



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

Processo nº 35301.007211/2006-67
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2403-002.067 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrentes XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

DECADÊNCIA

Existindo recolhimentos parciais aplica-se a regra do § 4º do artigo 150 do CTN.

RETENÇÃO. OBRIGATORIEDADE.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter e recolher 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. A retenção presume-se feita.

RETENÇÃO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES.

Não cabe retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço, quando a empresa prestadora é optante pelo SIMPLES.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, determinando a exclusão total do lançamento associado a serviços prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administração e Serviços LTDA) e determinar o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela Lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência do valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Freitas Souza Costa e Jhonatas Ribeiro Da Silva.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício e voluntário apresentados contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I, Acórdão 12-43.123 da 10ª Turma, que julgou a impugnação procedente em parte.

A autuação, a impugnação, as diligências e as decisões proferidas ao longo da tramitação do processo foram assim apresentadas no relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (NFLD nº 35.804.514-2, consolidado em 02/06/2005), no valor de R\$ 3.604.682,55; acrescidos de juros e multa, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 108/117), refere-se às contribuições sociais a cargo da empresa destinadas ao custeio da Seguridade Social, relativas à retenção de 11% que deveria ter sido feita, incidentes sobre as Notas Fiscais/Faturas de Prestação de Serviços gerais, de leitura de máquina e trabalho temporário, mediante cessão de mão-de-obra, emitidas pelas empresas contratadas ACR SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA., ALLIANCE CONSULTORES ASSOCIADOS LTDA., ASMAN ASSOCIAÇÃO DOS SURDOS DE MANUAIS, ASEG APOIO A SERVIÇOS GERAIS LTDA., ATRA PRESTADORA DE SERVIÇOS EM GERAL S.A., MP RECURSOS HUMANOS LTDA., PERSONALE CONSULTORIA LTDA., PSG ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., QUALIDADE ASSESSORIA E ADMINISTRAÇÃO LTDA., SERES SERVIÇOS DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO DE PESSOAL LTDA., TR TERCEIRIZAÇÃO E REPRESENTAÇÃO LTDA., no período de 02/1999 a 12/2002.

DA IMPUGNAÇÃO

2. A empresa, inconformada com o lançamento, do qual foi cientificada pessoalmente em 07/07/2005, apresentou impugnação, tempestivamente, protocolada sob nº 37216.003635/2005-66 em 22/07/2005 (fls. 270/309), alegando em síntese:

2.1. A tempestividade da impugnação;

2.2. Que o procedimento fiscal instaurado contra a impugnante é irregular, causando a nulidade do lançamento, devido à nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, já que as prorrogações do procedimento fiscal só eram cientificados após a data de validade do MPF anterior.

2.3. A decadência do direito de constituição dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos entre fevereiro de 1999 e junho de 2000;

2.4. A impossibilidade de duplo recolhimento da contribuição previdenciária, já que as empresas prestadoras recolheram suas contribuições e a obrigação legal de retenção constitui apenas obrigação acessória, não importando a cobrança do valor integral da contribuição;

2.5. A inconsistência da notificação, contrariando o art. 142 do CTN e o princípio da verdade material, vez que a fiscalização se baseou em meros indícios ou presunções simples de ausência de retenção dos 11%, sem avaliação e verificação efetiva dos possíveis fatos geradores, limitando-se a analisar os livros e documentos contábeis da impugnante;

2.6. Que traz por amostragem algumas inconsistências objeto da notificação, demonstrando a completa ausência de liquidez do créditos tributários, além de documentos comprobatórios dos recolhimentos por ela efetuados;

2.7. Que a impugnante efetuou as retenções devidas nas respectivas competências, como demonstra por exemplo as GPS juntadas à defesa referentes às prestadoras Alliance Consultores, ACR Serviços, Qualidade Assessoria, Seres Serviços, Personale Consultoria, Atra Prestadora, Gelre Prestadora, ASEG Apoio a Serviços;

2.8. A inexigibilidade da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária, por ser a empresa prestadora PSG Administração de Serviços Especializados optante pelo Simples;

2.9. A inexigibilidade da retenção sobre serviços gráficos, plastificação e encadernação, prestados pela empresa PSG Administração de Serviços Especializados, bem como sobre valores que não compõem a base de cálculo (vale-transporte e vale-refeição);

2.10. Que no caso da empresa prestadora de serviços ECS Empresa Capixaba de Serviços Ltda., a fiscal não analisou o objeto dos contratos, pelo que não poderia pretender a retenção dos 11% sobre as notas fiscais, referentes a tais contratos, sem ter constatado se a retenção era de fato devida. Ademais, que é plenamente possível que os valores lançados comportem parcelas que deveriam ter sido excluídas da base de cálculo da retenção ou percentuais de redução desta base, conforme autorizado pela legislação;

2.11. Que diante do curto prazo para apresentação desta impugnação, a impugnante não teve tempo suficiente para separar e apresentar todos os documentos que comprovam a insubsistência dos valores exigidos na presente NFLD;

2.12. Que a perícia se faz indispensável à elucidação da matéria, tendo em vista que a documentação não foi objeto de qualquer análise, pelo que requer seja feita perícia em seus livros e documentos contábeis e fiscais de acordo com os quesitos anexos (fls. 305);

DAS DILIGÊNCIAS

Da Primeira Diligência

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/07/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 16/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

3. Em face das razões e da documentação apresentada pela impugnante, foi determinada a realização de diligência fiscal, a fim de se apurar a necessidade de se alterar o lançamento. Em resposta às fls. 987/989, à auditora-fiscal afirma em suma que os documentos ora fornecidos não foram apresentados durante a ação fiscal, pelo que foi realizada análise sobre os mesmos, **culminando na necessidade de retificação da presente NFLD** (planilhas/FORCED às fls. 958/986). A retificação foi efetuada conforme DADR às fls. 992/1029.

Da Segunda Diligência

3.1. Tendo em vista a juntada, pela recorrente de documentos em fase de Recurso, solicitou-se o retorno dos autos à autoridade fiscal notificante, a fim de que se manifestasse sobre a adequação da referida documentação. Em resposta às fls. 3280/3283, à auditora fiscal se pronunciou acerca da pertinência da prova documental apresentada, **determinando nova retificação da presente NFLD**, consoante planilhas/FORCED 3153/3279.

As provas permaneceram nos autos para apreciação do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social, razão pela qual não foi procedida a retificação.

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO, DO RECURSO E DO ACÓRDÃO DO CRPS

4. Às fls. 1030/1039, consta a Decisão-Notificação nº 17.401.4/0705/2005, que considerou o lançamento procedente em parte, com base no resultado da primeira diligência.

5. Às fls. 1047/1103, a interessada interpôs recurso voluntário tempestivo direcionado ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

6. Em 03/12/2008, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que absorveu a competência do CRPS, em matéria de custeio, nos termos da Lei nº 11.457/2007, exara acórdão de fls. 3346/3350, no sentido de anular a Decisão-Notificação, por violação ao contraditório, determinando o reinício do contencioso administrativo com a ciência do Resultado das Diligências anterior e posterior à decisão de primeira instância.

DA NOVA IMPUGNAÇÃO

7. Devidamente cientificada do Acórdão proferido pelo CARF e dos Resultados das Diligências de 19/10/2005 e 31/03/2006, consoante Intimação nº 213/2001 de fls. 3360, a interessada, interpõe, tempestivamente **nova impugnação, às fls. 3361/3405, reiterando os argumentos da impugnação originária e do recurso apresentados, reproduzidos a seguir, em síntese:**

7.1. Que a GPS apresentada em relação à empresa Seres Serviço de Recrutamento e Seleção de Pessoal Ltda., da competência 07/1999, corresponde ao exato montante lançado na NFLD,

entretanto, a fiscalização alega que essa GPS já teria sido considerada quando da constituição do crédito tributário, todavia, tal alegação não está correta, o que pode ser verificado pela simples análise da planilha anexa à NFLD, na qual não consta listado esse recolhimento;

