



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

Processo nº 11080.000108/2008-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.409 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2013
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente PAULO SÉRGIO DIAS PADILHA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2006 a 31/12/2007

RESTITUIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA SERVIÇO NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. OBRIGATORIEDADE DA RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS.

No período objeto do pedido de restituição (competências 10/2007 a 12/2007), há obrigatoriedade de retenção sobre os serviços prestados por empresa não optante pelo Simples Nacional, submetendo-se à sistemática de retenção de 11% do valor da nota fiscal/fatura.

RESTITUIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESA PRESTADORA SERVIÇO OPTANTE PELO SIMPLES FEDERAL. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. LEI 9.711/1998. INAPLICABILIDADE. REGIME DO ARTIGO 543-C DO CPC. RECURSOS REPETITIVOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO RICARF. ALINHAMENTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

Em decorrência de entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a empresa prestadora de serviço, quando optante do SIMPLES FEDERAL, não se submete à sistemática de retenção de 11% do valor da nota fiscal, prevista no art. 31 da Lei 8.212/1991, dada pela redação da Lei 9.711/1998.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que sejam restituídos os valores relativos aos meses 11/2006, 04/2007 e 05/2007.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente

Ronaldo de Lima Macedo - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Thiago Taborda Simões.

Relatório

Trata-se de Manifestação de Inconformidade (MI) em face de deferimento parcial do Requerimento de Restituição da Retenção (RRR) de importâncias retidas a título de contribuições previdenciárias na forma do art. 31 da Lei 8.212/1991, que consiste nos valores relativos à retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços realizados mediante cessão de mão-de-obra, para as competências 11/2006, 04/2007, 05/2007 e 10/2007 a 12/2007.

O requerente justificou o pedido de restituição afirmando tratar-se de valores excedentes das retenções sofridas sobre Notas Fiscais de Prestação de Serviços, em relação aos valores devidos sobre as folhas de pagamento.

Em 02/03/2011 foi expedido o Despacho Decisório nº D/19001/2011/0155 (fls. 262/263), deferindo parcialmente a restituição, relativa às competências 11/2006, 04/2007, 05/2007 e 11/2007, no valor de R\$1.274,57 (um mil duzentos e setenta e quatro reais e cinquenta e sete centavos), de acordo com as planilhas de fls. 263/264. As restituições pleiteadas nas competências 10 e 12/2007 foram indeferidas conforme demonstrado às fl. 263.

No Despacho Decisório consta que a empresa foi optante pelo Simples Federal a partir de 14/02/2000, tendo sido excluída do referido sistema em 30/06/2007.

Consta, ainda, que a restituição deferida decorreu exclusivamente do encontro de contas entre as contribuições previdenciárias devidas pela requerente e aquelas retidas pela contratante quando do pagamento das Notas Fiscais. Não compõem a equação as contribuições sociais destinadas aos denominados “terceiros”, nem eventuais valores suscetíveis de reembolso ou restituição de outra natureza, como por exemplo, o salário-família ou o salário-maternidade. No presente processo não houve pedido de reembolso de salário família, acompanhado da documentação pertinente.

Cientificado da decisão, em 08/07/2011 (fl. 264), o requerente apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 265/269), alegando, em síntese, que:

1. não procede o indeferimento por “intempestividade” do pedido (direito de pleitear a restituição), tendo em vista que este não trata de créditos tributários ou previdenciários, e sim de retenções sobre o valor do trabalho;
2. requer, ainda, a reforma do Despacho Decisório, pois não concorda com indeferimento pela RFB da restituição dos valores retidos, ainda mais porque estes valores se referem a créditos do contribuinte, de retenções efetuadas indevidamente por fontes pagadoras que não observaram, para o período em questão, a inexistência de obrigação de retenção sobre serviços realizados por empresas optantes pelo Simples. Alega que até 01/12/2003 não possuía empregados, os serviços eram realizados por ele, e era optante pelo sistema Simples Federal e Simples Nacional sendo indevidas as retenções sofridas;

3. Insurge-se contra a cobrança de diferenças de contribuições geradas a partir das retificações efetuadas nas GFIPs por solicitação da Receita Federal do Brasil, alegando ser ato que ofende o seu direito constitucional, pois não recebeu a relação dos débitos que estão sendo cobrados.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Porto Alegre/RS – por meio do Acórdão nº 10-36.924 da 6ª Turma da DRJ/POA (fls. 299/303) – considerou a manifestação de inconformidade (pedido de restituição) improcedente.

A Notificada apresentou recurso voluntário (fls. 313/337), manifestando seu inconformismo pela improcedência de seu pedido de restituição e no mais efetua as alegações da peça de manifestação de inconformidade.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Pelotas/RS informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para processamento e julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fls. 305/313) e não há óbice ao seu conhecimento.

Nos termos dos autos, a Recorrente requer a restituição de contribuições previdenciárias recolhidas em seu nome relacionadas à retenção de 11% (onze) do valor bruto da nota fiscal e/ou fatura de prestação de serviços, prevista no artigo 31 da Lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 9.711/1998, para as competências 11/2006, 04/2007, 05/2007 e 10/2007 a 12/2007.

De forma resumida, a Recorrente alega cumprir todas as exigências para a restituição de valores de retenção, uma vez que, por ser à época empresa optante do SIMPLES, ela estaria dispensada de tal retenção.

Com relação às competências 11/2006, 04/2007 e 05/2007, constata-se que, em 02/03/2011, foi expedido o Despacho Decisório nº D/19001/2011/0155 (fls. 262/263), deferindo parcialmente a restituição dos valores devidos.

Da análise dos documentos que instruíram o presente processo, verificou-se que a Recorrente era optante do SIMPLES FEDERAL, conforme afirmação do Fisco:

*“[...] Por oportuno, **cabe salientar que a empresa foi excluída do sistema Simples Federal em 30/06/2007**, conforme se extrai das informações contidas nos sistemas da Receita Federal do Brasil – RFB, fls. 251 do processo digital. [...]” (decisão de primeira instância proferida por meio do Acórdão nº 10-36.924 da 6ª Turma da DRJ/POA (fls. 299/303)) (g.n.)*

Considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), entendo que a sistemática da retenção não é aplicável quando a empresa, contratante ou contrata, é optante do SIMPLES FEDERAL, tendo em vista que nessa sistemática, a contribuição previdenciária da empresa é equivalente a um percentual incidente sobre sua receita bruta mensal.

Tal entendimento está consubstanciado nos trechos das decisões do STJ:

“Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. LEI 9.713/96. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. LEI 9.711/98. INAPLICABILIDADE.

1. A Primeira Seção, ao julgar o EREsp 511.001/MG firmou entendimento de que, em homenagem ao princípio da especialidade, é ilegítima a exigência das empresas tomadoras de serviço optantes pelo SIMPLES (na forma da Lei 9.713/96) a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal a título de

contribuição previdenciária, na sistemática instituída pela Lei 9.711/98.

2. Hipótese dos autos que não se enquadra na situação descrita no precedente da Primeira Seção, porque a empresa prestadora do serviço (cedente) que é a optante pelo SIMPLES e não a empresa tomadora.

3. A empresa prestadora do serviço, quanto optante do simples, também não se submete à sistemática da Lei 9.711/98 (que deu nova redação ao art. 31 da Lei 8.212/91) porque a Lei 9.713/96 já prevê o pagamento da contribuição previdenciária a cargo da pessoa jurídica no montante a ser recolhido mensalmente sobre receita bruta mensal.

4. Recurso conhecido em parte e improvido (REsp 610928 RS 2003/0209588-2; Relator(a): Ministra ELIANA CALMON; Julgamento: 27/06/2005; Publicação: DJ 15.08.2005 p. 251)”

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

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

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

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

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1112467 / DF; Data 12/08/2009)”

Ressalta-se, ainda, que a matéria está sendo julgada no regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil (CPC) e da Resolução nº 8/2008 do STJ, que trata dos recursos repetitivos, conforme se pode verificar no Resp. nº 1112467/DF acima mencionado.

Diante de tal fato, como se trata do regime do artigo 543-C do CPC, a decisão do STJ deve ser aqui reproduzida, conforme determina o novel artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:

Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010:

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

Depreende-se das decisões do STJ susomencionadas que a retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes do Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições) da Receita Federal. Este entendimento foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do enunciado da Súmula 425 (em 10/03/2010):

***Súmula 425 - STJ:** “A retenção da contribuição para a seguridade social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo Simples”.*

O STJ vinha adotando esse entendimento desde 2005, em decisões diversas, uma das quais no embargo de divergência no recurso especial (Resp) 511.001, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra a Transportadora JJ Ltda, que teve provimento negado. O STJ considerou que existe incompatibilidade técnica entre o sistema de arrecadação da Lei 9.711/98 – que dispõe sobre a recuperação de haveres do Tesouro Nacional e do INSS – e a Lei 9.317/96 (Lei das micro e pequenas empresas).

Em razão disso, ficou pacificado que, em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do Simples, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na Lei das Microempresas e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação.

Assim, a empresa optante do SIMPLES FEDERAL não será submetida a sistemática da retenção de 11% (onze) do valor bruto da nota fiscal e/ou fatura de prestação de serviços, prevista no artigo 31 da Lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 9.711/1998. Logo, caso haja tal retenção e os valores foram recolhidos à Previdência Social, entendo que se trata de pagamento indevido, fazendo com que o sujeito passivo da obrigação tributária tenha o direito à restituição do indébito perante à União.

Com isso, como a questão é eminentemente jurídica, inclino-me diante da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para reconhecer o direito creditório requerido pela Recorrente, optante do SIMPLES FEDERAL, desde que seja observada à regra estampada no art. 89, § 8º, da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005). (g.n.)

Dessa maneira, caso a Recorrente possua débitos exigíveis perante a União, o valor a ser restituído deverá ser compensado total ou parcialmente, a fim de extingui-lo.

Para as demais competências, verifica-se que a Recorrente não era optante do SIMPLES NACIONAL a partir da competência 07/2007, inclusive, conforme documentos que instruíram o presente processo e afirmação do Fisco, nos seguintes termos:

*“[...] Destaca-se, **também, que a empresa não é optante pelo Simples Nacional,** de acordo com consulta efetuada no Sítio da Receita Federal do Brasil, fls. 252 do processo digital. [...]” (decisão de primeira instância proferida por meio do Acórdão nº 10-36.924 da 6ª Turma da DRJ/POA (fls. 299/303)) (g.n.)*

Dessa forma, a partir de 01/07/2007, a Recorrente não está autorizada a apurar os tributos de forma centralizada nem tem direito aos percentuais instituídos no Sistema Simples (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições), portanto a apuração demonstrada no requerimento de fls. 03 não condiz com a realidade da empresa e não pode ser utilizada para determinar se houve excesso de recolhimentos a ensejar a restituição pleiteada.

Por sua vez, a Lei 9.711/1998 estabelece que as empresas tomadoras de serviço são responsáveis tributárias, em regime de substituição, pela retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Já a Lei 9.317/1996 instituiu tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e simplificou o cumprimento de suas obrigações administrativas, tributárias e previdenciárias, por meio do Simples. Dessa forma, com a vigência do Simples, passou a ser efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais, cuja base de cálculo é o faturamento, sobre o qual incide uma alíquota única. A empresa optante ficou, então, dispensada do pagamento das demais contribuições.

Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/1998:

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 devida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente de mão-de-obra, observado o disposto no parágrafo 5º do art. 33.

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será

compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 21/11/98)

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

Em razão disso, a Recorrente será submetida a sistemática da retenção de 11% (onze) do valor bruto da nota fiscal e/ou fatura de prestação de serviços, prevista no artigo 31 da Lei 8.212/1991, na redação dada pela Lei 9.711/1998, eis que ela não é optante do SIMPLES NACIONAL. Logo, entende-se que – a partir da competência 07/2007, inclusive –, a Recorrente não tem o direito à restituição do indébito perante a União.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de CONHECER do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que, após observância da regra estampada no art. 89, § 8º, da Lei 8.212/1991, sejam restituídos os valores delineados nas competências 11/2006, 04/2007 e 05/2007, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.