



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

**Processo n°** 13963.001394/2007-61  
**Recurso n°** 999.999 Voluntário  
**Acórdão n°** 2403-001.402 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de junho de 2012  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrente** ARARANGUA PREFEITURA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2007

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DA NFLD - INOCORRÊNCIA.**

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.**

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS E VÍNCULOS - SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA.**

Os Relatórios de Co-Responsáveis e de Vínculos são partes integrantes dos processos de lançamento e autuação e se destinam a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esses relatórios não são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, **nas preliminares**, por unanimidade de voto dar provimento parcial ao recurso reconhecer a decadência até a competência 12/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN. **No mérito**, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para: **(i)** ser afastado da incidência da contribuição previdenciária os códigos de levantamento R03, R04, R05, R11, R17, R18, R20, R23, R24, R25, R26, R31; **(ii)** e que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

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

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente – ARARANGUA PREFEITURA, contra Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC que julgou procedente em parte a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.046.829-5, fl. 01, no valor consolidado inicial de R\$ 2.808.887,29 retificado para R\$ 1.925.545,11.

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada (Retenção 11% de que trata a Lei nº 9.711/98).

Informa o Relatório Fiscal, às fls. 160 a 172, que com base na análise da escrituração contábil e dos contratos celebrados pela Prefeitura Municipal de Araranguá, verificou-se que a administração municipal utilizou diversas empresas para a realização de obras e serviços, mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, devendo efetuar a retenção e respectivo recolhimento da importância relativa à 11% (onze por cento) sobre os valores dos serviços inseridos nas Notas Fiscais ou Faturas emitidas em seu nome, conforme determina a Lei n.º 8.212, de 1991, com redação alterada pela MP n.º 1.663-15/98, convertida na Lei n.º 9.711, de 20 de novembro de 1998.

O Relatório Fiscal, às fls. 160 a 172, com Anexos às fls. 173 a 225, destaca os prestadores de serviços, com a tipificação e a descrição dos serviços feita pela Auditoria-Fiscal:

### **ROI**

*Empresa: Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC (CIS/AMESC)*

*CNPJ: 01.356.308/0001-37*

*Tipificação do Serviço: Saúde*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO E EXECUÇÃO DO PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA - PSF*

*2- SERVIÇOS DE PREVENÇÃO E COMBATE A DENGUE , A FEBRE AMARELA E A OUTRAS DOENÇAS EPIDEMOLÓGICAS*

*3- SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO E EXECUÇÃO DO PROGRAMA DE SAÚDE MENTAL*

*4- SERVIÇOS MEDICOS EXECUTADOS NO PLANTÃO NA UNIDADE DE SAÚDE BOM PASTOR*

*5- SERVIÇOS PARA EXECUÇÃO DO PROGRAMA DE COMBATE DST/AIDS*

**R02**

*Empresa: Albano Alves & Cia Ltda*

*CNPJ: 05.754.752/0001-61*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE PINTURA E COLOCAÇÃO DE PISO NA  
PREFEITURA E RESTAURAÇÃO DO TELHADO DA  
SECRETARIA DE OBRAS*

*2- SERVIÇOS DE PINTURA E RESTAURAÇÃO DO REBOCO  
DO PRÉDIO DA BIBLIOTECA MUNICIPAL*

**R03**

*Empresa: ARARASTUR Transporte e Turismo Ltda ME*

***OPÇÃO PELO SIMPLES EM 01/01/1997***

*CNPJ: 00.269.484/0001-79*

*Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor Bruto da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE  
ESTUDANTES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO*

*2- SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ATLETAS  
QUE REPRESENTAM O MUNICÍPIO-FA32*

**R04**

*Empresa: Arilton Capela Vieira ME*

***SIMPLES: OPTANTE EM 01/01/1997***

*CNPJ: 86.954.492/0001-70*

*Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE  
ESTUDANTES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO*

**R05**

*Empresa: Brananto Serv. Proc. Dados e Lev. Ltda ME*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2004

Autenticado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 10/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 11/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

**SIMPLES: OPÇÃO EM 01/01/1997**

CNPJ: 01.622.800/0001-07

Tipificação do Serviço: Entrega de Contas e de Documentos

Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura

1 - SERVIÇOS DE ENTREGA DE CARNES DO IPTU NOS DOMICÍLIOS DOS CONTRIBUINTES

2- SERVIÇOS DE RECADASTRAMENTO IMOBILIÁRIO DO DISTRITO DE HE TRABALHO DE CAMPO

**R06**

Empresa: Canella Company Com. Construções e Serviços Ltda

CNPJ: 00.222.654/0001-60

Tipificação do Serviço: Construção Civil

Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura

1 - CONSTRUÇÃO DE 02 SALAS DE AULAS NA ESCOLA OTAVIO MANOEL ANASTACIO (SERVIÇOS E MATERIAL)

2- CONSTRUÇÃO DE 02 SALAS DE AULAS NA ESCOLA OTAVIO MANOEL ANASTACIO (SERVIÇOS E MATERIAL)

3- REFORMA DA GARAGEM DA SECRETARIA DA EDUCAÇÃO (SERVIÇOS E MATERIAL)

4- CONSTRUÇÃO DE 02 SALAS DE AULAS NA ESCOLA OTAVIO MANOEL ANASTACIO (SERVIÇOS)

5- CONSTRUÇÃO DE 02 SALAS DE AULAS NA ESCOLA OTAVIO MANOEL ANASTACIO (SERVIÇOS E MATERIAL)

6- REFORMA DA ESCOLA OTAVIO MANOEL ANASTACIO (SERVIÇOS)

7- CONSTRUÇÃO DO PRÉDIO DA ESCOLA OTÁVIO MANOEL ANASTÁCIO (SERVIÇOS E MATERIAIS)

**R07**

Empresa: Cibeli Viagens e Turismo Ltda ME

CNPJ: 07.674.947/0001-27

Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros

Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ESTUDANTES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO*

**R08**

*Empresa: Cleoti Prestadora de Serviços de Mão de Obra Ltda*

*CNPJ: 07.890.256/0001-60*

*Tipificação do Serviço: Recepção*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS E RECEPÇÃO DE AUTORIDADES E VISITANTES EM SOLENIDADES REALIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL*

**R09**

*Empresa: Construcerto Ltda*

*CNPJ: 83.190.132/0001-50*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - REFORMA DE SALAS LOCALIZADAS NO PRÉDIO DA PREFEITURA SERVIÇOS E MATERIAIS)*

*2 - SERVIÇOS PRESTADOS NA PINTURA DA ESCOLA ADEMAR GHISI E SANTA BARBARA*

*3 - SERVIÇOS PRESTADOS NA PINTURA DA ESCOLAS ADEMAR GHISI*

*4- SERVIÇOS PRESTADOS NA REFORMA DA GARAGEM, DEPÓSITO E REFEITÓRIO DA PREFEITURA MUNICIPAL*

*5 - SERVIÇOS PRESTADOS NA PINTURA DO MONUMENTO SITUADO NA RÓTULA DAS AVENIDAS SETE DE SETEMBRO E GETOLIO VARGAS*

*6 - SERVIÇOS PRESTADOS NA PINTURA DO MURO DO CEMITÉRIO PÚBLICO MUNICIPAL*

*7 - SERVIÇOS DE PINTURA DA CRECHE SÃO JOSE*

*8- SERVIÇOS DE PINTURA DA ESCOLA ALMERINDO MANOEL DA LUZ*

*9- SERVIÇOS DE PINTURA DO PRÉDIO DA ESCOLA JARDIM DAS AVENIDAS*

*10-SERVIÇOS DE REPARAÇÃO DE ESTRADAS E AVENIDAS*

**R10**

*Empresa: Crema Engenharia Ltda*

*CNPJ: 01.490.849/0001-53*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - REFORMA DA UNIDADE DE SAÚDE BOM PASTOR  
(SERVIÇOS E MATERIAIS)*

**R11**

*Empresa: Eddata Pesquisas de Opinião Ltda ME*

***SIMPLES: OPÇÃO EM 09/07/1997***

*CNPJ: 01.991.309/0001-53*

*Tipificação do Serviço: Entrega de Contas e de Documentos*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE ENTREGA DE CARNES DE IPTU AOS  
CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO*

**R12**

*Empresa: E.J.W. Artefatos de Cimento e Construções Ltda*

*CNPJ: 03.071.425/0001-80*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - REFORMA INTERNA DAS SALAS DO DEPARTAMENTO  
DE ARRECADAÇÃO E PROTOCOLO DA PREFEITURA*

*2- SUBSTITUIÇÃO DO PISO CERÂMICO DO  
DEPARTAMENTO DE COMPRAS DA PREFEITURA*

*3- MÃO DE OBRA APLICADA NA REFORMA DE UM  
BANHEIRO E UMA COZINHA DO PETI DO BAIRRO JARDIM  
CIBELE*

*4- RECUPERAÇÃO DO MURO DO ANTIGO DNER  
(SERVIÇOS E MATERIAIS)*

*5- REFORMA DE SALAS NO PRÉDIO DA UNIDADE DE  
SAÚDE (SERVIÇOS E MATERIAIS)*

**6- REFORMA DO TELHADO DA BIBLIOTECA DO COLÉGIO MUNICIPAL JOÃO MATHIAS (SERVIÇOS E MATERIAIS)**

**R13**

*Empresa: Construtora L.M.A Ltda*

*CNPJ: 07.951.804/0001-15*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 - RECUPERAÇÃO DOS MUROS DANIFICADOS DURANTE A PAVIM. EM MORRO DOS CONVENTOS (SERVIÇOS E MATERIAIS)**

**2- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA REFORMA DO PRÉDIO DA MERENDA ESCOLAR**

**R14**

*Empresa: Elizeu Kopp Cia Ltda.*

*CNPJ: 93.315.190/0001-17*

*Tipificação do Serviço: Leitura de Medidores*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 — SERVIÇOS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO PERÍMETRO URBANO DESTE MUNICÍPIO CORRESPONDENTES**

**AS IMAGENS VALIDAS COLHIDAS NOS EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS**

**R15**

*Empresa: Empreiteira e Urbanização Araranguá Ltda*

*CNPJ: 07.178.504/0001-45*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 - SERVIÇOS DE PINTURA E REALIZAÇÃO DE PEQUENOS REPAROS NO JARDIM DA PRAÇA HERCILIO LUZ, NO CENTRO**

**2- SERVIÇOS DE CONSERTO DE BURACOS, COLOCAÇÃO DE SUPORTES E COLOCAÇÃO DE LIXEIRAS NO CALÇADÃO**

3- TROCA DE PISO, TROCA DE JANELAS E PINTURA DE PAREDES NO DEPÓSITO DA MERENDA ESCOLAR (SERV./MAT)

4 - SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DE CALÇAMENTO COM PEDRAS IRREGULARES

5 - SERVIÇOS DE REFORMA DE UM MURO DE CONCRETO

6- RECONSTRUÇÃO DE UM MURO NO BAIRRO URUSSANGUINHA (SERVIÇOS E MATERIAL)

7- CONSERTO E REFORMA DE PISOS E CALÇADAS EM VÁRIAS ESCOLAS MUNICIPAIS (SERVIÇOS E MATERIAL)

8- REPAROS DE MUROS E CALÇADAS ONDE FUNCIONA E CENTRO PROFISSIONALIZANTE DO CEFET

9 - SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DE CALÇADAS NO PASSEIO PÚBLICO NA RUA MANOEL FRANCISCO COSTA

10-SERVIÇOS DE PEQUENOS REPAROS NOS MUROS DO CENTRO DE EDUCAÇÃO INFANTIL GENTE INOCENTE

11-REFORMA DO MURO E LIMPEZA GERAL DO CEMITÉRIO DO BARRO VERMELHO

12-RECONSTRUÇÃO DE UM MURO DERRUBADO DURANTE PAVIMENTAÇÃO (SERVIÇOS E MATERIAIS)

13-SERVIÇOS DE PINTURA E REFORMA DA ESCOLA BERNARDINA SENA CAMPOS

### **R16**

*Empresa: Empresa União de Transportes*

*CNPJ: 82.563.891/0001-59*

*1110 Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ATLETAS DO MUNICÍPIO

2 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ESTUDANTES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO

3- SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ALUNOS DA APAE

4- SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DOS PARTICIPANTES DOS CLUBES DE MÃES E DA TERCEIRA IDADE

**5- SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSERIDOS NO PETI**

**R17**

*Empresa: J.B. Maciel & Cia Ltda*

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 01/01/2002**

*CNPJ: 02.469.285/0001-30*

*Tipificação do Serviço: Limpeza e Conservação*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 - SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE CANTEIROS CENTRAIS DE DIVERSAS RUAS E AVENIDAS (LIMPEZA, CAPINA, CORTE DE GRAMA, ETC.)**

**R18**

*Empresa: João Batista Silveira Miguel & Cia. Ltda. ME*

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 04/10/2000**

*CNPJ: 04.079.535/0001-50*

*Tipificação do Serviço: Entrega de Contas e de Documentos*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 - SERVIÇOS DE ENTREGA DE BOLETOS DE COBRANÇA DE TAXAS DO FUMMPOM**

**R19**

*Empresa: Kazala Comércio e Construção Ltda*

*CNPJ: 95.832.911/0001-91*

*Tipificação do Serviço: Construção Civil*

*Base de Cálculo: 50% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

**1 - REFORMA DO PRÉDIO DA INTENDÊNCIA DE HERCÍLIO LUZ (SERVIÇOS E MATERIAIS)**

**2- REFORMA DO PRÉDIO DA ESCOLA BERNARDINO SENA CAMPOS (SERVIÇOS E MATERIAIS)**

**3- REFORMA DO PRÉDIO DA ESCOLA PROFESSOR CLÓVIS GOULART (SERVIÇOS E MATERIAIS)**



6- COLOCAÇÃO DE LAJOTAS NO PÁTIO E CONFECÇÃO DE SAPATAS NA QUADRA DA ESCOLA OTAVIO M ANASTACIO

7- SERVIÇOS DE COLOCAÇÃO DE PISOS, PORTAS E JANELAS E AMPLIAÇÃO DE PAREDE NO CEI JARDIM CIBELI

8- SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DE MUROS NO BALNEÁRIO MORRO DOS CONVENTOS

9- SERVIÇOS DE REPARO NO TELHADO E MUROS, CONSERTO DE CALÇADAS E OUTROS NA ESCOLA CAMPO MÃE LUZIA

10-SERVIÇOS DE LIMPEZA DAS CAIXAS D'AGUA DAS ESCOLAS MUNICIPAIS

11-SERVIÇOS DE REPAROS EM GINÁSIOS DE ESPORTES E ESCOLAS

12-REPAROS E PINTURA DE SALAS NA UNIDADE DE SAÚDE BOM PASTOR (SERVIÇOS E MATERIAIS)

13- CONSTRUÇÃO DE UMA ROTULA NO CENTRO (SERVIÇOS E MATERIAIS)

**R23**

Empresa: Madmaq Mecânica e Reforma de Máquinas Rod. Ltda.  
ME

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 01/01/1997**

CNPJ: 85.395.366/0001-E0

Tipificação do Serviço: Aterro Sanitário

Base de Cálculo: 15% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura

1 - SERVIÇOS COM TRATOR DE ESTEIRA NO ESPALHAMENTO DE RESÍDUOS NO ATERRO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO

**R24**

Empresa: M.D.G. Pires Cia. Ltda.

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 06/11/2001**

CNPJ: 04.745.141/0001-94

Tipificação do Serviço: Limpeza, Conservação e Natureza Rural (Manejo de Animais)

Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura

*1 - SERVIÇOS DE CAPINA, ROÇADA E LIMPEZA COM PINTURA DE MEIO-FIOS DAS RUAS E AVENIDAS DO MUNICÍPIO*

*2- SERVIÇOS DE APREENSÃO, RECOLHIMENTO E MANUTENÇÃO DO DEPÓSITO DE ANIMAIS*

**R25**

*Empresa: M.0 Tur Turismo Ltda.*

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 19/05/2000**

*CNPJ: 03.819.021/0001-21*

*Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PACIENTES PARA TRATAMENTO DE SAÚDE FORA DO DOMICÍLIO*

**R26**

*Empresa: Ramos & Gomes Ltda. ME*

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 23/08/2001**

*CNPJ: 04.624.897/0001-85*

*Tipificação do Serviço: Entrega de Contas e Documentos*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE ENTREGA DOS CARNES DE IPTU, ISSQN E ALVARÁ*

*2- SERVIÇOS DE ENTREGA DE NOTIFICAÇÕES DA DÍVIDA ATIVA*

**R27**

*Empresa: Santech Saneamento & Tecnologia Ambiental Ltda.*

*CNPJ: 07.319.004/0002-67*

*Tipificação do Serviço: Aterro Sanitário*

*Base de Cálculo: 15% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE DESTINAÇÃO FINAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS PRODUZIDOS NO MUNICÍPIO (ATERRO SANITÁRIO)*

**R28**

*Empresa: Setel Engenharia Elétrica*

*CNPJ: 83.561.944/0001-65*

*Tipificação do Serviço: Instalação Elétrica*

*Base de Cálculo: 50 ou 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - ILUMINAÇÃO DA RUA XV DE NOVEMBRO (SERVIÇOS E MATERIAIS)*

*2- SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA NA LOCALIDADE DE ILHAS*

**R29**

*Empresa: Sinalpavi Sinalização Viária Ltda.*

*CNPJ: 06.223.049/0001-90*

*Tipificação do Serviço: Sinalização Viária*

*Base de Cálculo: 50% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - EXECUÇÃO DA SINALIZAÇÃO HORIZONTAL DO TRANSITO DO MUNICÍPIO (MÃO DE OBRA E MATERIAIS)*

**R30**

*Empresa: Sinasc Sinalização e Conservação de Rodovias Ltda.*

*CNPJ: 80.700.024/0001-92*

*Tipificação do Serviço: Sinalização Viária*

*Base de Cálculo: 100% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - EXECUÇÃO DAS SINALIZAÇÕES HORIZONTAL E VERTICAL DAS RUAS DO MUNICÍPIO*

**R31**

*Empresa: Timbetur Transporte e Turismo Ltda ME*

**OPÇÃO PELO SIMPLES EM 24/01/2000**

*CNPJ: 03.608.683/0001-52*

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 10/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 11/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

*Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ATLETAS DO MUNICÍPIO*

**R32**

*Empresa: Viação Cidade Ltda*

*CNPJ: 95.811.725/0001-76*

*Tipificação do Serviço: Transporte de Passageiros*

*Base de Cálculo: 30% do Valor da Nota Fiscal ou Fatura*

*1 - SERVIÇOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE ESTUDANTES E/OU PROFESSORES DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO*

Em relação ao levantamento R01, o Relatório Fiscal destaca:

*Sobre a contratação do Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC (Levantamento R01), necessário se faz os seguintes esclarecimentos adicionais:*

*- A Prefeitura Municipal de Araranguá, para a implementação e manutenção de diversos tipos de Programas na área da Saúde, como os Programas Saúde da Família — PSF, Prevenção e Combate à Dengue, Saúde Mental e Combate DST/AIDS, celebrou diversos Convênios ou Termos de Parceria com o Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC (conhecido como CIS/AMESC), onde esta empresa contrata e remunera os profissionais necessários ao desenvolvimento dos aludidos programas (Médicos, Enfermeiros, Auxiliares de Enfermagem, Agentes Comunitários de Saúde e outros profissionais), inclusive responsabilizando-se pelos encargos sociais (INSS, FGTS, etc);*

*- Os serviços executados pelo Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC (contratado) à Prefeitura Municipal de Araranguá (contratante), para a implementação e manutenção dos Programas anteriormente citados, através dos Médicos, Enfermeiros, Agentes Comunitários de Saúde e outros profissionais da área, todos estes empregados da empresa contratada, são realizados nos locais determinados pelo contratante, quais sejam: os Postos e demais Unidades de Saúde situados no Município de Araranguá, e eventualmente nas próprias residências das pessoas atendidas;*

*- Após a apresentação do Balancete de Prestação de Contas, por parte do Consórcio, onde constam, além de outras informações, os nomes dos profissionais que prestaram serviços à Prefeitura*

*com seus respectivos Salários, os Encargos Sociais e outras despesas, a Prefeitura Municipal de Araranguá transfere para este Consórcio a totalidade dos recursos financeiros despendidos, acrescidos de uma Taxa de Administração;*

*- O Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC (CNPJ nº 01.356.308/0001-37), conforme determina seu Estatuto, no art. 1º "constitui-se sob forma jurídica de Sociedade Civil de Direito Privado, sem fins lucrativos, devendo reger-se pelas normas do Código Civil Brasileiro e pela legislação pertinente, pelo seu Estatuto e pela regulamentação que vier a ser adotada pelos órgãos competentes";*

*(...)*

*- Importante ressaltar a existência, dentro do período objeto da Auditoria Fiscal realizada, de um outro Contrato ou Convênio mantido entre a Prefeitura Municipal de Araranguá e o Consórcio Intermunicipal de Saúde da AMESC e que deve ser totalmente distinguido dos Convênios/Termos de Parceria até agora analisado.*

*- Neste outro Contrato ou Convênio, os moradores do Município de Araranguá que necessitam de serviços na área médica (consultas em diversas especialidades, cateterismo, colocação de gesso, radiografias, ultra-sonografias, tomografias computadorizadas e diversos outros exames e procedimentos), deslocam-se para os consultórios, clínicas e demais estabelecimentos credenciados pelo Consórcio da AMESC e lá então são atendidos.*

*- Mensalmente, anexo à Nota Fiscal emitida pelo Consórcio para pagamento por parte da Prefeitura Municipal, é encaminhado um demonstrativo da utilização dos serviços contratados ou conveniados, juntamente com a relação dos pacientes atendidos.*

*- Para este segundo tipo de Contrato ou Convênio, não houve lançamento de quaisquer valores por parte desta Auditoria Fiscal, considerando que evidentemente, não há, neste caso, o que se falar em "cessão de mão-de-obra", mas que aqui cabe citar para não haver qualquer tipo de confusão futura.*

O Relatório Fiscal, às fls. 160 a 172, destaca também que foram examinados, entre outros, os seguintes documentos: "Escrituração Contábil, através de contas correntes contábeis, empenhos e ordens de pagamentos até 05/2007; Folhas de pagamento de servidores, recibos de rescisões e férias; Fichas Financeiras; Comprovantes de Recolhimento GRPS e GPS; Decretos e Portarias de Nomeação e Termos de Posse; GFIP e Retificações; Recibos e Notas Fiscais Avulsas de Pagamentos a segurados contribuintes individuais; Contratos de Serviços com Cessão de Mão de Obra e Empreitada; Contratos de Serviços de Cooperados intermediados por Cooperativas de Trabalho; Processos de Licitação e Dispensa; e Leis Municipais sobre Regime Previdenciário e Regime Trabalhista dos Servidores.

A ciência da NFLD ocorreu em 07.01.2008, conforme Aviso de Recebimento – AR às fls. 249.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito – DSD, às fls. 77, é de 04/1999 a 05/2007.

A **Recorrente apresentou impugnação tempestiva**, às fls. 252 a 264, com o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 913 a 928, assim descrevendo:

- *Aduziu que, "sob pena de nulidade do procedimento", os co-responsáveis pelo crédito lançado devem ser intimados da presente notificação, com abertura de prazo para impugnação.*

- *Disse que as contribuições sociais previdenciárias estão submetidas ao prazo decadencial de 05 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Dessa forma, entende que as exigências cujos fatos geradores ocorreram 5 anos antes da data da ciência da presente notificação (07/01/2008), ou seja, antes de 07/01/2003, já haviam sido alcançadas pela decadência.*

- *Afirmou que, tendo em vista o princípio da especialidade (lex specialis derogat generali), as empresas enquadradas no SIMPLES não podem sofrer a retenção de 11% instituída pela Lei nº 9.711/1998, porquanto "há inegável 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)".*

- *Salientou que a ilegitimidade da exigência da retenção instituída pela Lei nº 9.711/98 sobre pagamentos efetuados a empresas optantes pelo SIMPLES, diferentemente do apontado pela autoridade lançadora, não se restringe ao período de 01/01/2000 a 31/08/2002.*

- *Asseverou que a exigência da retenção instituída pela Lei nº 9.711/98 sobre pagamentos efetuados a empresas optantes pelo SIMPLES fere o disposto no artigo 146, inciso III, alínea "d", da Constituição Federal.*

- *Alegou que "com a retenção de 11% do faturamento bruto (total da fatura) das empresas optantes pelo SIMPLES, e mais a obrigação dessas empresas em recolher a alíquota unificada de 3% a 7% sobre a sua receita bruta, nos quais está incluída aquela contribuição retida, além da brutal elevação da carga tributária (maior mesmo que aquela suportada por empresas normais A. título de contribuição social a cargo do empregador — apenas 11%), temos uma verdadeira bitributação, eis que não foi criada nova fonte de receita, nem muito menos novo contribuinte, apenas elegeu-se um responsável tributário encarregado de 'abocanhar' tributo em valor superior àquele previsto na lei especial".*

- *Requeru o reconhecimento da incompatibilidade do disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212/91 frente ao disposto na Lei nº 9.317/96, "bem como a prevalência desta sobre aquela, por tratar-se de Lei Especial (princípio da especialidade)", e a conseqüente exclusão das retenções lançadas com base em pagamentos feitos a empresas optantes pelo SIMPLES.*

- *Aduziu que a redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 20, de 11 de janeiro de 2007, ao artigo 184 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, que "foi fruto do contido no Parecer AC 055 da Advocacia Geral da União, aprovado pelo Sr. Presidente da República", "aboliu o instituto da solidariedade do Ente Público, nas hipóteses que mencionou, ou seja, sobre as contribuições previdenciárias devidas pelo construtor ou subempreiteiro, contratados para a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo por empreitada total ou repasse integral do contrato". Dessa forma, entende que deve ser reconhecida a inexistência de solidariedade no recolhimento dos valores lançados que se referem a realização de obras de construção, reforma ou acréscimo, por empreitada total ou repasse integral do contrato.*

- *Disse que todas as exigências lançadas que se referem a serviços prestados pelo Consórcio Intermunicipal de Saúde (CISAMESC), pela Ararastur Transporte e Turismo Ltda. e pela Sinalpavi Sinalização Viária Ltda., devem ser excluídas da presente notificação, sob pena de bitributação, porquanto tais pessoas jurídicas, conforme comprovantes apresentados juntamente com a impugnação, recolheram "ao fisco as importâncias ditas não retidas".*

- *Afirmou que "para que a verdade material sobre os alegados débitos exsurja", todas as demais empresas mencionadas na presente NFLD devem ser notificadas "a fim de que apresentem seus comprovantes de recolhimento das contribuições previdenciárias ora exigidas", ou a própria RFB deverá verificar em seus sistemas informatizados tais recolhimentos.*

- *Asseverou que se a autoridade julgadora entender que não deve tomar medidas para instruir os autos com comprovantes de recolhimento das demais empresas mencionadas na presente NFLD, deverá conceder prazo não inferior a 06 (seis) meses, para que a própria Impugnante traga aos autos tais documentos. Ressaltou que a fixação desse prazo em pelo menos seis meses contempla a igualdade entre as partes, já que a ação fiscal demandou nada mais que sete meses para se concluída.*

**A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente em parte a autuação, nos termos do **Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 913 a 928, observando-se que a **decisão de primeira instância decidiu pela declaração da decadência até a competência 11/2002, inclusive, com fulcro no art. 173, I, CTN**. Ementa a seguir:**

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

**Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2007**

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. EMPREITADA. RETENÇÃO.**

**A empresa contratante de serviços relacionados no §2º, do artigo 219, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, executados mediante cessão de**

*mão-de-obra, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada. Os serviços relacionados nos incisos I a V, do citado parágrafo, também estão sujeitos retenção de 11% quando contratados mediante empreitada.*

**EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. SUJEIÇÃO À RETENÇÃO PREVISTA NO CAPUT DO ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.212/1991.**

*As empresas optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, que prestam serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, apenas deixaram de estar sujeitas à retenção sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, durante o período de 01/01/2000 a 31/08/2002.*

**DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 08.**

*A decadência dos créditos previdenciários é regida pelas disposições contidas no Código Tributário Nacional, conforme determinado pela Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, publicada no DOU de 20/06/2008.*

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

*Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2007*

**PESSOAS FÍSICAS DISCRIMINADAS COMO CO-RESPONSÁVEIS. INTIMAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE.**

*A mera indicação do nome de pessoas físicas ligadas à Notificada (pessoa jurídica) no relatório fiscal, como co-responsáveis, não tem como escopo inclui-las no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim, fornecer subsídios à Procuradoria da Fazenda Nacional, para que esta, caso seja necessário, pleiteie judicialmente o redirecionamento de eventual execução forçada do crédito tributário.*

**ARGÜIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO.**

*As autoridades administrativas estão obrigadas A observância da legislação vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de argüições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte*

**Acórdão**

*Acordam os membros da 5ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em julgar procedente em parte a impugnação, nos termos do relatório e voto do relator, com as ressalvas das julgadoras Leila Simone Monego, Rosane Raquel Compagnoni Lubini e Rosemary Figueroa Augusto, conforme declarações de voto. Com voto de qualidade do presidente da turma de julgamento foram mantidas as exigências contidas no levantamento "R01 — RETENÇÃO CIS AMESC" relativas As competências 12/2002 a 03/2005.*

*Encaminhe-se A unidade de origem.*

*Intime-se o sujeito passivo remetendo, juntamente com cópia deste acórdão, cópia do Discriminativo Analítico do Débito Retificado — DADR de fls. 859 a 912, para efetuar o pagamento do crédito remanescente no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, ressalvado o direito de interpor, no mesmo prazo, recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.*

Inconformada com a decisão “a quo”, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 932 a 934, onde combate o Acórdão, alegando em apertada síntese:

**(i) Nulidade pela ausência de notificação das pessoas físicas arroladas na NFLD como co-responsáveis**

*Entendeu a nobre Quinta Turma de Julgamento que a ausência de notificação das pessoas físicas arroladas como co-responsáveis no relatório fiscal não acarretam a nulidade do procedimento, remetendo tal competência para a Procuradoria da Fazenda Nacional, "caso seja necessário", pleitear judicialmente o redirecionamento de eventual execução forçada do crédito tributário.*

*Ora, tal entendimento enseja a escolha, por parte do Órgão Autuante, no lançamento do débito tributário (NFLD), e faculta A. PFN "redirecionar", sem o devido procedimento administrativo, eventual execução forçada para aqueles co-responsáveis, o que se afigura inadmissível.*

(...)

*O RECORRENTE sente-se prejudicado no seu constitucional direito de ampla defesa, contraditório e ainda ao devido processo legal, com a ausência dos co-responsáveis no procedimento de notificação de débito fiscal.*

*Por só isso, a necessidade da participação dos co-responsáveis na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é medida que se impõe e a sua ausência deve, sim, levar a nulidade do procedimento, qual seja, a lavratura da NFLD ora guerreada.*

**(ii) Contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.**

*A sujeição à retenção prevista no caput do artigo 31 da Lei no 8212/91 infringe os princípios da isonomia e da razoabilidade,*

*na medida em que estabelece uma metodologia, um regime fiscal para empresas optantes pelo simples e, na substituição tributária impõe As mesmas empresas uma retenção, pelo tomador do serviço, proporcionalmente muito superior àquela do regime fiscal ao qual aderiram. E o singelo argumento que tais valores podem ser "compensados" pela empresa optante pelo simples, revela uma inadmissível, ilegal e inconstitucional antecipação de contribuição tributária, antes mesmo do fato gerador ocorrido, sendo confessa tal situação, com a concordância do INSS com a mencionada "compensação".*

**(iii) Cessão de Mão de Obra**

*Mesmo não tendo feito parte dos argumentos da impugnação, mas a matéria foi objeto de insurgência de ofício, nas razões do voto divergente contido na respeitável decisão ora guerreada, a RECORRENTE concorda com o entendimento esposado pela Sra. Rosane Raquel Compagnoni Lubini, para clamar pela improcedência dos lançamentos representados pelos relatórios R1, R3, R5, R7, R8, R11, R14, R16, R18, R25, R26, R31 e R32, baseados nos mesmos argumentos contidos nos presentes autos (declaração de voto de fls. 921 a 928 dos autos do processo administrativo), e que deverão ser objeto de consideração, quando da formação do entendimento do respeitável conselho.*

**(iv) Das alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade.**

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,  
fls. 1492.

É o Relatório.

**Voto**

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

**PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1492.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

**DAS QUESTÕES PRELIMINARES****(a) Alegações de inconstitucionalidade.**

Analisemos.

**Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.**

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

*“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)*

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

**Súmula CARFnº 2:** O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

### **(b) regularidade do lançamento**

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente – ARARANGUA PREFEITURA, contra Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC que julgou procedente em parte a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.046.829-5, fl. 01, no valor consolidado inicial de R\$ 2.808.887,29 retificado para R\$ 1.925.545,11.

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contratação de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada (Retenção 11% de que trata a Lei nº 9.711/98).

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada NFLD nº 37.046.829-5 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

*(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.046.829-5)*

*Lei nº 8.212/91*

*Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.*

*IN MPS/SRP nº 03/2005*

*Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:*

*IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;*

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

*a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);*

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. DSE - Discriminativo Sintético por Estabelecimento;

e. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

f. RDA – Relatório de Documentos Apresentados - este relatório relaciona, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores espontaneamente confessados pelo sujeito passivo e, quando for o caso, por valores que tenham sido objeto de notificação anteriores.

g. DAL - Diferença de Acréscimos Legais

h. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

i. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

j. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

k. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

l. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

m. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

n. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

*“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido*

*o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."*

Analisando-se a NFLD, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a 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.*

### **(c) Da decadência**

Analisemos.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 913 a 928, observando-se que a **decisão de primeira instância decidiu pela declaração da decadência até a competência 11/2002, inclusive, com fulcro no art. 173, I, CTN.**

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

*Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.*

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

*“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*

*§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

*§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*

*§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”*

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

*“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob*

*pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”*

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

*“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; ou***

***II - que fundamente crédito tributário objeto de:***

*a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*

*b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*

*c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”*

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

*“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

*Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (g.n.)”*

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

*“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.*

*§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*

*§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*

*§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (g.n.)”*

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

*“Ementa: ....1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min.Denise Arruda.,ago/08.) (g.n.)*

*“Ementa: ....4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou **há prova de fraude, dolo ou simulação** é que se aplica o disposto*

*no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)*

*“Ementa: .... Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)*

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres<sup>1</sup>, Eduardo Sabbag<sup>2</sup>, Mauro Luís Rocha Lopes<sup>3</sup> e Leandro Paulsen<sup>4</sup>.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, verifica-se que o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, disposto às fls. 135 a 148, apresenta entre as competências 01/1999 a 05/2007 pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal.

Então, aplicando-se o entendimento desta Colenda Turma, no caso de pagamentos realizados pelo contribuinte ao menos em uma competência, com o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência inculpada no art. 150, § 4º, CTN posto que houve

<sup>1</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

<sup>2</sup> SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

<sup>3</sup> LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

<sup>4</sup> PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036. Assinado digitalmente e

Autenticado em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 10/12/2012 por CARLOS AL

BERTO MEES STRINGARI

recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte, além de não se materializar as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela Recorrente, às fls. 249, se deu em 07.01.2008 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 04/1999 a 05/2007.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 12/2002, inclusive.

**(i) Nulidade pela ausência de notificação das pessoas físicas arroladas na NFLD como co-responsáveis**

*Entendeu a nobre Quinta Turma de Julgamento que a ausência de notificação das pessoas físicas arroladas como co-responsáveis no relatório fiscal não acarretam a nulidade do procedimento, remetendo tal competência para a Procuradoria da Fazenda Nacional, "caso seja necessário", pleitear judicialmente o redirecionamento de eventual execução forçada do crédito tributário.*

*Ora, tal entendimento enseja a escolha, por parte do Órgão Autuante, no lançamento do débito tributário (NFLD), e faculta A. PFN "redirecionar", sem o devido procedimento administrativo, eventual execução forçada para aqueles co-responsáveis, o que se afigura inadmissível.*

(...)

*O RECORRENTE sente-se prejudicado no seu constitucional direito de ampla defesa, contraditório e ainda ao devido processo legal, com a ausência dos co-responsáveis no procedimento de notificação de débito fiscal.*

*Por só isso, a necessidade da participação dos co-responsáveis na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito é medida que se impõe e a sua ausência deve, sim, levar a nulidade do procedimento, qual seja, a lavratura da NFLD ora guerreada.*

Analisemos.

Preliminarmente, quanto à aludida exclusão de pessoas do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância

com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal.

O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos.

Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Portanto, não há razão no argumento da Recorrente.

## **NO MÉRITO**

### **(ii) Contratação de empresas optantes pelo SIMPLES.**

*A sujeição à retenção prevista no caput do artigo 31 da Lei no 8212/91 infringe os princípios da isonomia e da razoabilidade, na medida em que estabelece uma metodologia, um regime fiscal para empresas optantes pelo simples e, na substituição tributária impõe As mesmas empresas uma retenção, pelo tomador do serviço, proporcionalmente muito superior àquela do regime fiscal ao qual aderiram. E o singelo argumento que tais valores podem ser "compensados" pela empresa optante pelo simples, revela uma inadmissível, ilegal e inconstitucional antecipação de contribuição tributária, antes mesmo do fato gerador ocorrido, sendo confessa tal situação, com a concordância do INSS com a mencionada "compensação".*

Analisemos.

Neste ponto da não sujeição das empresas prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES à retenção de 11%, confiro razão à Recorrente porque no Superior Tribunal de Justiça – STJ a matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, obrigando a sua reprodução no âmbito do CARF nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno CARF.

Então, no Resp 1142462/RS, de 29.04.2010, o STJ decidiu que empresas prestadoras de serviço optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98:

*REsp 1142462 / RS - Órgão Julgador SEGUNDA TURMA -  
Data do Julgamento: 15/04/2010 - Data da Publicação: DJe  
29/04/2010 – Relator: Ministro CASTRO MEIRA.*

**TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. JULGAMENTO DA MATÉRIA EM RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS REPETITIVOS.**

1. A Primeira Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência 511.001/MG, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJU de 11.04.05, concluiu que as empresas prestadoras de serviço optantes pelo **Simplex** não estão sujeitas à **retenção** do percentual de 11% prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, com redação conferida pela Lei nº 9.711/98.

2. O sistema de arrecadação destinado às empresas optantes pelo **Simplex** é incompatível com o regime de substituição tributária previsto no art. 31 da Lei nº 8.212/91. A **retenção**, pelo tomador de serviços, do percentual de 11% sobre o valor da fatura implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte.

3. A matéria foi submetida ao rito dos recursos repetitivos, de acordo com o artigo 543-C do CPC e com a Resolução 08/08 do STJ, nos autos do recurso especial nº 1.112.467/DF, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki, no qual restou assente o entendimento acima afirmado.

4. Recurso especial não provido

Desta forma, deve-se afastar os levantamentos realizados em empresas prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES em períodos coincidentes com o período objeto da presente NFLD.

Portanto, deve-se afastar a incidência de contribuição previdenciária aos seguintes códigos de levantamento:

**- R03, R04, R05, R11, R17, R18, R20, R23, R24, R25, R26, R31**

**(iii) Cessão de Mão de Obra**

Mesmo não tendo feito parte dos argumentos da impugnação, mas a matéria foi objeto de insurgência de ofício, nas razões do voto divergente contido na respeitável decisão ora guerreada, a RECORRENTE concorda com o entendimento esposado pela Sra. Rosane Raquel Compagnoni Lubini, para clamar pela improcedência dos lançamentos representados pelos relatórios R1, R3, R5, R7, R8, R11, R14, R16, R18, R25, R26, R31 e R32, baseados nos mesmos argumentos contidos nos presentes autos (declaração de voto de fls. 921 a 928 dos autos do processo

administrativo), e que deverão ser objeto de consideração, quando da formação do entendimento do respeitável conselho.

Analisemos.

(a) Em relação aos códigos de levantamento R3, R5, R7, R8, R11, R14, R16, R18, R25, R26, R31 e R32.

A questão da cessão de mão-de-obra, na decisão de primeira instância veiculada no Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 913 a 928, houve uma Declaração de Voto, às fls. 921 a 928, da julgadora Rosane Raquel Compagnoni Lubini para clamar pela improcedência dos lançamentos representados pelos relatórios R3, R5, R7, R8, R11, R14, R16, R18, R25, R26, R31 e R32.

Em que pese o posicionamento vencido da Declaração de Voto no Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, anote-se que a matéria atinente à caracterização da cessão de mão-de-obra não foi impugnada pelo contribuinte, às fls. 252 a 264, conforme inclusive reconhece em sede de Recurso Voluntário às fls. 932 a 934:

*“Mesmo não tendo feito parte dos argumentos da impugnação, mas a matéria foi objeto de insurgência de ofício, nas razões do voto divergente contido na respeitável decisão ora guerreada, a RECORRENTE concorda com ...”*

Ou seja, nos termos do art. 17, Decreto 70.235/1972, considera-se então como não impugnada pelo sujeito passivo a matéria atinente à caracterização da cessão de mão-de-obra:

*Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(b) Em relação ao código de levantamento R1.

A questão da formação de consórcios e convênios entre entes da Administração Pública foi veiculada em um posicionamento vencido da Declaração de Voto, às fls. 921 a 928, da julgadora Rosane Raquel Compagnoni Lubini no corpo da decisão de primeira instância veiculada no Acórdão nº 07-18.082 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 913 a 928.

Outrossim, tal posicionamento vencido da Declaração de Voto, às fls. 921 a 928, da julgadora Rosane Raquel Compagnoni Lubini não foi utilizado pelo contribuinte, às fls. 252 a 264, em sede de Impugnação, conforme inclusive reconhece em sede de Recurso Voluntário às fls. 932 a 934:

*“Mesmo não tendo feito parte dos argumentos da impugnação, mas a matéria foi objeto de insurgência de ofício, nas razões do voto divergente contido na respeitável decisão ora guerreada, a RECORRENTE concorda com o entendimento esposado pela*

Sra. Rosane Raquel Compagnoni Lubini, para clamar pela improcedência dos lançamentos representados pelos relatórios RI, ...”

Ou seja, nos termos do art. 17, Decreto 70.235/1972, considera-se então como não impugnada pelo sujeito passivo tal posicionamento pessoal da julgadora Rosane Raquel Compagnoni Lubini:

*Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

### **MULTA DE MORA**

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*a) quando deixe de defini-lo como infração;*

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

**Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma,** na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

### **CONCLUSÃO**

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, NAS PRELIMINARES, reconhecer a decadência até a competência 12/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN e **NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para: (i)** ser afastado da incidência da contribuição previdenciária os códigos de levantamento **R03, R04, R05, R11, R17, R18, R20, R23, R24, R25, R26, R31; (ii)** que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro