



Processo nº 13971.002147/2008-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-007.101 – 2^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 5 de agosto de 2020
Recorrente RECICLE CATARINENSE DE RESIDUOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/06/2007

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 236/258), com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal —, interposto pelo recorrente, devidamente qualificado nos fólios processuais, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 222/229), proferida em sessão de 22/05/2009, consubstanciada no Acórdão n.º 07-16.097, da 6.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC (DRJ/FNS), que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte à impugnação (e-fls. 108/126), cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2003 a 30/06/2007

Auto de Infração n.º 37.153.816-5, de 10/08/2008

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DECADÊNCIA

O prazo para a autoridade fiscal constituir o crédito tributário é de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, caso houver pagamento, ou, na ausência deste, do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.

OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES

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, exceto quanto ao período de 10 de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.

RETENÇÃO DAS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. INOCORRÊNCIA DE BITRIBUTAÇÃO.

Não se caracteriza bitributação a retenção de 11% sobre serviços prestados por pessoas jurídicas enquadradas no Simples, em função de os valores retidos poderem ser compensados com suas contribuições devidas ou restituídas, na forma da legislação.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

Este órgão judicante não é competente para apreciar alegações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por ser de competência exclusiva do poder judiciário.

BASE DE CÁLCULO DA RETENÇÃO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS E EQUIPAMENTOS. NECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO NAS NOTAS FISCAIS, FATURAS OU RECIBOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

Para se beneficiar da redução dos valores dos materiais e equipamentos utilizados na prestação de serviços na base de cálculo da retenção, é preciso que estes estejam discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo correspondente.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. CARACTERIZAÇÃO.

É considerado cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante de segurados, em suas dependências ou nos locais por ele indicados, para realizarem serviços contínuos.

Lançamento Procedente em Parte

Do lançamento fiscal

O lançamento, em sua essência e circunstância, para o período de apuração em referência, com auto de infração, DEBCAD 37.153.816-5, juntamente com as peças integrativas (e-fls. 3/50) e respectivo Relatório Fiscal juntado ao processo eletrônico (e-fls. 58/64), tendo o contribuinte sido notificado em 05/06/2008 (e-fl. 56), foi bem delineado e sumariado no relatório do acórdão objeto da irresignação, pelo que passo a adotá-lo:

Trata-se de auto de infração lançado contra a empresa em epígrafe, no valor de R\$ 104.019,34, referente ao período de 03/2003 a 06/2007, destinado a constituir as contribuições previdenciárias a cargo do segurado e da empresa e as contribuições

sociais destinadas a terceiros (outras entidades e fundos), incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e segurados contribuintes individuais, e os valores não retidos de notas fiscais/faturas de prestação de serviço. É de se assinalar, ainda, que na parcela da empresa sobre as remunerações dos segurados empregados está incluída a cota destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

Os valores lançados foram agrupadas em dois levantamentos: "FP – Folha de Pagamento" e "RT – Retenção 11% Comercial JR Ltda".

Da Impugnação ao lançamento, instauração do contencioso tributário

A impugnação, que instaurou o contencioso administrativo fiscal, dando início e delimitando os contornos da lide, foi apresentada pelo recorrente. Em suma, controverteu-se na forma apresentada nas razões de inconformismo, conforme bem relatado na decisão vergastada, pelo que peço vênia para reproduzir:

A notificada, regularmente cientificada do lançamento do tributo em 05/06/2008 (fl. 01), apresentou o instrumento de impugnação (fls. 53 a 62), por meio do qual apresenta as seguintes razões:

Segundo a impugnante, o débito relativo ao levantamento FP foi integralmente recolhido. A fim de comprovar o alegado, conduz aos autos guias de pagamento (fls. 74 a 83).

No que se refere ao levantamento RT, sustenta que a empresa contratada, Comercial JR Ltda. ME, é optante pelo sistema de tributação Simples, em função disso não está sujeita à retenção de 11%, uma vez que recolhe de forma unificada seus tributos, dentre os quais os previstos no artigo 22, da Lei n.º 8.212/91.

Nesse contexto, argumenta, ainda, que a retenção e o recolhimento antecipado apresentam-se incompatíveis com a sistemática do Simples, que, por ser lei especial, deve prevalecer em face da norma geral. Ademais, assegura que sua exigência representaria bitributação, pelo fato de as empresas enquadradas nesse regime não terem resguardado o direito à compensação dos valores retidos, tendo em vista o benefício do recolhimento unificado. Neste sentido, colacionou decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Referindo-se ainda a este ponto defendido, aduz que este órgão judicante possui sim competência para analisar questões relacionadas à constitucionalidade/legalidade de eventuais atos normativos, assegurando que o próprio STJ já decidiu que o Poder Executivo deve negar execução de ato normativo que lhe pareça inconstitucional.

Reclama também que a retenção não poderia se dar com base no valor total das notas fiscais, pois nelas estão inclusas as quantias referentes à utilização de máquinas e equipamentos, que são inerentes à prestação, pelo que devem ser excluídas do cálculo. Logo, a apuração do montante devido não apresenta o valor correto, o que viciou o lançamento, de sorte que não resta outra solução senão o integral cancelamento do auto de infração combatido.

Diligência fiscal

Antes do julgamento pela primeira instância determinou-se diligência fiscal, sendo o procedimento bem relatado pela DRJ, nestes termos:

Em virtude de não ter sido caracterizada a prestação mediante cessão de mão-de-obra dos serviços de coleta e reciclagem de lixo e resíduos, condição necessária para que seja exigida a retenção de 11%, foi baixado o processo em diligência fiscal para que a auditoria se manifestasse quanto as razões que a levaram a considerá-los como executadas de tal forma.

Em resposta (fls. 99 e 100), o agente fiscal informou que a Comercial JR Ltda. ME coloca segurados à disposição para coleta de resíduos domiciliares no Município de

Penha/SC e, também, podendo ser estendido a outros municípios (cláusula primeira); que a prestação ocorre no Município de Penha/SC em locais de origem e de destino indicados pela contratante (cláusula primeira e item "h" da cláusula terceira); e que o contrato não estipula prazo para término, ou seja, não tem feição eventual, sendo, pela essência do serviço (coleta de resíduos domiciliares), executado de forma continua e sistemática.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal e apresentou manifestação às fls. 104 e 105, por meio da qual se limita a expor que a autoridade notificante trouxe argumentos escassos que deixam de fundamentar adequadamente o lançamento, de sorte que o lançamento deve ser cancelado.

Por outro lado, insiste na alegação de que a retenção não é necessária, em função de que a empresa prestadora é optante pelo Simples.

Do Acórdão de Impugnação

A tese de defesa foi acolhida em parte pela DRJ, primeira instância do contencioso tributário. Na decisão *a quo* foi pontuado que.

Ao final, consignou que julgava procedente em parte o lançamento, cancelando os valores relativos às competências 03/2003 e 06/2003, em virtude de se encontrarem decaídos à época do lançamento. Consignou-se, outrossim, a necessidade de se observar (caso não tenha ainda sido feito) os pagamentos constantes às folhas 74 a 83, efetuados após a lavratura do auto de infração e que o valor consolidado em reais, em 05/06/2008, foi alterado para R\$ 98.668,13, de acordo com o Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR (fls. 107 a 109), conforme demonstrado a seguir:

	Valor atualizado	Multa	juros	Total consolidado
NFLD – Valor anterior	73.981,22	11.097,17	18.940,55	104.019,34
NFLD – Valor retificado	72.308,18	8.676,96	17.682,99	98.668,13

Do Recurso Voluntário e encaminhamento ao CARF

No recurso voluntário o sujeito passivo, reiterando termos da impugnação, postula a reforma da decisão de primeira instância, a fim de cancelar o lançamento ou, quando menos, para reduzi-lo em 50%.

Na peça recursal aborda os seguintes capítulos para devolução da matéria ao CARF: **a)** A Empresa Prestadora de Serviços está enquadrada no SIMPLES – Desnecessidade de retenção; **b)** Parte da “Dívida” é indevida – Nulidade por iliquidez e incerteza – Nas notas fiscais/faturas há valores relativos a materiais/máquinas/equipamentos – Verdade Material; e **c)** Na pior das hipóteses, a base de retenção deve ser 50% do valor das notas fiscais/faturas.

O recurso traz, ainda, capítulo para esclarecer que “Os Valores Relativos ao Levantamento FP Foram Pagos” e, desta forma, a controvérsia é apenas no lançamento relativo a retenções de empresa do SIMPLES e correlata base de cálculo da retenção, se mantida a exação.

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído por sorteio público para este relator.

Para os fins da Portaria CARF n.º 17.296, de 17 de julho de 2020, que regula a realização de reunião de julgamento não presencial, publicada no DOU de 29/04/2020, registro que constava no e-Processo, na data de indicação destes autos para pauta, valor cadastrado inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), enquadrando-se na modalidade de julgamento não presencial.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator.

Admissibilidade

O Recurso Voluntário atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos, relativos ao direito de recorrer, e extrínsecos, relativos ao exercício deste direito, sendo caso de conhecê-lo.

Especialmente, quanto aos pressupostos extrínsecos, observo que o recurso se apresenta tempestivo (notificação em 10/06/2009, e-fl. 232, protocolo recursal em 06/07/2009, e-fl. 236, e despacho de encaminhamento, e-fl. 262), tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal, bem como resta adequada a representação processual, inclusive contando com advogado regularmente habilitado, de toda sorte, anoto que, conforme a Súmula CARF n.º 110, no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo, sendo a intimação destinada ao contribuinte.

Por conseguinte, conheço do recurso voluntário.

Mérito

Como delineado em linhas pretéritas, a controvérsia remanescente é relativa ao levantamento "*RT – Retenção 11% Comercial JR Ltda*", período 07/2003 a 06/2007 (o período 03/2003 a 06/2003 foi afastado pela DRJ ao declarar a decadência).

Lado outro, o levantamento "*FP – Folha de Pagamento*" não é controvertido no recurso voluntário e consta informação do contribuinte e da DRJ de que já teria sido regularizado por meio de recolhimento conforme comprovantes nos autos, de modo que a unidade de origem poderá, por ocasião da liquidação do julgado, confirmar a extinção do crédito tributário do levantamento em comento ("*FP – Folha de Pagamento*").

Pois bem. O embate em curso é concernente ao 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 (Comercial JR Ltda) 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. Adicionalmente, se este lançamento for procedente, a recorrente pretende discutir a base de cálculo da retenção, pois nas notas fiscais/faturas há dentro do montante do documento valores embutidos de materiais/máquinas/equipamentos.

Registro que outrora, 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), todavia o período aqui em vergasta é 07/2003 a 06/2007 (03/2003 a 06/2003 decaiu).

Pois bem. Ainda assim, assiste razão a recorrente, de modo que deve ser cancelado o lançamento do levantamento "RT – Retenção 11% Comercial JR Ltda". Explico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve a 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, a razão está com a 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 transcrevo 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 1^a 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)

Aliás, 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)

Somado a este contexto, a PGFN autorizou no Ato Declaratório n.º 10, de 2011, a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, nestes termos:

“nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora e 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- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Vê-se que o Ato Declaratório n.º 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 são 07/2003 a 06/2007 (03/2003 a 06/2003 decaiu).

Sendo assim, com razão o recorrente.

Conclusão quanto ao Recurso Voluntário

De livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, em resumo, conheço do recurso, destacando que a controvérsia é apenas do levantamento "RT – Retenção 11% Comercial JR Ltda", não havendo debate neste recurso no que se refere ao levantamento "FP – Folha de Pagamento", competindo a unidade de origem atestar a quitação e extinção do crédito tributário deste levantamento não controvertido, e, no mérito dou-lhe provimento para cancelar o lançamento do levantamento "RT – Retenção 11 Coml. JR Ltda". Alfim, finalizo em sintético dispositivo.

Dispositivo

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso.

É como Voto.

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros