a base de cálculo será o valor bruto da nota fiscal.

RETENÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS/INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PERÍCIA/CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Não procede o argumento da recorrente quanto ao pedido de diligência para que restasse comprovado o pagamento por parte do obrigado originalmente do crédito sob pena de caracterizar-se *bis in idem*.

De acordo com o previsto no art. 33, § 5º da Lei nº 8.212/1991, o desconto sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa, sendo a responsabilidade direta de quem tinha o dever de realizá-lo.

Art. 33

(...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso 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.

No caso da retenção de 11%, não há que se falar em solidariedade, tampouco em benefício de ordem, pois o comando legal impôs a responsabilidade à tomadora de serviços, assim como o fez em relação ao desconto dos segurados empregados.

Essa é uma presunção legal que milita em favor da fiscalização previdenciária. Ao contrário dos argumentos trazidos pela recorrente, deve-se entender que no caso de retenção há duas obrigações: a primeira, acessória, que é o desconto dos 11%; a segunda é a principal, que é o recolhimento das contribuições retidas. Uma vez que as contribuições previdenciárias são tributos, o objeto da retenção dos 11% também possui natureza tributária, haja vista ser uma antecipação das contribuições, possuindo natureza de substituição tributária.

Não importa o cumprimento da obrigação pela prestadora, pois a obrigação da retenção é da tomadora.

Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, em face da ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Portanto, não há razões para que se acolha o pedido de diligência a fim de que se apure supostos recolhimentos por parte da prestadora, pois, ainda que esta houvesse procedido, não tem o condão de eximir a tomadora pela obrigação legalmente imposta. Repise-se, não é hipótese de responsabilidade solidária, e sim de substituição tributária.

Ante tais considerações, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, eis que o pedido de diligência foi devidamente indeferido pelas razões acima explanadas.

DA RETENÇÃO DE 11% E OS OPTANTES PELO SIMPLES

Nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, as decisões submetidas à sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros, *in verbis*:

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

Em primeira instância, o processo foi analisado antes do julgamento do Recurso Especial n. 1112467/DF, no qual restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que 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, acórdão cuja ementa segue abaixo colacionada, *in verbis*:

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)

Alega a Recorrente que as empresas prestadoras Schimidtur e CS Turismo eram optantes do SIMPLES ao tempo dos fatos geradores presentemente ocorridos.

Contudo, em nenhum momento restou comprovado que a empresa Schimidtur era optante do regime simplificado, não tendo o contribuinte colacionado provas que pudessem atestar o alegado.

Isso porque, mesmo em matéria tributária, cabe a ambos, ao Fisco e ao contribuinte, não só alegar, como, precipuamente, produzir provas que ofereçam condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Por oportuno, transcreve-se as palavras de Marcos Vinícius Neder:

*“No processo administrativo fiscal, **tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita.** Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou **a existência de fatores excludentes**”. (NEDER, Marcus Vinicius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. FERRAGUT, Maria Rita (Coord.). A prova no processo tributário. São Paulo: Dialética, 2010, p. 331)*

Logo, ausentes quaisquer elementos probatórios capazes de atestar que a empresa Schimidtur era optante do SIMPLES, persiste a obrigação da empresa prestadora em efetuar a retenção e recolhimento das exações discutidas.

Contudo, situação diversa acontece em relação a CS Turismo Ltda-ME. Isso porque, conforme as notas fiscais acostadas aos autos, a exemplo das fls. 946/948 e fls. 962/1010, com datas que vão de 29/07/1999 a 25/04/2007, a empresa emitia notas como microempresa, submetida, por conseguinte, ao regime tributário simplificado.

Só existem duas notas fiscais, fls. 960/961, datadas de 1999, em que consta a designação de CS Turismo Ltda., sem a indicação de microempresa, cujas exações foram extintas pela decadência, ainda em sede de acórdão da DRJ.

Ante o exposto, assiste razão à recorrente no que toca à sua dispensa de reter o valor de 11% a título de contribuição previdenciária, das empresas optantes pelo SIMPLES, aplicando-se o art. 62-A do RICARF, relativa à empresa **CS TURISMO LTDA-ME**.

CONCLUSÃO

Do exposto, acolho os embargos para sanear a omissão apontada, bem como conferindo efeitos infringentes ao Acórdão anteriormente prolatado, para que se reconheça a inexigibilidade das contribuições previdenciárias a título de retenção da empresa CS TURISMO LTDA-ME.

Marcelo Magalhães Peixoto