



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

Processo nº 18050.003155/2008-33
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.277 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2018
Matéria RETENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE PRESTADORES DE SERVIÇOS
Recorrente TELENTE TELECOMUNICAÇÕES E ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 31/07/2000 a 31/12/2005

RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. DECLARAÇÃO DE INATIVIDADE. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Aplica-se o Parecer PGFN/CRJ nº 2.122, de 2011, às empresas tomadoras de serviços de empresas optantes pelo Simples. A declaração de inatividade, quando há, nos autos, prova da prestação de serviço, não é suficiente para descaracterizar a empresa optante. Descabe a responsabilidade pela retenção, nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 2.122, de 2011, se a empresa prestadora de serviços for excluída do Simples com efeito retroativo.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA. APLICAÇÃO LEI Nº 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009.

Aplica-se a legislação inovadora quando mais benéfica ao sujeito passivo. A comparação das multas previstas na legislação, para efeito de aferição da mais benéfica, leva em conta a natureza da exação, e não a sua nomenclatura. Em se tratando de lançamento de ofício por descumprimento de obrigação principal, a aplicação da multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, deve retroagir para beneficiar o contribuinte se resultar menor do que a multa prevista na redação anterior do art. 35 da mesma lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior - Presidente.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrea Brose Adolfo, Alexandre Evaristo Pinto, João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Antonio Sávio Nastureles, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato, e João Bellini Junior (Presidente).

Relatório

Trata-se de lançamento de ofício de contribuições previdenciárias, compreendidas no período de 07/2000 a 12/2005, incidentes sobre o valor bruto dos serviços executados por cessão de mão-de-obra ou empreitada, sobre o qual, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a empresa deveria reter 11%. O lançamento está consubstanciado na NFLD nº 35.943.572-6, cuja ciência se deu em 04/08/2006 (e-fl. 2).

Constituído o crédito tributário com base em notas fiscais e registros contábeis, conforme consta do relatório fiscal (e-fls. 214 a 217), a Recorrente apresentou impugnação parcial (e-fls. 389 a 408) que foi julgada procedente em parte, nos termos do Acórdão DRJ/Salvador nº 15-29.779 (e-fls. 1512 a 1522).

Inconformada com o crédito tributário remanescente, a Recorrente apresentou recurso voluntário (e-fls. 1527 a 1538) em que pleiteou que a decisão recorrida fosse reformada para:

a) excluir do lançamento todas as notas fiscais emitidas por empresas optantes pelo SIMPLES, independentemente de POSTERIOR declaração de inatividade ou exclusão com efeitos retroativos;

b) reduzir, imediatamente a multa de mora para o percentual de 0,33% por dia de atraso, limitado a 20% do valor do débito, conforme prevê a nova redação do art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91.

(Todos os destaques são do original.)

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital - Relator.

O recurso é tempestivo.

Embora o apelo tenha trazido matéria não impugnada, concernente à aplicação retroativa da legislação mais benéfica para o cálculo da multa, deve-se ressaltar que a inovação legislativa que suscitou a discussão ocorreu após a apresentação da impugnação. A propósito, o acórdão recorrido manifestou-se, de ofício, sobre a matéria. Por essas razões, conheço do recurso em sua plenitude, admitindo na lide também a discussão acerca da multa.

1 Retenção da contribuição de empresas que se declararam inativas ou que foram excluídas do Simples

A decisão recorrida excluiu do lançamento os valores referentes a retenções relativas às prestadoras de serviços optantes pelo Simples, nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 2.122, de 10 de novembro de 2011, que foi aprovado pelo Ministro da Fazenda e possui, portanto, caráter vinculante. Todavia, manteve o lançamento para os casos em que a prestadora de serviço declarara-se inativa ou que havia sido excluída do Simples, com efeitos retroativos.

A Recorrente alega que, quando da contratação do serviço, não poderia saber se a empresa, que comprovara sua opção pelo Simples, viria a se declarar inativa naquele período. Tampouco poderia inferir que, posteriormente, a prestadora de serviços poderia vir a ser desenquadrada do regime, com efeitos retroativos.

Entendo que assiste razão à Recorrente.

A decisão aplicou, corretamente, o teor do Parecer PGFN/CRJ nº 2.122, de 2011, que reconheceu a pacífica jurisprudência sobre a matéria, que culminou com a edição da Súmula STJ nº 425. Referido parecer admitiu que as decisões judiciais penderam para a tese de incompatibilidade entre o regime de retenção da contribuição previdenciária com o sistema de recolhimento unificado do Simples:

Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que as empresas optantes pelo SIMPLES não estão sujeitas à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre a fatura de serviços, uma vez que o sistema de arrecadação destinado às microempresas e empresas de pequeno porte não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91. Isso porque a retenção, pelo toma dor de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/91 e no percentual de 11%, implicaria supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. Ademais, aplicar-se-ia o princípio da especialidade, visto que haveria 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.

Não há, pois, qualquer controvérsia quanto a impossibilidade de se exigir a retenção prevista no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, quando a prestadora de serviço é optante pelo Simples. A Autoridade Julgadora de primeira instância administrativa, diligentemente, consultou os sistemas internos do Fisco a fim de se certificar da opção pelo Simples das

empresas enumeradas na impugnação (e-fl. 1518) para, então, proceder à exclusão dos valores correspondentes:

Neste diapasão, foram excluídos do presente crédito os lançamentos referentes às empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES. A pesquisa da opção foi procedida nos sistemas informatizados da RFB (bases CNPJ e SIVEX) e os extratos não serão anexados aos autos em função do sigilo fiscal.

Observe-se que a decisão *a quo* excluiu do lançamento os valores pagos a empresas inscritas no Simples. Entretanto, foram identificadas empresas optantes pelo Simples, mas que apresentaram declaração de inativas no período a que se refere os autos, bem como empresas que foram excluídas daquele regime tributário.

Em relação às empresas que se declararam inativas, mas cuja opção pelo Simples constava dos registros quando da consulta realizada pela relatora do acórdão *a quo*, tem razão a Recorrente ao alegar que não pode responsabilizada pelo teor das declarações daquelas empresas. A propósito, a Recorrente fez, na impugnação, prova dos serviços prestados, mediante a juntada de notas fiscais de prestação de serviços das contratadas Diamante Negro Com. Ser. e Pecuária Ltda. (e-fls. 524 a 527), Light Construções Elétricas e Manutenção Ltda. (e-fls. 438 a 517), MCF Pereira Telecom. e Construções ME (e-fls. 424 e 425) e Telesantos Serviços de Telecomunicações e Elet. Ltda. (e-fls. 545 e 546).

Diante desses elementos, não se poderia admitir por verdadeiras as declarações de inatividade das empresas, pois entendo que elas não têm o condão de ilidir os documentos fiscais apresentados pela Recorrente. Por conseguinte, deve-se aplicar, nos levantamentos DN1, LH1, MCF e TS1, o que dispõe o Parecer PGFN/CRJ nº 2122, de 2011, excluindo-se do lançamento os respectivos valores.

Quanto às empresas excluídas do Simples, o acórdão *a quo* limitou-se a informar que os efeitos da exclusão se deram a partir de 01/01/2002, sem, todavia, juntar cópia dos respectivos atos declaratórios que comprovariam a exclusão retroativa, escudado no sigilo fiscal. Ora, o ato declaratório de exclusão do Simples não é um documento público, de conhecimento geral, mas um ato administrativo restrito, protegido por sigilo fiscal e que é emitido pela Administração Tributária e encaminhado diretamente à empresa excluída, que dele poderá recorrer nos termos da legislação própria. Assim, tem todo o sentido a questão trazida pela Recorrente: como ela poderia saber que determinada empresa, contratada por ela para prestar serviços e que tenha comprovado sua regular inscrição no Simples, viria, futuramente, ser dele excluída? Desse modo, entendo que também se deve aplicar, nos levantamentos INO, TNT e AUD, respectivamente relativos às empresas Inovação Projetos de Telecomunicações Ltda., Telenat Ltda. e Altel Engenharia de Telecomunicações Ltda. o que dispõe o Parecer PGFN/CRJ nº 2122, de 2011, excluindo-se do lançamento os valores pertinentes.

Dou, pois, provimento ao recurso voluntário na matéria.

Conclusão

Pelo exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator

Processo nº 18050.003155/2008-33
Acórdão n.º **2301-005.277**

S2-C3T1
Fl. 1.550