7.2. Que apesar de ter apresentado uma série de GPS referentes à retenção dos 11%, a título de contribuição previdenciária, comprovando o correto recolhimento da referida contribuição, tais documentos foram desconsiderados, sob a alegação de ausência de registro na conta INSS Terceiros, e/ou identificação do tomador dos serviços como Xerox do Brasil Ltda.;

7.3. A ausência de contabilidade caracteriza mero descumprimento de obrigação acessória, e o que importa é que a obrigação principal, recolhimento da contribuição devida, foi cumprida, não tendo qualquer fundamento a alegação de que as GPS das empresas Alliance Consultores, das competências 08/2000 e 10/2000, Qualidade Assessoria e Administração Ltda, competências 07/2001 a 09/2001, Personale Consultoria, competências 10/2000 e 12/2000, ATRA Prestadora de Serviços em Geral S/C Ltda., das competências 12/2000, 07/2001 e 10/2001, ASEG Apoio a Serviços, competências 12/2000 e 07/2001, não foram excluídas do lançamento, por supostamente não constar na escrituração contábil da empresa na conta INSS Terceiros;

7.4. No tocante ao fato de algumas GPS constarem com o nome do tomador Xerox do Brasil Ltda., tal fato ocorreu em virtude de erro material no preenchimento da GPS, em decorrência da cisão parcial dessa empresa, sendo formada uma nova sociedade denominada Xerox Comércio e Indústria Ltda., apesar dessas GPS terem o nome da Xerox do Brasil, como empresa tomadora do serviço, na realidade, correspondem ao recolhimento dos 11%, a título de contribuição previdenciária, sobre os serviços prestados para a Xerox Comércio e Indústria Ltda.;

7.5. Entende a Requerente que tais valores devem ser excluídos do lançamento ora questionado, portanto, reapresenta as GPS das empresas: Alliance Consultores Associados Ltda., Qualidade Assessoria e Administração Ltda., Personale Consultoria Ltda., e ATRA Prestadora de Serviços em Geral S/C Ltda., GELRE Trabalho Temporário S.A., ASEG Apoio a Serviços Gerais Ltda.;

7.6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre as notas fiscais emitidas pela empresa Qualidade Assessoria e Administração em Recursos Humanos Ltda., para o tomador Xerox do Brasil Ltda., devem ser excluídas do lançamento ora questionado, vez que a fiscalização não aceitou as GPS nas quais constavam o nome da Xerox do Brasil, como tomador do serviço, portanto, não pode adotar dois pesos e duas medidas, pretendendo exigir, a contribuição previdenciária sobre as notas fiscais emitidas contra Xerox do Brasil Ltda.;

7.7. Analisando seus arquivos, localizou notas fiscais emitidas pelas empresas Qualidade Assessoria e Administração Ltda., e ACR Serviços Industriais Ltda., nas quais consta o reembolso de vale transporte e vale refeição, já reconhecido pela fiscalização, como sem incidência de contribuição previdenciária, devendo, portando, ser excluído do lançamento os valores indevidamente exigidos, consoante doc. 19 e 20;

7.8. Além dos valores referentes a transporte e refeição, constatou-se a exigência indevida também com relação a valores referentes a reembolsos de viagens e de despesas, planos de saúde, adiantamentos para realização de curso e pagamento de DARF referente a auto de infração, pelo que devem ser excluídos da base de cálculo do preço do serviço, conforme doc. 21 a 26;

7.9. Que consoante jurisprudência, no que tange à inexigibilidade da retenção dos 11% por empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES (PSG Administração e Serviços Ltda.), o correto seria excluir também as competências não compreendidas no período previsto no parágrafo único do art. 151, da IN 100/2003 (01/02/1999 a 31/12/1999 e 01/09/2002 a 31/12/2002);

7.10. Que a diligência realizada comprova a inexatidão da ação fiscal, ratificando que a fiscalização, ao lavrar o auto de infração, deixou de apurar corretamente o crédito tributário exigido, fazendo com que o lançamento contenha uma série de inconsistências que importam em afronta ao disposto no art. 142, do CTN e aos princípios da legalidade e da verdade material;

7.11. Que outros recolhimentos realizados pela requerente além dos considerados na retificação do lançamento, deixaram de ser verificados pela fiscalização, conforme planilhas: ACR Serviços Industriais Ltda. (competências 02/1999, 10/1999, 11/1999, 05/2000, 07/2000, 09/2000 e 11/2001), PSG Administração e Serviços Ltda. (competência 06/1999), TR Terceirização e Representação Ltda. (competência 12/2000), Personale Consultoria Ltda. (competências 05/1999 e 06/1999), ATRA Prestadora de Serviços em Geral S/C Ltda. (competências 11/2000, 12/2000, 04/2001 a 08/2002, 11/2002 e 12/2002), ASSEG (competências 09/1999 a 12/1999, 09/2000, 02/2002 a 12/2002, 07/2001, Gelre Trabalho Temporário S.A (competências 01/2001, 12/2001 e 11/2002), Seres Serviços de Recrutamento e Seleção de Pessoal Ltda. (competências 11/2001, 05/2002 e 06/2002), Alliance Consultores Associados Ltda. (competências 02/1999), vez que as GPS e as notas fiscais constam em nome da Xerox do Brasil Ltda.;

7.12. Com o intuito de demonstrar ainda mais as inconsistências do lançamento, apresenta diversas notas fiscais que comprovam

a retenção de 11% a título de contribuição previdenciária, retenção que supostamente devida é inferior ao valor, das empresas Qualidade Assessoria, ACR Serviços Industriais, MP Recursos Humanos;

7.13. Que a confirmação da existência de tais inconsistências demonstram que o crédito tributário lançado não atende aos requisitos de liquidez e certeza para sua cobrança, razão pela qual a requerente reitera os argumentos apresentados em sua impugnação que suportam a improcedência do lançamento;

7.14. Reitera por fim a alegação de decadência dos débitos relativos às competências de 02/1999 a 06/2000, com base no art. 150, § 4º, do CTN, aplicável aos débitos previdenciários, conforme Súmula Vinculante nº 08, do STF.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou **recurso voluntário**, onde alega, em síntese, que:

- Nulidade. Prorrogação dos MPF.
- Enriquecimento sem causa. A Fazenda não pode exigir o pagamento da retenção sem verificar se o tributo foi recolhido pelo prestador de serviço.
- Retenções desconsideradas. O fato de algumas GPS's constarem com o nome da XÉROX do Brasil se deu em virtude de erro material no preenchimento. Não resta dúvida de que a tomadora de serviço era, de fato, a recorrente.
- Inexigibilidade de retenção para empresas optantes pelo SIMPLES (empresa PSG).
- Inconsistência dos valores lançados.

Recurso de ofício.

O crédito tributário original era de R\$ 3.604.682,55 mais juros e multa de mora e em primeira instância, decidiu-se pela redução para R\$ 1.814.387,16, acrescidos de juros e multa. O que motivou tal redução foi:

- Reconhecimento da decadência até 06/2000 com base no artigo 150, § 4º do CTN.
- Retificações efetuadas no lançamento.
- Exclusão parcial (01/2000 a 08/2002) do lançamento associado a serviço prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administr. e Serviços LTDA)

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari , Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

RECURSO DE OFÍCIO.**DECADÊNCIA**

Em primeira instância houve o reconhecimento da decadência até 06/2000 com base no artigo 150, § 4º do CTN.

A questão da decadência quinquenal está pacificada.

O lançamento refere-se ao período 02/1999 a 12/2002.

A ciência do lançamento ocorreu em 07/07/2005.

23. Necessário determinar o dies a quo para contagem do prazo de decadência. No caso em análise, a ciência do lançamento ocorreu pessoalmente em 07/07/2005 (fls. 02), sendo apuradas contribuições e acréscimos legais relativos ao período de 02/1999 a 12/2002 (descontínuo). Para as contribuições e acréscimos legais lançados até a competência 06/2000, ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento, devendo portanto o referido período ser excluído do lançamento.

Consta da decisão recorrida a existência de recolhimentos em todas as competências do lançamento.

21. Consoante consulta ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil – PLENUS/ÁGUIA/CCOR, constam guias de recolhimentos em todas as competências do lançamento para o estabelecimento 0001.

Entendo correta a decisão.

RETIFICAÇÕES

Quando da primeira impugnação apresentada e quando do primeiro recurso, a recorrente apresentou documentos não apresentados durante a ação fiscal.

Da Primeira Diligência

3. Em face das razões e da documentação apresentada pela impugnante, foi determinada a realização de diligência fiscal, a fim de se apurar a necessidade de se alterar o lançamento. Em resposta às fls. 987/989, à auditora-fiscal afirma em suma que os documentos ora fornecidos não foram apresentados durante a ação fiscal, pelo que foi realizada análise sobre os mesmos, culminando na necessidade de retificação da presente NFLD (planilhas/FORCED às fls. 958/986). A retificação foi efetuada conforme DADR às fls. 992/1029.

Da Segunda Diligência

3.1. Tendo em vista a juntada, pela recorrente de documentos em fase de Recurso, solicitou-se o retorno dos autos à autoridade fiscal notificante, a fim de que se manifestasse sobre a adequação da referida documentação. Em resposta às fls. 3280/3283, à auditora fiscal se pronunciou acerca da pertinência da prova documental apresentada, determinando nova retificação da presente NFLD, consoante planilhas/FORCED 3153/3279.

As provas permaneceram nos autos para apreciação do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social, razão pela qual não foi procedida a retificação.

Todos documentos apresentados foram analisados.

As 2 diligências apontaram a necessidade de se efetuar retificações no lançamento.

Entendo corretas as retificações.

PRESTADORA DE SERVIÇO OPTANTE PELO SIMPLES

Observo que esta questão está presente tanto no recurso de ofício quanto no voluntário.

Decidiu-se pela exclusão parcial (01/2000 a 08/2002) do lançamento associado a serviço prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administr. e Serviços LTDA). Aqui analiso exclusivamente este período.

Entendo correta a exclusão.

Apoio meu posicionamento em ampla jurisprudência e no Ato Declaratório nº10/2011 da PGFN que autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante **“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.”**

ATO DECLARATÓRIO Nº 10 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2122 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 15/12/2011, **DECLARA** que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante:

“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.”

JURISPRUDÊNCIA: AGA 918369/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 8/11/2007 P. 197; EDRESP 806223/RJ, Relator Ministro CARLOS FERNANDES MATHIAS – Juiz convocado do TRF/1ª Região, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/3/2008, Dje 26/3/2008; ERESP 511001/MG, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/3/2005, DJ 11/4/2005 p. 175; ERESP 523841/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2011, DJ 19/6/2006

p.89; ERESP 584506/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/11/2005, DJ 5/12/2005 P. 210; RESP 511201/MG, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/9/2006, DJ 10/10/2006, p. 293; RESP 826180/MG, Relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/2/2007, DJ 28/02/2007 p. 212; RESP 8551600/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/9/2006, DJ 25/9/2006 p. 243, RESP 1112467/DF, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/8/2009, DJe 21/8/2009.

RECURSO VOLUNTÁRIO

PRELIMINAR

NULIDADE

A recorrente pleiteia a nulidade do lançamento por extinção do Mandado de Procedimento Fiscal.

O ponto central é o do tempo em que houve a ciência..

Entendo que não cabe razão à recorrente.

Inicialmente registro a inexistência de prejuízo.

Sigo com as datas de emissão e validade, transcrevendo trecho da decisão recorrida, demonstrando que todos os MPF's Complementares foram regularmente emitidos antes da expiração de validade do MPF anterior.

12. Quanto aos alegados vícios referentes ao Mandado de Procedimento Fiscal, temos que: o Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) de fls. 256 foi expedido em 08/10/2004 com validade até 05/02/2005. O MPF-C de fls. 257 foi expedido em 03/02/2005 com validade até 31/03/2005. O MPF-C de fls. 258 foi expedido em 31/03/2005 com validade até 29/04/2005. O MPF-C de fls. 259 foi expedido em 29/04/2005 com validade até 30/05/2005. O MPF-C de fls. 260 foi expedido em 30/05/2005 com validade até 29/06/2005. Por fim, o MPF-C

de fls. 261 foi expedido em 29/06/2005 com validade até 15/07/2005. Esta NFLD foi lavrada em 07/07/2005, dentro do prazo de validade do último MPF-C.

13. Assim, ao contrário do que sustenta a impugnante, **todos os MPF's Complementares foram regularmente emitidos antes da expiração de validade do MPF anterior.** O fato da cientificação dos MPF's complementares se dar em datas posteriores ao término da validade do MPF anterior, não acarreta a nulidade do procedimento fiscal, eis que a empresa foi devidamente cientificada do início e das prorrogações da realização da auditoria fiscal.

O contribuinte também tem acesso ao MPF por meio da internet e o CARF tem decidido que a disponibilização na internet das informações a ele referentes supre a ciência formal das prorrogações do documento.

MPF

OBSERVAÇÕES

1. O AFPS deverá identificar-se, mediante apresentação de sua Identidade funcional, no ato da entrega do presente Mandado ao contribuinte/responsável.

2. Em caso de dúvida, o contribuinte/responsável poderá entrar em contato com ;

Chefe do Serviço/ Seção de Fiscalização: FERNANDA FREIRE VIRGENS Telefone: (21)22209247 Ramal:

Endereço: RUA PEDRO LESSA, 36 12 ANDAR - CENTRO
Endereço Eletrônico:fernanda.virgens@previdencia.gov.br

3.CÓDIGO DE ACESSO AO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL : 11552865

A autenticidade deste Mandado de Procedimento Fiscal poderá ser verificada pelo sujeito passivo mediante consulta ao site do Ministério da Previdência Social - MPS (www.previdenciasocial.gov.br) na Internet, opção: Serviços / Empregador / Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), com a utilização do código acima, ou então em qualquer Unidade de Atendimento da Secretaria da Receita Previdenciária, ou mesmo pelo telefone acima.

Autoridade-Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 1ª Seção de Julgamento. 1ª Câmara. 2ª Turma Ordinária-

-Título-Acórdão n° 110200492 do Processo 10218000179200798-

-Data-03/08/2011-

-Ementa-ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.ANO-CALENDÁRIO: 2003EMENTA: **MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). IRREGULARIDADE.NULIDADE. INEXISTÊNCIA.SE O PROCEDIMENTO FISCAL ESTÁ DEVIDAMENTE ACOBERTADO EM SUA TOTALIDADE PELO MPF QUE LHE DEU ORIGEM, A DISPONIBILIZAÇÃO NA INTERNET DAS INFORMAÇÕES A ELE REFERENTES SUPRE A CIÊNCIA FORMAL DAS PRORROGAÇÕES DO DOCUMENTO.DEVOLUÇÃO DOS LIVROS FISCAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.INCABÍVEL A ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA PELA NÃO DEVOLUÇÃO DOS LIVROS EM TEMPO HÁBIL ANTES DA FORMALIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA, QUANDO NÃO DEMONSTRADO EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO QUAIS INFORMAÇÕES CONSTANTES DAQUELES LIVROS SERIAM RELEVANTES COMO INSTRUMENTO DE CONTESTAÇÃO DA AUTUAÇÃO.**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ.ANO-CALENDÁRIO: 2003EMENTA: **OPÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO. CARACTERIZAÇÃO.A OPÇÃO PELO LUCRO PRESUMIDO NO PERÍODO DE APURAÇÃO É CARACTERIZADA PELO PAGAMENTO DA PRIMEIRA COTA OU COTA ÚNICA DO IMPOSTO SOB ESSA MODALIDADE. NA INEXISTÊNCIA DO PAGAMENTO E CONSIDERANDO AINDA A ENTREGA DA DIPJ COM BASE NO LUCRO REAL, NÃO HÁ COMO ACEITAR UMA OPÇÃO EXERCIDA DE FATO APÓS O INÍCIO DO PROCEDIMENTO FISCAL.LUCRO ARBITRADO. OMISSÃO DE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA.A OMISSÃO DE REGISTRO CONTÁBIL DE VULTOSA MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA REVELA ESCRITURAÇÃO IMPRESTÁVEL PARA RESPALDAR A APURAÇÃO DO IRPJ E DA CSLL COM BASE NO LUCRO REAL. TAL CONDIÇÃO ENSEJA A TRIBUTAÇÃO PELO REGIME DO LUCRO ARBITRADO.**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES.ANO-CALENDÁRIO: 2003EMENTA: **PIS. COFINS. RECEITA OMITIDA.CARACTERIZADA A OMISSÃO DE RECEITA, MOSTRA-SE CORRETA A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE O MONTANTE APURADO, AINDA QUE TRIBUTAÇÕES DECORRENTES DE LANÇAMENTO DO IRPJ CANCELADO, SE AS RAZÕES DO CANCELAMENTO SÃO ESTRANHAS À EXIGÊNCIA DESSAS CONTRIBUIÇÕES.VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS.ACORDAM OS MEMBROS DO COLEGIADO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS REJEITAR AS PRELIMINARES DE~NULIDADE DO LANÇAMENTO E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO PARA CANCELAR OS LANÇAMENTOS REFERENTES AO IRPJ E CSLL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.-**

Além disso tudo, o CARF também tem decidido que a eventual irregularidade na emissão do MPF não induz a nulidade do ato jurídico praticado pelo auditor fiscal, pois o MPF é mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador da competência do agente público.

Autoridade-Câmara Superior de Recursos Fiscais. 2ª Turma-

-Título-Acórdão nº 40202898 do Processo 10855004133200228-

-Data-28/01/2008-

-Ementa-Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração: 28/02/1999 a 30/06/2002 NULIDADES. AUSÊNCIA DE MPF. A eventual irregularidade na emissão do MPF não induz a nulidade do ato jurídico praticado pelo auditor fiscal, pois o MPF é mero instrumento de controle da atividade fiscal e não um limitador da competência do agente público. Recurso especial provido-

PRESTADORA DE SERVIÇO OPTANTE PELO SIMPLES

Observo que esta questão está presente tanto no recurso de ofício quanto no voluntário.

Decidiu-se em primeira instância pela exclusão parcial (01/2000 a 08/2002) do lançamento associado a serviço prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administr. e Serviços LTDA).

A recorrente pleiteia a exclusão da totalidade do período lançado.

Concordo com o pleito.

Entendo que a totalidade do lançamento associado a serviço prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administr. e Serviços LTDA) deve ser excluído.

Apoio meu posicionamento em ampla jurisprudência e no Ato Declaratório nº10/2011 da PGFN que autoriza a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes “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.”

ATO DECLARATÓRIO Nº 10 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2122 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 15/12/2011, **DECLARA** que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outros fundamentos relevantes:

“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.”

JURISPRUDÊNCIA: AGA 918369/RS, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 8/11/2007 P. 197; EDRESP 806223/RJ, Relator Ministro CARLOS FERNANDES MATHIAS – Juiz convocado do TRF/1ª Região, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/3/2008, DJe 26/3/2008; ERESP 511001/MG, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/3/2005, DJ 11/4/2005 p. 175; ERESP 523841/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/05/2011, DJ 19/6/2006 p.89; ERESP 584506/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 9/11/2005, DJ 5/12/2005 P. 210; RESP 511201/MG, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/9/2006, DJ 10/10/2006, p. 293; RESP 826180/MG, Relator Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/2/2007, DJ 28/02/2007 p. 212; RESP 8551600/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/9/2006, DJ 25/9/2006 p. 243, RESP 1112467/DF, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/8/2009, DJe 21/8/2009.

RETENÇÃO – EXIGÊNCIA

A recorrente apresenta a hipótese do enriquecimento sem causa, afirmando que a Fazenda não pode exigir o pagamento da retenção antes de verificar se o tributo foi recolhido pelo prestador de serviço.

Entendo que não cabe razão à recorrente.

A obrigação de efetuar a retenção está estabelecida no artigo 31 da Lei 8.212/91.

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.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Outro ponto a destacar é que, também por determinação legal, a retenção sempre se presume feita.

“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. “

RETENÇÕES DESCONSIDERADAS – XÉROX DO BRASIL LTDA

A recorrente esclarece que sua origem provém de cisão da empresa Xérox do Brasil, ocorrida em 1999, e que o fato de algumas GPS's constarem com o nome da XÉROX do Brasil se deu em virtude de erro material no preenchimento. Afirma que de fato, a tomadora de serviço era a recorrente.

Entendo que não cabe razão à recorrente.

A fiscalização e o relator do julgamento de primeira instância analisaram todos documentos apresentados pela recorrente a concluíram pela retificação parcial do lançamento, conforme abaixo.

DRJ

32. No que se refere às alegações e documentos tendentes a demonstrar a inexigibilidade da retenção ou o seu recolhimento anterior ao lançamento, tem-se que por ocasião da diligência, todos foram devidamente apreciados pela fiscalização, acarretando a retificação fundamentada do lançamento, consoante informação fiscal e planilhas anexas de fls. 958/989, que ensejou a emissão da DN 17.401-4/0705/2005.

33. Outrossim, quantos aos documentos apresentado em sede de recurso, tem-se que por ocasião da segunda diligência, foram todos também devidamente apreciados pela fiscalização, acarretando a nova retificação do lançamento, consoante informação fiscal e planilhas de fls. 3153/3283, porém, ainda pendente de processamento no sistema, tendo em vista que à época o caput do § 1º do artigo 9º da Portaria 520/2004, combinado com o § 3º do mesmo artigo do dispositivo, determinava que as provas deveriam permanecer nos autos para apreciação do CRPS, atual Conselho de Contribuintes.

34. Após ciência das diligências determinadas pelo Conselho de Contribuintes, através da INTIMAÇÃO nº 213/2011, fls. 3360, a impugnante apresentou nova impugnação acompanhada de novos documentos numerados de 01 a 38, que foram devidamente analisados por este julgador, ensejando ainda a retificação em algumas competências, conforme relatado nos itens a seguir.

As guias aqui em discussão têm identificado como tomador do serviço empresa distinta da recorrente, sendo que essa situação está mais presente no ano 2002, 3 anos após a cisão.

Entendo que todas as guias apresentadas onde se verificou relação com a recorrente motivaram retificação do lançamento.

Entendo correto o procedimento do fisco de não considerar as guias vinculadas a empresa diversa da recorrente.

VALORES LANÇADOS

A recorrente questiona valores lançados afirmando serem superior ao devido.

O que se verifica nos casos apresentados é que o lançamento tomou por base o valor bruto da nota fiscal.

Existe previsão legal de exclusão da base de cálculo de valor correspondente ao material ou equipamentos desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.

Entendo que as deduções pleiteadas não estavam devidamente comprovadas, do que resulta correto o procedimento do fisco.

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 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. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 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.

CONCLUSÃO

Para o recurso de ofício, voto por negar provimento.

Para o recurso voluntário voto pelo provimento parcial, determinando a exclusão total do lançamento associado a serviço prestado por empresa optante pelo SIMPLES (PSG Administr. e Serviços LTDA) e determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari