



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 37316.006525/2006-17
Recurso Voluntário
Acórdão n° 2202-010.332 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2023
Recorrente COSAN S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/08/2002

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. NATUREZA JURÍDICA DO TRIBUTO RECOLHIDO. LANÇAMENTO COMPLEMENTAR DE RUBRICA ESPECÍFICA EFETIVADO DE OFÍCIO RELATIVO A TRIBUTO DA MESMA NATUREZA. DECADÊNCIA. SÚMULA CARF N.º 99.

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4.º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato imponible a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração, cuja natureza seja a mesma das antecipadas, deste modo o prazo decadencial das rubricas lançadas de ofício é contado a partir da ocorrência do respectivo fato imponible, seguindo a regra das respectivas rubricas de mesma natureza e competência antecipadas e sujeitas a homologação da autoridade administrativa.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/08/2002

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO.

Deve, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, reter onze por cento (11%) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e efetuar o seu recolhimento, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, no prazo estabelecido legalmente.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%. REGIME ANTERIOR A LEI COMPLEMENTAR 128/2008. PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. ART. 62-A DO REGIMENTO INTERNO. CARF. ART. 543-C DO CPC/73. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ.

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

Em regra, as empresas optantes do SIMPLES 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 para o caso de empresas do SIMPLES Nacional tributadas na forma do ANEXO IV.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF N.º 4.

É cabível, por expressa disposição legal, a partir de 01/04/1995, a exigência de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Inexiste ilegalidade na aplicação da taxa SELIC devidamente demonstrada no auto de infração, porquanto o Código Tributário Nacional outorga à lei a faculdade de estipular os juros de mora incidentes sobre os créditos não integralmente pagos no vencimento e autoriza a utilização de percentual diverso de 1%, desde que previsto em lei.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

Súmula CARF n.º 108. Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência parcial do lançamento até a competência 06/2000, inclusive, e para excluir do lançamento a retenção de 11% em relação as empresas prestadoras optantes do Simples.

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Christiano Rocha Pinheiro, Leonam Rocha de Medeiros, Gleison Pimenta Sousa, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto (Suplente convocado) e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Fl. 3 do Acórdão n.º 2202-010.332 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 37316.006525/2006-17

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 1.520/1.545), 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. 1.505/1.1512), proferida em sessão de 19/12/2012, consubstanciada no Acórdão n.º 14-39.641, da 9.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP (DRJ/RPO), que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte o pedido deduzido na impugnação (e-fls. 273/309), cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2000 a 31/08/2002

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO.

Deve, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e efetuar o seu recolhimento, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, no prazo estabelecido legalmente.

EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES. SUJEIÇÃO À RETENÇÃO DE 11%.

As empresas optantes pelo Simples sujeitam-se à retenção de 11% nos moldes previstos na legislação que rege a matéria, excetuando dessa obrigação somente o período compreendido entre janeiro/2000 a agosto/2002, quando se encontrava vigente a Instrução Normativa INSS/DC n.º 08, de 21/01/2000.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGUIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo.

APROVEITAMENTO DE VALORES RECOLHIDOS MEDIANTE GPS. RETIFICAÇÃO DO DÉBITO.

Devem ser deduzidos do montante lançado os valores comprovadamente recolhidos pelo contribuinte e não aproveitados no momento da constituição do crédito tributário.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Do lançamento fiscal

O lançamento, em sua essência e circunstância, para o período de apuração em referência, com notificação fiscal de lançamento de débito – NFLD (DEBCAD 35.641.622-4) juntamente com as peças integrativas e respectivo Relatório Fiscal juntado aos autos (e-fls. 260/268), foi bem delineado e sumariado no relatório do acórdão objeto da irresignação, pelo que passo a adotá-lo:

Trata-se de notificação fiscal lavrada pela fiscalização em relação ao contribuinte acima identificado, no montante de R\$ 1.422.621,27, incluindo a retenção de 11% prevista no artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/97, incidente sobre as notas fiscais de prestação de serviços, contratados mediante cessão de mão de obra ou empreitada no período de 02/2000 a 08/2002.

De acordo com os fatos relatados pela fiscalização a notificada, apesar de contratar serviços nos moldes mencionados no artigo 31 acima mencionado de empresas não optantes pelo Simples, deixou de efetuar a retenção devida sobre as notas fiscais respectivas.

As empresas que prestaram serviços para a notificada no período, assim como a base de cálculo mensal encontram-se discriminadas nos relatórios integrantes deste NFLD.

Da Impugnação ao lançamento, diligência e decisão anterior

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. Na sequência sobreveio diligência e outros trâmites processuais, tudo conforme bem relatado na decisão vergastada, pelo que peço vênia para reproduzir:

Por não concordar com os termos da notificação a empresa, por seu procurador constituído, apresentou impugnação ao débito alegando, em síntese, o que segue.

Aduz, inicialmente, que as retenções ora lançadas devem ser exigidas dos fornecedores de matéria prima, por figurarem como real contratante dos serviços prestados. Esclarece que, na qualidade de agroindústria, a impugnante produz uma parte da matéria prima, sendo outra parte fornecida por produtores rurais, pessoas físicas e jurídicas, fornecedores da atuada. E que diversos pagamentos efetuados aos prestadores de serviços o foram por conta e ordem dos fornecedores, inclusive pessoas físicas, dos quais é inexigível a retenção.

Requer, assim, a desconstituição do lançamento para exclusão dos valores que não correspondam a pagamentos efetuados pela atuada, por conta dos serviços que contratou e lhe foram prestados.

Aduz não existir dúvida de que, no período da atuação, as empresas do Simples estariam excluídas da retenção. Contudo, afirma que muitas empresas do Simples foram de maneira equivocada incluídas no lançamento, requerendo a sua exclusão.

Aduz a ilegalidade e inconstitucionalidade da retenção determinada pela Lei n.º 9.711/98, por contrariar as disposições constantes no artigo 128 do Código Tributário Nacional e 150, §7º, da Constituição Federal. Nesse sentido, argumenta que a figura da substituição tributária para frente só pode ser atribuída a quem esteja diretamente vinculado ao fato gerador futuro, e que no caso em tela inexistiria vínculo entre o tomador dos serviços e o fato gerador da obrigação tributária.

Aduz, ainda, que sendo o fato gerador presumido o pagamento da folha de salários, a base de cálculo para a antecipação não poderia ser outra, sob pena de tratar-se de novo tributo.

Além disso, menciona que a Lei n.º 9.711/98 não assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga, nos moldes determinados pela norma constitucional.

Menciona que as contribuições que a retenção pretende antecipar, no presente caso, já se encontram recolhidas pelas empresas prestadoras de serviço e, portanto, extintas pelo pagamento, razão pela qual entende descabida a exigência da retenção.

Que nos serviços de máquinas sequer deveria existir a retenção por não existir cessão de mão-de-obra. O que se contrata é a máquina.

Que o procedimento adotado pela atuada encontra-se amparado pela disposição contida no artigo 105 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 71/2002, já que os valores correspondentes aos equipamentos encontram-se percentualmente estabelecidos nos contratos. E nos serviços de lavoura, o equipamento a que alude o contrato é o fornecimento de ônibus para transporte diário e locomoção dos trabalhadores pelas frentes de trabalho.

Em relação aos juros, insurge-se contra a utilização da taxa SELIC, por superar o limite estabelecido pela Lei n.º 5.172/66 (§1º do artigo 161) e por possuir a natureza remuneratória.

Menciona que a Constituição Federal, em seu artigo 192, § 3º, estabelece um limite de 12% para as taxas de juros reais, devendo esse preceito ser observado com uma direção interpretativa.

Menciona, ainda, a inexistência de lei fixando o percentual da taxa Selic, além da ofensa aos princípios da legalidade e da vedação ao confisco.

Pelos motivos acima expostos, requer seja cancelado o lançamento em tela, como medida de justiça.

DILIGÊNCIA

Considerando os fatos e documentos apresentados pela impugnante, os autos foram encaminhados à autoridade notificante para análise e emissão de despacho conclusivo.

Foi, então, apresentado o despacho de fls. 1.231 a 1.236. Manifesta-se, a autoridade fiscal, pela improcedência dos argumentos apresentados pela defesa no tocante à responsabilidade de fornecedores pela retenção, uma vez que os registros contábeis analisados no decorrer da ação fiscal não demonstram a situação descrita pela empresa notificada.

Manifesta-se, em seguida, pela procedência das alegações da defesa quanto à existência de retenção lançada relativa a prestação de serviços por empresas optantes pelo SIMPLES. Apresenta tela de pesquisas realizadas junto ao sítio da Secretaria da Receita Federal na internet, comprovando a situação das empresas no período lançado. Manifesta-se pela exclusão integral de cinco levantamentos, a saber: Coletti Serviços de Máquinas Ltda Epp, Galoni Transportes e Serviços Ltda ME, José Carlos Ap. Galoni & Cia Ltda, G.N. Comercial Agrícola Transporte e Prestação de Serviços Ltda e GOMES & Silva Ibate Ltda ME e pela exclusão parcial do levantamento referente à Transportadora Veronez Capivari Ltda ME, tendo em vista o período de opção pelo Simples da empresa.

Analisa, na sequência, as guias apresentadas pela impugnante em relação a cada uma das prestadoras de serviço, informando ter considerado para fins de redução do montante lançado as guias com código de recolhimento 2631 (retenção) com vinculação inequívoca com os serviços prestados à Cosan. Apresenta planilha demonstrativa às fls. 1.234/1.235.

Em relação aos contratos apresentados, afirma tratarem de serviços prestados mediante empreitada.

Apresenta, em seguida, quadros demonstrativos das retificações que entende cabíveis (fls. 1.237/1.252) diante dos documentos apresentados pela impugnante.

DECISÃO

Consta às fls. 1.253 a 1.329, Discriminativo Analítico do Débito Retificado – DADR, emitido em decorrência da Decisão Notificação nº 21.424.4/1028/2006, a qual reconheceu a procedência parcial dos valores lançados, determinando a retificação do crédito lançado na forma discriminada pela autoridade notificante.

Com a apresentação de recurso tempestivo, os autos foram remetidos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais onde, por decisão da 1ª Turma ordinária da 2ª Seção de Julgamento, foi anulada a decisão de primeira instância em decorrência do cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, por não ter sido cientificado das diligências realizadas no curso do processo administrativo fiscal.

Assim, com a finalidade de sanar o vício que ensejou a nulidade da decisão, foi cientificada a empresa do acórdão, bem como das diligências realizadas no curso da ação fiscal, concedendo prazo de 30 dias para manifestação.

O contribuinte apresentou, nessa oportunidade, nova manifestação reiterando os motivos já expostos em sua impugnação, requerendo, ainda, que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados da empresa.

Retornaram, então, os autos a Delegacia de Julgamento para nova decisão.

Do Acórdão de Impugnação

A tese de defesa foi acolhida em parte pela DRJ, primeira instância do contencioso tributário, conforme bem sintetizado na ementa alhures transcrita. Acatou-se deduzir do montante lançado algumas empresas optantes pelo SIMPLES e os valores comprovadamente recolhidos pelo contribuinte e não aproveitados no momento da constituição do crédito tributário (código de recolhimento 2631).

Do Recurso Voluntário e encaminhamento ao CARF

No recurso voluntário o sujeito passivo, reiterando termos da impugnação, no que foi vencido, postula a reforma da decisão de primeira instância, a fim de cancelar o lançamento. O recurso contém preliminar de decadência.

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

Por ocasião do julgamento sobreveio memoriais distribuídos ao Colegiado no qual se reitera as teses recursais para pretender, em resumo, o afastamento do lançamento.

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 03/07/2013, e-fl. 1.519, protocolo recursal em 01/08/2013, e-fl. 1.520, e despacho de encaminhamento, e-fl. 1.554), 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

Inicialmente, conheço da temática envolvendo a decadência do lançamento, por ser uma prejudicial de mérito.

- Alegada decadência do lançamento

A defesa advoga que se operou a decadência parcial do lançamento, pois a notificação do lançamento se efetivou em 04/07/2005 (e-fl. 2), de modo que a constituição do crédito tributário deveria ocorrer para fatos geradores até 04/07/2000.

Pois bem. A diligência fiscal que resultou na retificação parcial do lançamento reconhece o pagamento ainda parcial das contribuições, considerando as deduções apropriadas no lançamento (e-fls. 1.231/1.329), logo deve se aplicar o § 4.º do art. 150 do CTN, de modo que somente poderiam ser lançadas as competências de 07/2000 (apuração em 31/07/2000) em diante, considerando a notificação de lançamento em 04/07/2000 que fulmina as competências lançadas com período de apuração anterior, isto é, até 30/06/2000 (06/2000).

Afinal, para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4.º, do CTN, para contribuições previdenciárias cuja natureza é de tributo sujeito a lançamento por homologação, não se observando dolo, fraude ou simulação, considera-se a existência de

pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato impositivo, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo que resultou no referido recolhimento, rubrica específica de mesma espécie e natureza das antecipações que vem a ser exigida pela autoridade fiscal no auto de infração do lançamento substitutivo efetuado e revisto de ofício com base em omissão ou inexatidão, lavrado por ocasião do procedimento fiscal. Deste modo, o prazo decadencial para esta rubrica de mesma espécie e natureza deve ser contado a partir da ocorrência do respectivo fato impositivo. Ocorrendo a caducidade, deve-se declarar o perecimento do direito potestativo da Administração Tributária de realizar o lançamento.

Trata-se, ademais, de aplicação da Súmula CARF n.º 99, a saber: *“Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.”*

Sendo assim, com parcial razão o recorrente para reconhecer a decadência do lançamento até 06/2000, inclusive.

- Retenção de 11% por cessão de mão-de-obra ou empreitada para empresas em geral

Quanto ao juízo de mérito propriamente, passo a apreciá-lo a partir deste capítulo e dos subsequentes.

O capítulo em vergasta trata da obrigação de retenção de 11% pela atuada/recorrente (tomadora) para a contratação de empresas em geral.

Como informado em linhas pretéritas, a controvérsia é relativa ao lançamento de ofício e se refere a contribuições devidas à Previdência Social, e não recolhidas, correspondentes a retenção presumida de 11% em decorrência da execução de serviços contratados mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra, sendo que o período lançado compreendeu as competências 02/2000 a 12/2000 (até o período 06/2000, inclusive foi reconhecida a decadência), 01/2001 a 11/2001, 02/2002 e 05/2000 a 08/2000 (e-fls. 260/268; 1.231/1.236).

Foram contratadas empresas em geral (analisado neste capítulo), bem como também houve a contratação de empresas optantes pelo SIMPLES (o que será tratado no capítulo vindouro, sendo análise específica).

Para as empresas em geral, o contribuinte traz capítulos ao debate, a saber: **(a) Os pagamentos efetuados por conta e ordem de produtores rurais (terceiros) fornecedores da recorrente; (b) Retificações decorrentes de guias apresentadas (lançamento de obrigações extintas pelo pagamento); e (c) Inocorrência de cessão de mão-de-obra nos serviços de máquina e transporte.**

Muito bem. Em relação aos temas em destaque, além de manter a discussão sobre as mesmas matérias indicadas na impugnação, inclusive por imposição do princípio da devolutividade e da preclusão, atentando-se ao contencioso administrativo instaurado, sob pena de não conhecimento de matéria inovadora, o recorrente desenvolve a mesmíssima linha argumentativa exposta na peça impugnatória, sem haver modificações significativas e sem elementos de contexto probatório aptos a modificar o entendimento delineado no julgamento *a quo*, neste prisma, considerando que inexistem novas razões entre o recurso voluntário e a peça

inaugural referida, assim como estando este julgador, diante do conjunto probatório conferido nos fólios processuais, confortável com as razões de decidir da primeira instância, passo a adotar, doravante, como meus, aqueles fundamentos da decisão de piso, de modo que proponho a confirmação e adoção da decisão recorrida nos pontos transcritos a seguir, com fulcro no § 1.º do art. 50 da Lei n.º 9.784, de 1999, e no § 3.º do artigo 57 do Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 2015, que instituiu o Regimento Interno do CARF (RICARF), *verbis*:

Destina-se, a presente notificação fiscal, ao lançamento da contribuição devida pela empresa, referente à retenção de 11% incidente sobre os valores pagos em decorrência da contratação de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, conforme previsão contida no artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98.

Consta dos autos ter a empresa deixado de reter a contribuição mencionada em contratação de empresas não optantes pelo Simples.

(...)

Primeiramente cumpre esclarecer que o presente lançamento fiscal encontra-se fundamentado no artigo 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98, o qual estabelece a obrigatoriedade da retenção para as empresas contratantes de serviços nos seguintes termos:

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.

SUJEIÇÃO PASSIVA

Pretende, a empresa, a exclusão dos valores lançados ao argumento de não ter sido ela a contratante dos serviços prestados, mas sim, as pessoas físicas e jurídicas que lhe fornecem cana-de-açúcar, alegando realizar os pagamentos por conta e ordem das mesmas. Não obstante, não logrou êxito em comprovar o alegado.

Como esclarecido pela autoridade notificante em sede de diligência fiscal, o levantamento foi realizado através da contabilidade apresentada pela COSAN S.A. IND COM, na qual os lançamentos contábeis apontam os valores devidos por serviços tomados e não demonstram a situação descrita pela empresa notificada, segundo a qual parte do serviço tomado seria de responsabilidade de terceiros.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que coube à autoridade fiscal a comprovação dos fatos alegados; no caso, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária restou devidamente identificada pela fiscalização nos registros contábeis da empresa sendo também analisados contratos e notas fiscais de prestação de serviços. Como bem colocado pelo auditor fiscal notificante, os registros contábeis não demonstram a situação descrita pela empresa, não se mostrando razoável o entendimento de que valores cujo pagamento constam na contabilidade de uma empresa sejam referentes a despesas de terceiros, ainda que estes mantenham relação comercial com a mesma. Para a comprovação do alegado deveria, a impugnante, demonstrar de maneira inequívoca que os valores incluídos nas notas fiscais apresentadas junto com a impugnação guardam relação com os valores contabilizados como pagamentos aos prestadores de serviços, relação esta que não ficou demonstrada nos autos.

Requer, a empresa, a desconstituição do lançamento para exclusão dos valores que não correspondam a pagamentos efetuados pela autuada, deixando, contudo, de apresentar qualquer elemento extintivos ou modificativos do direito alegado. Por esse motivo, deve ser mantido integralmente o lançamento sob o aspecto ora analisado.

(...)

BASE DE CÁLCULO – PERCENTUAIS APLICÁVEIS

Insurge-se, o contribuinte, contra a desconsideração, pela fiscalização, dos percentuais aplicados pelo sujeito passivo para fins de apuração da base de cálculo sobre a qual incidiria a retenção, afirmando que a retenção deve recair exclusivamente sobre a mão-de-obra apurada.

Não obstante, não se vislumbra na presente notificação fiscal qualquer informação acerca de lançamentos com a desconsideração dos percentuais aplicados pelo sujeito passivo, motivo pelo qual não serão apreciados os argumentos apresentados pelo contribuinte nesse sentido.

RETIFICAÇÕES DECORRENTES DE GUIAS APRESENTADAS

O contribuinte apresenta em sua impugnação diversas guias demonstrando o recolhimento de valores ao INSS, para que tais valores sejam deduzidos do montante lançado.

Em análise aos documentos mencionados, manifestou-se a autoridade notificante pelo aproveitamento das guias com código de recolhimento 2631, referente à retenção de 11%, que não haviam sido consideradas no momento da lavratura, apresentando planilha de retificação às fls. 1.229/1.230.

Em relação às guias com códigos de recolhimento 2100 e ... (empresas em geral ...) contendo recolhimento próprio das empresas prestadoras de serviço, não podem ser aproveitadas no presente lançamento fiscal uma vez que a presente ação fiscal não versou sobre o montante devido pelas empresas prestadoras, mas sim pela tomadora dos serviços contratados.

(...)

De mais a mais, ainda em relação ao capítulo “*inocorrência de cessão de mão de obra nos serviços de máquina e transporte*”, tem-se que afirmar que a prova dos autos bem demonstra e justifica o lançamento. Isso porque, a empreitada pode ser de labor, quando houver somente fornecimento de mão-de-obra, e mista, quando houver fornecimento de mão-de-obra e material, podendo ocorrer, em ambos os casos, a utilização de equipamentos ou meios mecânicos para sua execução. Ora, dos contratos efetuados entre a tomadora e os diversos prestadores, inclusive as amostras de contratos anexadas, pode-se depreender a existência da contratação de serviços mediante empreitada, com utilização de equipamentos contratualmente previstos, tendo sido por este motivo consideradas as devidas reduções nas bases de cálculos, o que já foi encaminhado pela fiscalização, não existindo reparos no lançamento neste particular.

Adicionalmente, em acurado relatório fiscal a Administração Tributária esclareceu que (e-fls. 261/266):

Relativamente sobre a presunção da retenção, diz o § 5º do art. 216, do RPS:

"Art.216. A arrecadação e o recolhimento das contribuições e de outras importâncias devidas à seguridade social, observado o que a respeito dispuserem o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal, obedecem às seguintes normas gerais:

...

§ 5º O desconto da contribuição e da consignação legalmente determinado sempre se presumirá feito, oportuna e regularmente, pela empresa, pelo empregador doméstico, pelo adquirente, consignatário e cooperativa a isso obrigados, não lhes sendo lícito alegarem qualquer omissão para se eximirem do recolhimento, ficando os mesmos diretamente responsáveis pelas importâncias que deixarem de descontar ou tiverem descontado em desacordo com este Regulamento.

A apuração da base de cálculo para a retenção dos 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços foi baseada nos seguintes atos normativos:

PERÍODO DE 06/99 A 04/2002 => Ordem de Serviço INSS/DAF 209/99

A contratada que esteja obrigada a fornecer material ou dispor de equipamentos próprios ou de terceiros indispensáveis à execução do serviço, cujos valores estejam estabelecidos contratualmente, sendo as parcelas correspondentes discriminadas na nota fiscal, fatura ou recibo, os respectivos valores não estarão sujeitas à retenção.

Na hipótese de não constar no contrato os valores referentes a material ou equipamentos, deverão ser discriminadas as

respectivas parcelas na nota fiscal, fatura ou recibo, não se admitindo que o valor relativo aos serviços seja inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto.

Quando a utilização de equipamento não estiver estabelecida em contrato, porém for inerente à execução do serviço, aplica-se o disposto no subitem anterior.

Na prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra relativa à operação de transportes de cargas e passageiros cujos veículos e respectivas despesas de combustível e manutenção corram por conta da contratada e não havendo discriminação no contrato do valor das respectivas parcelas, a base de cálculo da retenção não será inferior a 30% (trinta por cento) do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo.

Os percentuais de que trata este item representam o valor relativo aos serviços contidos no valor total da nota fiscal, fatura ou recibo, devendo ser, por conseguinte, aplicados sobre o valor bruto, sem a exclusão das importâncias referentes à material e à utilização de equipamentos.

Na falta de discriminação do valor da parcela relativa a material ou equipamento na nota fiscal, fatura ou recibo, a base de cálculo para a retenção será o seu valor bruto.

PERÍODO DE 05/2002 A 08/2002 => Instrução Normativa INSS/DC 071/02

Art. 106. Quando o fornecimento de material ou de equipamento estiver previsto em contrato, mas sem valor estimado, desde que discriminadas as parcelas na nota fiscal, na fatura ou no recibo, o valor relativo ao custo da mão-de-obra deverá ser calculado da seguinte forma, para os serviços:

I - em geral, a base de cálculo da retenção não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo;

II - de operação de transporte de cargas e passageiros, cujos veículos e cujas respectivas despesas de combustível e de manutenção corram por conta da contratada, a base de cálculo da retenção não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo;

§ 1º Os percentuais de que trata este artigo representam o valor relativo aos serviços contidos no valor total da nota fiscal, da fatura ou do recibo, devendo ser, por conseguinte, aplicados sobre o valor bruto, sem a exclusão das importâncias referentes à material e à utilização de equipamentos.

§ 2º Na falta de discriminação do valor da parcela relativa a material ou a equipamento em nota fiscal, em fatura ou em recibo, a base-de-cálculo para a retenção será o seu valor bruto.

§ 3º Quando o fornecimento de material não estiver previsto no contrato, mesmo que discriminadas as parcelas em nota fiscal, fatura ou recibo, a base-de-cálculo para a retenção será o seu valor bruto.

(...)

Ocorre que vários prestadores de serviços que a empresa notificada contratou e que não sofreram retenção, não estavam enquadrados no regime fiscal do SIMPLES, conforme foi pesquisado junto à Receita Federal.

Esses lançamentos foram verificados nos registros contábeis da empresa, disponibilizados em meio magnético, onde no livro razão referente à área agrícola as atividades estão divididas em três tipos de lançamentos: CA1, ET1 e TR1. Os lançamentos CA1, são referentes ao trabalho no campo com uso de máquinas e

equipamentos agrícolas, os lançamentos ET1 são relativos ao trabalho braçal, de mão-de-obra no campo, e os TR1 referem-se ao transporte de turmas.

Cada prestador de serviços tem um ou mais códigos contábeis na empresa fiscalizada, o que permite individualizar os lançamentos.

A seguir, estão relacionados os papéis de trabalho (levantamentos) desta notificação:

(...) [conferir e-fls. 263/264]

Demonstração de como foi calculado o débito

(...) [conferir e-fls. 265/266]

A diligência fiscal ainda esclarece e é possível confirmar as afirmações com os elementos dos autos que (e-fls. 1.231/1.236):

No item (A) na folha 259, o contribuinte alega que parte dos pagamentos efetuados a prestadores, que integraram a base de cálculo utilizado para o lançamento dos créditos desta NFLD foram, de fato, adiantamento a fornecedores pessoas físicas ou empresas, que também tomaram serviços dos mesmos prestadores contratados pela Cosan, ou seja, que parte dos pagamentos foram efetuados por conta e ordem de produtores rurais fornecedores da autuada, não cabendo, portanto, à autuada, efetuar a retenção dos 11 % prevista na legislação, por ser esta uma obrigação do fornecedor e não sua. Com relação a esta argumentação, temos a considerar:

- *A notificada apresentou no decorrer da ação fiscal, bem como na presente defesa (fls. 305 a 332), cópias de contratos que celebrou com algumas das empresas prestadoras de serviços, mas não foi apresentado nenhum contrato sequer, celebrado com os ditos fornecedores de cana, prevendo tal operação;*
- *A notificada não apresentou as notas fiscais de serviços em sua totalidade para os valores pagos a prestadores de serviços no período fiscalizado, apresentando a contabilidade como instrumento hábil para retratar os referidos valores. Nesta defesa, porém, a mesma alega que os valores lançados em sua contabilidade sob o título de "serviços prestados" não são os valores corretos que a mesma devia pagar às empresas prestadoras, sendo que esses valores, em parte, referem-se a serviços prestados pelas mesmas empresas prestadoras, a outras empresas ou pessoas físicas (os fornecedores da COSAN). Para fundamentar essa declaração, foram juntados a este processo de notificação, uma planilha denominada "DEMONSTRATIVO DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR 'PRESTADORES' À 'FORNECEDORES' DE CANA" (FLS. 333 A 338), cópias de algumas Notas Fiscais e de recibos emitidos por diversos prestadores contra fornecedores da COSAN (fls. 339 a 545), sendo que os recibos, impressos em papel A4 de forma padronizada, em grande parte não têm, sequer, a assinatura do emitente;*
- *Considerando que os levantamentos do presente débito foram realizados com base nos registros contábeis apresentados a esta fiscalização pela COSAN S/A IND. COM., onde os lançamentos contábeis apontam os valores pagos pela autuada a prestadores de serviços, e que esses mesmos lançamentos não demonstraram a situação descrita na impugnação pela empresa notificada, onde parte do serviço tomado seria de responsabilidade de terceiros;*
- *Considerando-se que a documentação apresentada junto à impugnação não é bastante e suficiente para a comprovação das operações alegadas;*
- *Considerando-se por fim, que parte dos pagamentos a prestadores, de fato se refiram a adiantamentos a fornecedores, ainda assim entendemos ser devida a retenção de 11%, pois a previsão legal é que "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". Ora, se o contratante for pessoa jurídica, e portanto sujeito à retenção, qualquer que seja a forma e a origem do pagamento, este deverá observar as exigências legais. Inclusive, podemos inferir que a existência de qualquer operação que venha a reduzir o recolhimento de tributos, poderá, em tese, se enquadrar no art. 1º da Lei 8.137/90, a saber: "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação." Concluimos, após o exposto, pela impossibilidade de se admitir a situação alegada pela autuada, com a consequente manutenção da presunção das retenções. Finalizando, temos que, caso venha a se comprovar tal hipótese, comprovada estaria a inconsistência dos registros contábeis da autuada, que não teria registrado de forma correta, em títulos próprios conforme preceituam os princípios básicos da contabilidade, arcando então com todas as consequências daí advindas.

(...)

No item (D) na folha 272, o contribuinte alega que parte dos prestadores de serviços objetos desta NFLD já efetuaram recolhimentos à Previdência Social, relativos à folha de pagamentos normal da empresa, estando, desta forma, extintos os créditos tributários ora lançados. Para prover sustentação ao alegado, anexa a impetrante à sua impugnação, cópias de diversos documentos (fls. 584 a 1105):

Observamos que grande parte das GFIP apresentadas foram emitidas com o código de recolhimento 115. Caso estes documentos se referissem aos empregados cedidos à empresa tomadora, deveria ter sido utilizado o código de recolhimento 150.

Podemos observar, ainda, que em várias GFIP os valores declarados como devidos ao INSS não possuem correlação com os valores recolhidos ao INSS através das GPS também anexadas.

Considerando-se que o parágrafo 5º do Art. 33 da Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991, determina que " 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"; Considerando-se que os documentos apresentados pelo contribuinte na impugnação da presente não comprovam, sob nenhum aspecto, o recolhimento da totalidade das contribuições devidas ao INSS em função da folha de pagamentos de salários pelos prestadores, uma vez que se faz necessário ao fisco conhecer de forma inequívoca a totalidade dos fatos geradores incorridos pelo contribuinte em cada competência, juntamente com os respectivos recolhimentos para se comprovar tal afirmação; Concluimos pela impossibilidade de se considerar a argumentação apresentada pelo contribuinte (...).

(...)

No item (E) na folha 275, o contribuinte afirma não se enquadrar como cessão de mão de obra os serviços prestados com transporte e máquinas, anexando cópias de

contratos de prestação de serviços entre a COSAN e diversos prestadores (fls. 305 a 332).

Segundo a OS 203, de 29/01/1999, no item 4 "Entende-se por EMPREITADA DE MÃO-DE-OBRA a contratação de empresa prestadora de serviço para executar serviços relacionados ou não com a atividade-fim da empresa contratante, nas dependências desta ou nas de terceiros" e segundo a OS 209, de 20/05/1999, em seu item 3, "EMPREITADA é a execução de tarefa, obra ou serviço, contratualmente estabelecida, relacionada ou não com a atividade fim da empresa contratante, nas suas dependências, nas da contratada ou nas de terceiros, tendo como objeto um fim específico ou resultado pretendido. A empreitada será de labor, quando houver somente fornecimento de mão-de-obra, e mista, quando houver fornecimento de mão-de-obra e material, podendo ocorrer, em ambos os casos, a utilização de equipamentos ou meios mecânicos para sua execução." Da análise dos contratos efetuados entre a tomadora (COSAN) e os diversos prestadores, inclusive as amostras de contratos anexadas à defesa, à luz das respectivas OS, podemos depreender a existência da contratação de serviços mediante empreitada, com utilização de equipamentos contratualmente previstos, tendo sido por este motivo, já consideradas as devidas reduções nas bases de cálculos conforme previsto na legislação pertinente e demonstrado no relatório fiscal da NFLD às fls. 248 e 249. Pelo acima exposto, consideramos como devida a retenção presumida e conseqüentemente inalterados os valores dos levantamentos em questão.

Veja-se, ainda, que, a despeito dos argumentos levantados no recurso, à mingua de demonstração e cotejo específico, inclusive em relação a alegação de não se enquadrar como cessão de mão de obra os serviços prestados com transporte e máquinas, não compete a este Colegiado produzir provas em favor da defesa com realização de diligência, sendo ônus do contribuinte bem demonstrar suas sustentações.

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

- Retenção de 11% pela tomadora autuada/recorrente por cessão de mão-de-obra ou empreitada pela contratação de empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES

O capítulo em vergasta se distingue por tratar das contratadas optantes pelo SIMPLES. A decisão de primeira instância até afastou parte do lançamento em relação as prestadoras optantes pelo regime simplificado ao considerar que no período de janeiro/2000 a agosto/2002 a Instrução Normativa INSS/DC nº 08, de 21/01/2000, vigente à época, dava permissão para a não retenção. Em diligência a fiscalização bem demonstrou as empresas com períodos compreendidos no interregno (item 4, e-fls. 1.232/1.233), indicando-se, assim, o que deveria ser afastado pela DRJ e o que não estava compreendido e que foi mantido pelos julgadores de piso.

A questão controvertida remanescente é, portanto, os demais períodos do lançamento, excetuado o período de janeiro/2000 a agosto/2002 (que já foi decotado). A recorrente insiste em afirmar que empresa prestadora optante pelo SIMPLES – *para quaisquer períodos e não apenas para o período já decotado* – não pode sofrer a retenção de 11%, de modo que a recorrente não poderia ser autuada por não ter realizado a retenção das prestadoras optantes pelo SIMPLES.

Muito bem. O embate remanescente é concernente ao dever, ou não, de substituição tributária do art. 31 da Lei 8.212, da retenção, uma vez que ocorreu a prestação de serviços por empresas do SIMPLES para a recorrente na condição de tomadora, ocasião em que as prestadoras (do SIMPLES) colocaram segurados do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) à disposição da contratante-recorrente, nas dependências desta ou nos locais por ela

indicados, para realizarem serviços contínuos, o que configurou a cessão de mão-de-obra ou empreitada.

Registro que outrora, no período de 10/01/2000 a 31/08/2002, atos normativos do INSS (órgão fiscalizador e arrecadador da época) 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). O fato já foi reconhecido pela DRJ e houve procedência parcial da impugnação neste particular. O período em vergasta remanescente são as épocas mantidas destoantes deste interregno.

O ponto posto na controvérsia que se mantém é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve a oportunidade de enfrentar o assunto em recurso repetitivo (REsp 1.112.467), Tema Repetitivo 171, e a questão controvertida submetida a julgamento contém por enunciação temática “[q]uestão 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”, lado outro, a Tese Firmada enuncia que: “A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples.”

Deste modo, assiste razão a recorrente, logo não lhe é aplicada a substituição tributária do art. 31 da Lei 8.212 na contratação dos serviços de cessão de mão-de-obra das empresas enquadradas naquela ocasião no SIMPLES, já que as empresas do regime especial de tributação, em regra, e neste caso não há hipótese de exceção, não se sujeitam 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 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 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/STJ, 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 n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º - C do art. 18 da Lei Complementar n.º 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 n.º 128, de 19 de dezembro de 2008, mas aqui sequer cabe analisar este ponto pois os períodos de apuração são todos anteriores a LC n.º 128.

Sendo assim, com razão o recorrente neste capítulo para decotar do lançamento a retenção de 11% em relação as empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES.

- Juros de mora pela taxa SELIC

Observo que o recorrente questiona, ainda, os juros moratórios pela taxa SELIC.

A discussão que leve a tese de inconstitucionalidade da SELIC não será apreciada, remanescendo o debate sobre a aplicação da SELIC como correta ou não pela lei federal.

Pois bem. Não vejo reparos a serem tecidos na decisão hostilizada para a referida irresignação quanto aos juros moratórios, sendo tema objeto de enunciado posto na Súmula CARF n.º 4, nestes termos: *“A partir de 1.º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.”*

Ademais, não há cumulação de juros moratórios e atualização monetária. Na verdade, a taxa SELIC tem esse viés duplo, mas é uma única taxa. Não há outra taxa que incida junto com a SELIC. Ademais, também não se sustenta tese de capitalização ou de anatocismo da SELIC, tantas vezes admitida e reiterada em diversos precedentes administrativos e judiciais. Outrossim, não há cumulação indevida de juros moratórios e da multa, pois cada qual exerce a sua função autorizada e prevista em lei, tendo o lançamento bem apontado a normatização a partir da subsunção efetivada na aplicação do direito.

De mais a mais, no caso específico de débitos para com a Fazenda Nacional, a adoção da taxa de referência SELIC, como medida de percentual de juros de mora, foi estabelecida pela Lei n.º 9.065, de 20/06/1995, nestes termos:

Art. 13. A partir de 1.º de abril de 1995, os juros de que tratam a alínea c do parágrafo único do art. 14 da Lei n.º 8.847, de 28 de janeiro de 1994, com a redação dada pelo art. 6.º da Lei n.º 8.850, de 28 de janeiro de 1994, e pelo art. 90 da Lei n.º 8.981, de 1995, o art. 84, inciso I, e o art. 91, parágrafo único, alínea a.2, da Lei n.º 8.981, de 1995, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.

Trata-se de temática já superada e, atualmente, sumulada, como acima ponderado.

Aliás, o cálculo dos juros de mora, equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, está, hodiernamente, previsto, de forma literal, no art. 61, § 3.º, da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

É uma imposição objetivada pela lei e decorre do lançamento, quando formalizado pela Administração Tributária. Trata-se de aplicação da lei, restando legítimo a fixação conforme preceito normativo.

Com respeito à utilização da SELIC para o cálculo dos juros moratórios, cabe citar o art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN), nestes termos:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantias previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1.º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Constata-se que o CTN é claro ao tratar sobre o percentual de juros de mora, dispondo que somente deve ser aplicado o percentual de 1% (um por cento) ao mês calendário quando a lei não dispuser de modo diverso. Há, por conseguinte, regra para instituir taxa de juros distinta daquela calculada à base de 1% (um por cento) ao mês. De mais a mais, o limite de juros em 6% (seis por cento) ao ano não se aplica em matéria tributária.

Logo, fica a critério do poder tributante o estabelecimento, por lei, da taxa de juros de mora a ser aplicada sobre o crédito tributário não liquidado no prazo legal e no caso específico a adoção da SELIC está posta no art. 13 da Lei n.º 9.065, de 1995.

No mais, o julgador administrativo está impedido de afastar a taxa SELIC sob alegação de confisco ou inconstitucionalidade ou de *bis in idem*, conforme Súmula CARF n.º 2: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*”

Por último, havendo lançamento de ofício os encargos moratórios estão previstos e normatizados em lei sendo decorrência da autuação que aplicou o direito ao caso concreto, isto é, a mora no pagamento impõe os juros e a multa, de modo que inexistente *bis in idem* na atualização do valor pela SELIC e na sanção imposta pela multa.

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

- Juros de mora sobre a multa

O recorrente se insurge, também, contra os juros de mora sobre a multa. A discussão que leve a tese de inconstitucionalidade não será debatida por impedimento sumular, remanescendo o debate sobre a aplicação da lei federal.

Quanto ao questionamento acerca dos juros de mora sobre multa de ofício, tem-se caso de aplicação cogente da Súmula CARF n.º 108, nestes termos: “*Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*” (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Sendo assim, sem razão o recorrente neste capítulo.

Conclusão quanto ao Recurso Voluntário

Em apreciação racional da lide, motivado pelas normas aplicáveis à espécie e provas colacionadas, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, em resumo, voto

por conhecer do recurso e, na parte conhecida, no mérito, dou-lhe provimento parcial para reconhecer a decadência parcial do lançamento até 06/2000, inclusive, e afastá-las do lançamento, bem como para decotar do lançamento a retenção de 11% em relação as empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES. Alfim, finalizo em sintético dispositivo.

Dispositivo

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reconhecer a decadência parcial do lançamento e afastar as competências até 06/2000, inclusive, bem como para decotar do lançamento a retenção de 11% em relação as empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES.

É como Voto.

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros