



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

Processo n° 35301.007180/2006-44
Recurso n° 000.001 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.699 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

PREVIDENCIÁRIO. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. NÃO INCIDÊNCIA DE 11% PARA OS SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS DO SIMPLES.

A empresa que contrata um serviço contínuo, que fica a sua disposição e se encontra previsto na lista constante no art. 219 § 2º do Decreto n. 3.048/99, deve reter 11% do valor da nota fiscal ou fatura, a título de Contribuição Previdenciária.

Não incide Contribuição Previdenciária de 11% em relação à cessão de mão-de-obra, quando a empresa contratada pertencer ao SIMPLES.

MULTA.

Recálculo da multa para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos rejeitar a preliminar acerca do MPF. No Mérito, considerar inexistente os valores das notas fiscais dos serviços prestados pelas empresas Gianto Serviços de Leituras Ltda – ME., JM Prestadora de Serviços Ltda., Tavares & Andrade Guarujá Ltda – ME, Tecnicopias Reproduções Técnicas Ltda., Transveloz, por ser optante do simples à época dos fatos geradores, bem como, por maioria de votos determinar o recálculo da multa, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Fez sustentação oral a advogada da recorrente Dra. Vivian Casanova de Carvalho Eskenazi 128556/OAB/RJ.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

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

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD 35.804.507-0, consolidada em 02/06/2005, cuja notificação ocorreu em 07/07/2005 (fl. 2), lavrado em face da XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, no valor de R\$ 163.555,51 (cento e cinquenta e três mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), em relação ao período compreendido entre: 02/1999 a 12/2002.

A autuação se deu por ter, segundo a fiscalização, deixado o contribuinte de recolher 11% do valor bruto da nota fiscal, na condição de empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra e empreitada, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91.

Segundo o relatório fiscal (fls. 74/92), o débito apurado após a verificação por meio dos registros contábeis e com a descrição dos serviços executados nos contratos firmados entre a empresa objeto de fiscalização e empresa prestadoras de serviço, na forma abaixo, *in verbis*:

“AM SERVIÇOS LTDA (Levantamento AM)

CLÁUSULA PRIMEIRA

O presente contrato tem por objeto a prestação, por parte da CONTRATADA à CONTRATANTE dos seguintes serviços: leitura de máquinas normais e especiais locadas pela contratante em poder dos seus usuários na cidade de Natal – RN; entrega de faturas normais e especiais na cidade de Natal; e digitação de cartões de leitura, em equipamentos da CONTRATANTE, de todo o estado do Rio Grande do Norte.

CARGOMAX CONSULTORIA E PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES LTDA – (Levantamento CGX)

CLAUSULA I

O objeto deste contrato é a prestação de serviço pela CONTRATADA de:

A-) Leitura de Equipamento

Os serviços a serem prestados consistirão de leitura dos medidores dos equipamentos da CONTRATANTE, instalados em cliente da mesma, bem como do preenchimento dos cartões de leitura com as respectivas assinaturas dos clientes e dos leituristas no ato da medição, sendo que estes equipamentos encontram-se instalados em localidades dentro do estado de Minas Gerais.

B-) Entrega de Faturas

Os serviços prestados consistirão na entrega de faturas emitidas pela CONTRATANTE contra seus clientes na cidade de Belo Horizonte – MG e/ou cidades vizinhas num raio de até 50 KM.

COPY DATA ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA
(Levantamento CPD)

CLÁUSULA PRIMEIRA:

A CONTRATADA se compromete a executar serviços de leitura nos equipamentos de propriedade da CONTRATANTE, e em poder de seus clientes nas localidades pertencentes à jurisdição da Filial desta em Campinas, SP, e que desde já, a CONTRATADA declara conhecer.

COMPRASSE COBRANÇA E SERVIÇO LTDA
(LEVANTAMENTO CPS)

Não apresentado. Registro contábeis na conta Serviços de Terceiros.

GIANTO COBRANÇAS E SERVIÇOS LTDA (Levantamento GIA)

CLÁUSULA PRIMEIRA:

A CONTRATADA se compromete a executar serviços de leitura nos equipamentos de propriedade da CONTRATANTE, e em poder de seus clientes nas localidades pertencentes à jurisdição da Filial desta em Ribeirão Preto, SP, e que desde já, a CONTRATADA declara conhecer.

HELIO DOS REIS SILVA (Levantamento HLR)

Não apresentado. Registros contábeis na conta Leitura de Máquinas.

JM PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA (Levantamento JM)

1. O presente contrato tem como objeto a prestação de serviços, a serem executados pela CONTRATADA, de leitura de medidores de cópias de equipamento XEROX, de propriedade da XEROX INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, locados e em poder de seus clientes, bem como entrega de documentos a clientes XEROX indicados pela contratante e digitações de cartão de leitura.

TAVARES E ANDRADE GUARUJÁ LTDA (Levantamento TAV)

1 – DO OBJETO

O presente contrato tem por objeto o fornecimento pela CONTRATADA à XEROX, dos serviços de leitura nos equipamentos indicados pela XEROX, instalados e em poder dos clientes desta, dentro da Região de São Paulo/SP, tal como descrita e caracterizada no ANEXO III, parte integrante deste, sem exclusividade, e que, desde já a CONTRATADA declara ter total ciência.

TECNICÓPIAS REPRODUÇÕES TÉCNICÓPIAS LTDA
(Levantamento TEC)**CLÁUSULA PRIMEIRA:**

A CONTRATADA se compromete a executar serviços de leitura nos equipamentos de propriedade da CONTRATANTE, e em poder de seus clientes, bem como executar serviços de entregas de faturas, nas localidades pertencentes à jurisdição da Filial Curitiba, e que desde já, a CONTRATADA declara conhecer.

TRANSVELOZ SERVIÇOS DE LEITURA MÁQUINAS
COPIADORAS LTDA (Levantamento TVZ)**CLAUSULA PRIMEIRA:**

A CONTRATADA se compromete a executar serviços de leitura nos equipamentos de propriedade da CONTRATANTE, e em poder de seus clientes, nas localidades pertencentes à jurisdição da Filial Londrina, e que desde já, a CONTRATADA declara conhecer.”

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a empresa contestou o presente Auto de Infração por meio do instrumento de fls. 105/137.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

A Auditora-Fiscal, ao analisar a prova documental apresentada e os argumentos de fato relativos a erro na base de cálculo das contribuições realizou diligência fiscal (fls. 217 e ss) para apresentação dos documentos não apresentadores durante a auditoria fiscal (notas fiscais e GPS referente à retenção dos 11%).

O AFPS atendeu a diligência por meio da petição de fls. 240/242, *in verbis*:

“1. As GPS relacionadas no item 103 da presente impugnação e apresentadas doe 13 fls 179 A 182, relativas a empresa Hélio dos Reis da Silva serão consideradas por esta fiscalização vide nova planilha demonstrativa anexa e seus valores serão excluídos com emissão de FORCED de exclusão, exceto a GPS 09/99 que não foi encontrada nos registros contábeis na conta INSS Terceiros.

3. No item 107 há a alegação de que as empresas Cargomax Consultoria e Planejamento de Transportes Ltda, Gianto Serviços de Leitura Ltda ME, JM Prestadora de Serviços Ltda, Tavares e Andrade Guarujá Ltda ME, Tecnicópias Reproduções Técnicas Ltda e Transvelox Serviços de Leitura Máquinas Copiadoras Ltda são optantes pelo simples (vide doe 14 fls. 184 a 188). Consultamos o sistema CONSIMPLES da Secretaria da Receita Federal e confirmamos que são optantes exceto a empresa Cargomax Consultoria e Planejamento de Transportes Ltda que não é optante. Portanto excluímos as competências

01/00 a 08/02, considerando o artigo 151 § único da IN 100/03, anexamos novas planilhas demonstrativas e FORCED de exclusão.

4. Nas notas Fiscais apresentadas da empresa Cargomax Consultoria e Planejamento de Transportes Ltda, não há discriminados valores relativos a fornecimento de materiais e ou equipamentos, não cabendo assim dedução da base para retenção conforme determinado no item 18 da OS 209/99 e § 2º do artigo 106 da IN 71/02.”

DAS DECISÕES E SUAS REFORMAS

Após analisar os argumentos da Recorrente, a Delegacia da Receita Previdenciária do Rio de Janeiro - Centro, prolatou Decisão-Notificação de fls. 269/279, mantendo procedente em parte o lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *in verbis*:

MPF. VALIDADE DO LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. EXIGIBILIDADE DA RETENÇÃO DA LEI 9.711/98. PROVA. PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A intimação da prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal em data diversa da emissão do MPF Complementar não acarreta a nulidade do lançamento.

As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao prazo decadencial previsto no art. 45 da Lei 8.212/91.

A empresa contratante deverá reter 11%(onze por cento) sobre o valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo, e recolher a importância retida em nome da empresa contratada até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

Cabe a autoridade rever seus atos quando apreciado fato não provado por ocasião da lavratura do débito.

Indefere-se o pedido de perícia quando este se mostra prescindível.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE

Para melhor elucidar a extensão da parcial procedência transcreve-se o dispositivo da decisão acima ementada e devidamente homologada pela Delegada da Receita Previdenciária RJ Centro, em 30 de novembro de 2005, *in verbis*:

“Isto posto, e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

JULGO procedente em parte o presente lançamento fiscal, e

DECIDO:

a) Acatar parcialmente as alegações suscitadas na Impugnação;

b) Indeferir o pedido de perícia;

c) Declarar o contribuinte devedor à Seguridade Social do crédito previdenciário de R\$ 127.024,50 (Cento e vinte e sete mil, vinte e quatro reais e cinquenta centavos), conforme Discriminativo Analítico do Débito Retificado – DADR anexo;

d) Determinar a lavratura de nova NFLD/IFD complementar, referente às diferenças apuradas por ocasião da diligência, constantes no item 5 da informação fiscal de fls. 223-225;

e) Recorrer de ofício desta Decisão-Notificação à Sra. Delegada da Receita Federal do Brasil – Previdenciária RJ – Centro.”

Porém, de se observar que a decisão foi anulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em 2009, Acórdão 206-00.772 — 4ª Câmara / 1 Turma Ordinária, em razão da não cientificação do contribuinte acerca de diligências efetuadas, acarretando cerceamento de defesa, *in verbis*:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/07/1999, 01/09/1999 a 31/12/2002

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO.
CERCEAMENTO DE DEFESA.**

1. No presente caso não foram observados os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa.

2. Cerceamento de defesa por violação ao artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal de 1988.

3. Nulidade da Decisão-Notificação.

4. Necessidade de manifestação do contribuinte quanto ao contido no resultado da diligência de fls. 223/225.

Processo Anulado.”

DA DECISÃO FINAL DA DRJ

Após o julgamento por este conselho, a DRJ – Rio de Janeiro I, prolatou o acórdão 12-43.120 – 10ª Turma, fl. 556/567 com o seguinte teor, *in verbis*:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

**DECADÊNCIA PARCIAL. LANÇAMENTO POR
HOMOLOGAÇÃO.**

O direito de a Seguridade e Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

RETENÇÃO. EXIGIBILIDADE.

A empresa contratante deverá reter 11%(onze por cento) sobre o valor bruto dos serviços contidos em nota fiscal, fatura ou recibo, e recolher a importância retida em nome da empresa contratada até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, fatura ou recibo.

REVISÃO DO LANÇAMENTO.

Cabe a autoridade rever seus atos quando apreciado fato não provado por ocasião da lavratura do débito.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia quando este se mostra prescindível.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário de fls. 572/607, requerendo a reforma do Acórdão, com os seguintes argumentos, após resumir os fatos, em suma:

Preliminarmente

- A nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal que originou a notificação fiscal de débito, haja vista que, conforme determina a legislação pertinente, a prorrogação dos MPF'S se verifica apenas quando da cientificação da Recorrente, de modo que tendo havido tal cientificação após o decurso do previsto no MPF, ocorreu a sua extinção.

Mérito

- A autoridade administrativa não pode exigir o pagamento do que supostamente a Recorrente não teria retido, sem a verificação se os prestadores de serviços recolheram a contribuição por eles devida sobre a folha de salário. Assim, esta contribuição está sendo indevidamente exigida, ocasionando enriquecimento sem causa da Fazenda Pública;

- Os valores pagos a título de fornecimento de material pela prestadora de serviço não devem compor a base de cálculo da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária;

- Inexigibilidade da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária, por ser a empresa optante pelo Simples conforme entendimento manifestado pelo STJ, em sede de Recurso Repetitivo, o qual deve ser aplicado por este Conselho, em razão do disposto no art. 62-A do seu Regimento Interno, devendo ser excluídos também os valores lançados relativos às competências de fevereiro a novembro de 1999 e dezembro de 2000 a dezembro de 2002, e fevereiro a novembro de 1999 e setembro a dezembro de 2002, respectivamente, sobre os pagamentos feitos às empresas Gianto Serviços de Leitura Ltda. ME, JM Prestadora de Serviços Ltda., Tavares e Andrade Guarujá Ltda. ME, Tecnicópias Reproduções Técnicas Ltda. E Transvelox Serviços de Leitura de Maquinas Copiadoras Ltda., optantes pelo Simples;

Processo nº 35301.007180/2006-44
Acórdão n.º **2403-001.699**

S2-C4T3
Fl. 6

- Confirmação da existência de uma série de inconsistências na NFLD, que retiram a liquidez e certeza do crédito tributário exigido, em afronta ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional e aos princípios da legalidade e da verdade material.

Do Pedido

Requer a reforma da decisão recorrida para considerar integralmente improcedente o lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

De acordo com o documento de fl. 643, tem-se que o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR – DA PRORROGAÇÃO DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL – AUSÊNCIA DE NULIDADE

A preliminar do recurso interposto não merece acolhimento em razão de ser o Mandado de Procedimento Fiscal mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador de competência do agente público.

Esse é o entendimento deste Conselho, conforme se pode perceber do julgado abaixo, *in verbis*:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1994 a.31/12/2002

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. LANÇAMENTOS DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS CONCLUÍDOS ATÉ 01/05/2007 EVENTUAIS VÍCIOS NO MPF NÃO AFETAM RELAÇÃO JURÍDICA FISCO X CONTRIBUINTE

O Mandado de Procedimento Fiscal não é instrumento que outorga ou retira competência, uma vez que esta necessita de lei que lhe defina os contornos e aquele foi instituído por Decreto. Contraria o bom-senso e a razoabilidade dos atos normativos exigir que o servidor dependa de determinação de autoridade superior para desempenhar atribuição que lhe é outorgada por lei.

É evidente que a autoridade da lei tem que prevalecer sobre a vontade da autoridade administrativa. A utilização do Mandado de Procedimento Fiscal restringe-se aos interesses da administração tributária em controlar a atuação dos servidores legalmente competentes para efetuar o lançamento. Assim, o MPF é um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação Fisco-contribuinte que permite ao sujeito passivo assegurar-se de que a fiscalização foi iniciada segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do Fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Da mesma forma que no caso dos demais tributos, nos lançamentos relativos a contribuições previdenciárias concluídos sob a égide do Decreto .3.979/2001, a existência de quaisquer vícios em relação ao MPF não gera efeitos quanto à relação jurídica fisco-contribuinte estabelecida com o ato administrativo do

lançamento, podendo aqueles ensejar, se for o caso, apuração de responsabilidade administrativa dos servidores envolvidos, mas sem afetar relação jurídica tributária fisco-contribuinte. (Processo n. 37166.000411/2004-54, Recurso nº 268.580 Voluntário, Acórdão nº 2301-01.378 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 28 de abril de 2010)

Destacável também o precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, bastante similar ao caso em análise, conforme se percebe, *in verbis*:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

Data do fato gerador: 06/05/2003

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NORMAS
PROCEDIMENTAIS. MANDADO DE
PROCEDIMENTO FISCAL - INÍCIO DA AÇÃO FISCAL.
EMISSÃO COM FALHAS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

São válidos os lançamentos precedidos de MPF ainda que a prorrogação não seja imediatamente após o vencimento do documento anterior, resultando lapso temporal não coberto por mandado. Com emissão do primeiro documento, o contribuinte tomou ciência do motivo e demais características do procedimento fiscal, não se vislumbrando prejuízo à defesa. Recurso especial provido. (Processo nº 35464.003835/2003-08, Recurso nº 242.365 Especial do Procurador, Acórdão nº 9202-00.661 - 2ª Turma, Sessão de 12 de abril de 2010)

No mesmo sentido, a 2ª Seção, Acórdãos: 2101-00.713 de 19/08/2010, 2402-00.408 de 25 de janeiro de 2010, 2402-00.409 de 25 de janeiro de 2010, 2301-01.373 de 28/04/2010; Câmara Superior de Recursos Fiscais: 9101-00.588 de 18 de maio de 2010, 9101-00.189 de 16 de junho de 2009, 401-06.100 de 02 de fevereiro de 2009.

DO MÉRITO

DA DESNECESSIDADE DE A FISCALIZAÇÃO DILIGENCIAR JUNTO À PRESTADORA PARA VERIFICAR SE FORAM OU NÃO RECOLHIDOS OS VALORES PELO OBRIGADO

Não procede o argumento da Recorrente de que deveria a auditoria buscar a notícia de que houve o pagamento por parte do suposto obrigado originalmente do crédito sob pena de caracterizar-se *bis in idem* ou enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

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

“Art. 33 (...)

(...)

§5º *O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar*

omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei."

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

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

Não importa o cumprimento da obrigação pela contratada, pois a obrigação da retenção é da contratante. Cumpre-nos esclarecer ainda, que a fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei n. 11.098/2005:

"Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao - contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento."

Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumprimos 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."

Ante o exposto, não há que se falar em negligência da auditoria fiscal em observar pagamento pelo obrigado.

DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA

É obrigatória a retenção de 11% no valor da nota fiscal ou fatura, quando a empresa contratar serviço contínuo, desde que haja a cessão de mão-de-obra, para fins de Contribuição Previdenciária, nos termos do art. 31 da Lei n. 8.212/91 c/c o art. 219 do Decreto n. 3.048/99; assim como quando contratar, na modalidade empreitada, serviço de cessão de mão-de-obra, nos termos do § 3º do art. 219 do Decreto n. 3.048/99.

Mister se faz definir o que vem a ser serviço de cessão de mão-de-obra, passível da retenção de 11%, para, em seguida, analisar os casos que deram origem ao Auto de Infração em tela.

Assim disciplina o art. 31, §§ 3º e 4º da Lei n. 8.212/91, redação da Lei n. 9.711/98, *verbis*:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33

(...)

§ 3º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.

§ 4º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços:

I - limpeza, conservação e zeladoria;

II - vigilância e segurança;

III - empreitada de mão-de-obra;

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (grifo nosso)

Para melhor compreensão, mister destacar as previsões constantes no art. 219 do Decreto n. 3.048/99, *verbis*:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, 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, observado o disposto no § 5º do art. 216.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

parágrafo, o Regulamento traz, taxativamente, o rol dos serviços que deverão ser considerados como “cessão de mão-de-obra”, para fins de incidência da Contribuição Previdenciária.

Quanto ao alegado equívoco supostamente realizado pela DRJ, cumpre observar que assiste razão ao órgão julgador *a quo* e à fiscalização pois, apesar de nas notas fiscais constar metade do valor da nota como insumo e a outra como mão-de-obra, não há a especificação de que tipo de máquina ali se trata, constando destaque vago e impreciso, incapaz de sustentar a tese do recorrente.

DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A RETENÇÃO DE 11% E OS OPTANTES PELO SIMPLES

Dentre os argumentos de recurso da empresa tomadora de serviços, foi alegado que devem ser excluídos também os valores lançados relativos às competências de fevereiro a novembro de 1999 e dezembro de 2000 a dezembro de 2002, e fevereiro a novembro de 1999 e setembro a dezembro de 2002, respectivamente, sobre os pagamentos feitos às empresas Gianto Serviços de Leitura Ltda. ME, JM Prestadora de Serviços Ltda., Tavares e Andrade Guarujá Ltda. ME, Tecnicópias Reproduções Técnicas Ltda. E Transvelox Serviços de Leitura de Maquinas Copiadoras Ltda., optantes pelo Simples.

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

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Do julgamento do Recurso Especial n. 1112467/DF, restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que o sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, acórdão cuja ementa segue abaixo colacionada:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO (ERESP 511.001/MG).

1. A Lei 9.317/96 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, simplificando o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias mediante opção pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre a qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (art. 3º, § 4º).

2. O sistema de arrecadação destinado aos optantes do SIMPLES não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que constitui "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. A retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

3. Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, visto que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição previdenciária instituída pela Lei 9.711/98, que elegeu as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal, e o regime de unificação de tributos do SIMPLES, adotado pelas pequenas e microempresas (Lei 9.317/96).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(REsp 1112467/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 21/08/2009)"

Na diligência fiscal, constante nas fls. 241, a autoridade fez a seguinte afirmação:

"3. No item 107 há alegação de que as empresas Cargomax Consultoria e Planejamento de Transportes Ltda, Tavares e Andrade Guarujá Ltda ME, Tecnicópias Reproduções Técnicas Ltda e Transvelox Serviços de Leitura de Máquinas Copiadoras Ltda são optantes pelo simples (vide doc 14 fls. 184 a 188). Consultamos o sistema CONSIMPLES da Secretaria da Receita Federal e confirmamos que são optantes exceto a empresa Cargomax Consultoria e Planejamento de Transportes Ltda que não é optante. Portanto excluimos as competências 01/00 a 08/02, considerando o artigo 151 parágrafo único da IN 100/03, anexamos novas planilhas demonstrativas e FORCED d e exclusão."

A informação do Fiscal é condizente com os documentos acostados aos autos nas fls. 188 a 196, que demonstram o seguinte:

- Gianto Serviços de Leituras Ltda – ME., fl. 188 (optante desde 01/01/1998);
- JM Prestadora de Serviços Ltda., fl. 190 (optante desde 14/09/1999);
- Tavares & Andrade Guarujá Ltda – ME, fl. 192 (optante desde 10/08/1998);
- Tecnicopias Reproduções Técnicas Ltda., 194 (optante desde 01/01/2001);
- Transvelox Serviços de Leitura em Maquinas Copiadoras Ltda., 196 (optante desde 01/01/1997).

Ante o exposto, assiste razão à recorrente no que toca à sua dispensa de reter o valor de 11% a título de contribuição previdenciária, das cinco empresas optantes pelo SIMPLES, acima elencadas.

DA EXISTÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA NFLD LAVRADA

Afirma a recorrente que há uma série de inconsistências na NFLD, que retiram a liquidez e certeza do crédito tributário exigido, em afronta ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional e aos princípios da legalidade e da verdade material.

Cumprido esclarecer que não se verifica qualquer inconsistência na NFLD lavrada. Ora, se não houve qualquer prejuízo ao contribuinte, tendo sido inclusive realizado diligência fiscal para apurar as informações passadas, não há que se falar em inconsistência. Os fatos narrados estão comprovados pelas notas fiscais apresentadas nos autos, assim como as planilhas e capitulação legal da obrigação imputada.

Nesse sentido o conselho já se manifestou em diversas oportunidades, estampada pelo precedente abaixo colacionado.

CONTRIBUIÇÕES SEGURADOS EMPREGADOS E GRUPO ECONÔMICO

ASSUNTO: Contribuições SOCIAIS PREVIDENCIARIAS EMENTA

*Período de apuração: 01/05/2003 a 31/12/2003
CONTRIBUIÇÕES*

(...)

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, 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 do lançamento. (CARF 2ª. Seção / 1ª. Turma da 4ª. Câmara / ACÓRDÃO 2401-01.551 em 01/12/2010)

Logo, não merece prosperar a alegação do recorrente nesse ponto do recurso voluntário apresentado.

MULTA DE MORA

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 estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, 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%**.

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe 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 em comparativo 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, **no momento do pagamento.**

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.

CONCLUSÃO

Do exposto, dou **provimento parcial** ao Recurso, para considerar inexigível os valores das notas fiscais dos serviços prestados pelas empresas Gianto Serviços de Leituras Ltda – ME., JM Prestadora de Serviços Ltda., Tavares & Andrade Guarujá Ltda – ME, Tecnicopias Reproduções Técnicas Ltda., Transveloz Serviços de Leitura em Maquinas Copiadoras Ltda., por serem optantes do SIMPLES à época dos fatos geradores, bem como, para determinar o recálculo da multa, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto