



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13896.001406/2007-07
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-009.466 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de fevereiro de 2021
Recorrente ALPHAVILLE TENNIS CLUBE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2002 a 31/12/2005

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%. REGIME ANTERIOR A LEI COMPLEMENTAR 128/2008. PRESTADORA DE SERVIÇO EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL

Em regra, as empresas optantes do SIMPLES Nacional não estão sujeitas à retenção de 11% imposta pelo art. 31 da Lei 8.212 sobre os valores pagos pelos seus tomadores de serviços de cessão de mão de obra, de modo que não procede o lançamento efetivado em desfavor da tomadora que deixa de realizar a retenção, prevalecendo o princípio da especialidade, mormente no período anterior a Lei Complementar 128, de 2008, que prevê, a partir de 1º de janeiro de 2009, exceções para as hipóteses listadas nos incisos I e VI do § 5º-C do art. 18 da LC 123/2006, caso de empresas do SIMPLES Nacional tributadas na forma do ANEXO IV.

Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.112.467/DF, processado sob o rito dos recursos representativos de controvérsia do art. 543-C do CPC/73 (art. 1036 do CPC/15).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Márcio Augusto Sekeff Sallem e Ana Cláudia Borges de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em 08/04/2008 (p. 233) em face da decisão da 6ª Tuma da DRJ/CPS, consubstanciada no Acórdão nº 05-21.125 (p. 219), da qual a Contribuinte foi cientificada em 14/02/2008 (p. 14/03/2008), que julgou procedente em parte o lançamento fiscal.

Nos termos do relatório da decisão de primeira instância, tem-se que:

Consoante o relatório fiscal que acompanha a NFLD nº 37.034.170-8 (fls. 30 a 35), lavrada em 24/11/2006, o presente lançamento foi efetuado para a constituição do crédito relativo aos valores da retenção de que cuida o art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (na redação dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998), correspondente a 11% (onze por cento) sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa OLIVEIRA & GOMES MANUTENÇÃO PATRIMONIAL LTDA., cujo recolhimento, devido pela ALPHAVILLE TENNIS CLUBE, não fora demonstrado até a data do lançamento.

Acrescenta, o mesmo relatório, que o débito foi apurado mediante o exame dos livros Razão da empresa notificada, mais especificamente da conta intitulada "Honorários para salva-vidas", onde foram lançados os valores pagos à "OLIVEIRA & GOMES", pela prestação de serviços de salva-vidas nas piscinas da contratante.

Sob a ótica do Agente Fiscal, a empresa prestadora efetuou, literalmente, colocação de mão-de-obra à disposição da "ALPHAVILLE", deixando esta, no entanto, de proceder à retenção há pouco mencionada e, por conseguinte, de recolher à previdência social os valores exigidos na NFLD.

Outrossim, o item 6.2 do dito relatório esclarece que a composição do levantamento, bem como de seus valores originários, encontra-se especificada no "RELATÓRIO DE LANÇAMENTOS" (fls. 19 a 24).

O sujeito passivo impugnou o lançamento por meio do expediente protocolado sob nº 37376.001277/2006-03 (fls. 108 a 116), em 11/12/2006, no qual pede o cancelamento da NFLD, mediante as seguintes alegações, em síntese:

1º) inexistência da figura da retenção de 11%, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, quando da prestação de serviços por empresa inscrita no "SIMPLES"; e

2º) mencionada retenção fica afastada, também, quando apresentados, pelo executor dos serviços, os comprovantes de recolhimento de suas contribuições previdenciárias.

Em 30/01/2007, a Seção de Contencioso Administrativo da ex-Delegacia da Receita Previdenciária em Osasco converteu o julgamento em diligência (fls. 195), a fim de que o Auditor Fiscal João José Pereira se manifestasse sobre a impugnação e os documentos que a acompanham.

Por seu turno, às fls. 196 e 197, mencionado auditor informa que:

1º) a inexigibilidade da retenção em apreço, no caso de a empresa cedente de mão-de-obra ser optante pelo "SIMPLES", verifica-se tão somente em relação ao período de janeiro de 2000 a agosto de 2002 - razão pela qual devem ser excluídos os valores lançados nas competências janeiro a agosto de 2002;

2º) o lançamento foi efetuado porque a empresa "OLIVEIRA & GOMES", efetivamente, colocou mão-de-obra à disposição da empresa notificada, fato esse que se amolda com exatidão à hipótese do art. 152, caput e §§ 1º ao 3º, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003; e

3º) as guias de recolhimento anexadas à defesa em nada inibem os valores lançados, vez que o débito é relativo à retenção sobre as notas fiscais emitidas pela empresa prestadora dos serviços.

Devidamente cientificada do resultado dessa diligência (fls. 208), a ALPHAVILLE não se interessou em complementar a sua defesa, no prazo que lhe foi concedido no termo de INTIMAÇÃO DRF/BRE/SECAT Nº 325 — MJS (fls. 207).

A DRJ, em face dos esclarecimento e documentos apresentados, julgou o lançamento fiscal procedente em parte, nos termos do susodito Acórdão nº 05-21.125 (p. 219), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO. SERVIÇOS PRESTADOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA EMITIDA PELA CEDENTE. EMPRESA CONTRATANTE. OBRIGAÇÃO.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra é obrigada a reter 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pela cedente - ainda que esta seja optante pelo "SIMPLES" -, e recolher a importância assim retida à previdência social.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ em 14/03/2008 (p. 231), a Contribuinte, em 08/04/2008, interpôs o recurso voluntário de p. 233, reiterando os termos da impugnação apresentada, defendendo, em síntese, que “há total incompatibilidade entre a forma de recolhimento das contribuições sociais do SIMPLES com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/96, que instituiu a primeira, é especial em relação ao artigo da Lei 8.212/91, prevalecendo o princípio *lex specialis derogat generali*”.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de Notificação de Lançamento (DEBCAD 37.034.170-8) (p. 2) para a constituição do crédito relativo aos valores da retenção de que cuida o art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (na redação dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998), correspondente a 11% (onze por cento) sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa OLIVEIRA & GOMES MANUTENÇÃO PATRIMONIAL LTDA.

Cientificada do lançamento fiscal, a Contribuinte apresentou a sua competente defesa administrativa, sustentando, em síntese, que *inexiste a figura da retenção de 11%, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, quando da prestação de serviços por empresa inscrita no "SIMPLES"*.

A DRJ, por seu turno, julgou o lançamento fiscal procedente em parte, destacando que, *segundo nos lembra o AFRFB notificante em seu pronunciamento às fls. 196, a já citada Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003, em vigor na data dos fatos aqui analisados, assim preceituava:*

Art. 151. A empresa optante pelo SIMPLES que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, está sujeita à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002. (grifamos)

A Recorrente, em sede de recurso voluntário, reitera os termos da impugnação apresentada, defendendo, em síntese, que “há total incompatibilidade entre a forma de recolhimento das contribuições sociais do SIMPLES com o regime de recolhimento antecipado de 11% sobre a fatura do serviço, visto que a Lei n. 9.317/96, que instituiu a primeira, é especial em relação ao artigo da Lei 8.212/91, prevalecendo o princípio *lex specialis derogat generali*”.

Pois bem!

Como se vê, o cerne da controvérsia está na análise no dever, ou não, de substituição tributária do art. 31 da Lei 8.212, uma vez que ocorreu a prestação de serviços por empresa do SIMPLES para a Recorrente (na condição de tomadora), ocasião em que a prestadora colocou segurados do RGPS à disposição da contratante-recorrente, nas dependências desta ou nos locais por ela indicados, para realizarem serviços contínuos, o que configura cessão de mão-de-obra.

Sobre o tema, no período de 10/01/2000 a 31/08/2002, atos normativos do próprio INSS dispensavam as fontes pagadoras de promover retenções, quando a beneficiária fosse empresa inscrita no SIMPLES (IN DC INSS n.º 8/2000; IN DC INSS n.º 70/2002; e IN DC INSS n.º 80/2002). E assim decidiu o órgão julgador de primeira instância, julgando procedente em parte o lançamento fiscal, excluindo deste justamente o período compreendido entre 01 a 08/2002.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve oportunidade de enfrentar essa controvérsia e isto se efetivou em recurso repetitivo (REsp 1.112.467), Tema Repetitivo 171.

A questão controvertida submetida a julgamento tinha por enunciação temática: “*Questão referente à aplicação às empresas optantes pelo SIMPLES do art. 31 da Lei 8.212/91, segundo o qual 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, conclusivamente, a Tese Firmada enunciou: “*A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.*”

Deste modo, razão assiste à Recorrente, não lhe sendo aplicada a substituição tributária do art. 31 da Lei 8.212 na contratação dos serviços de cessão de mão-de-obra da empresa enquadrada naquela ocasião no SIMPLES, já que a empresa do regime especial de tributação não se sujeita a retenção de 11% por ocasião do recebimento da nota fiscal/fatura.

A seguir, transcrição integralmente a ementa do repetitivo em referência:

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 1.112.467/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 21/08/2009)

Depois do repetitivo citado, o STJ sumulou o assunto, nestes termos:

A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.

(Súmula 425, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 13/05/2010)

Em função disso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emitiu o Ato Declaratório AD PGFN nº 10, de 20/12/2011, que autorizou a dispensa de apresentação de contestação e interposição de recursos nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para seguridade social pelo tomador do serviço quando a empresa prestadora é optante do Simples, como no presente caso, nos seguintes termos:

“nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora é optante pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Vê-se que o Ato Declaratório nº 10, de 2011, faz ressalva para o período regido pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, mas aqui sequer cabe analisar este ponto pois os períodos de apuração em discussão nesta fase recursal são 09/2002 a 12/2005.

Sobre o tema, este Colegiado, na sessão de julgamento realizada em 6 de outubro de 2020, por meio do Acórdão nº 2402-009.026 de relatoria da Conselheira Renata Toratti Cassini, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte, conforme ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/07/2004

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE.

O sistema de arrecadação de tributos instituído pela Lei 9.317/96 - SIMPLES, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e a retenção pelo tomador de serviços de contribuição no percentual de 11% implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.112.467/DF, processado sob o rito dos recursos representativos de controvérsia do art. 543-C do CPC/73 (art. 1036 do CPC/15).

Neste esboço, impõe-se o provimento do recurso voluntário da Recorrente.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior