



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

Processo nº 35301.002326/2007-46
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-002.991 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente RIGHT SIZE INFORMÁTICA S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/07/1999

RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

O prazo para exercício do direito à restituição de tributos indevidos ou pagos a maior se inicia com a extinção do crédito tributário, cujas modalidades são as previstas no artigo 156 do CTN.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11%. EMPRESA PRESTADORA OPTANTE PELO SIMPLES. INCOMPATIBILIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO STJ.

A retenção de 11% sobre o valor bruto de notas fiscais de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra é incompatível com o sistema de recolhimentos simplificado de impostos e contribuições federais - SIMPLES (RESP 1.112.467/DF).

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que manteve o indeferimento do pedido de restituição de contribuições retidas na prestação de serviços por cessão de mão de obra, protocolado em 13/03/2007. Seguem transcrições:

*RESTITUIÇÃO. PESSOA JURÍDICA. RETENÇÃO DE 11%.
PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA.*

E de cinco anos o prazo prescricional para o pedido de restituição, a contar da competência em que ocorreu a retenção a maior.

*AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA.
PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. DESCABIMENTO.*

A propositura de ação judicial, em que haja identidade com o objeto do pedido administrativo, implica renúncia a esta esfera, descabendo falar em interrupção da prescrição.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

...

2. Em seu requerimento, de fls. 01/03, apresentado em 13/03/2007, a empresa alegou, em síntese, que:

2.1. Prestou serviços para as empresas BOZANO SIMONSEN S/A e SOCIEDADE DE FOMENTO COMERCIAL BS FACTORING LTDA, tendo sofrido a retenção de 11% sobre as faturas que emitiu, por força da edição da Ordem de Serviço nº 203/1999;

2.2. Em 20/05/1999 houve a edição da Ordem de Serviço nº 209 que revogou a Ordem de Serviço nº 203/1999, e, por conta disso, não mais se sujeitou à retenção, passando a ter direito ao indébito.

3. O Serviço de Orientação da Arrecadação da DRP/RJ/Centro, em seu despacho de fls. 68, datado de 29/03/2007, indeferiu o pedido de restituição com fundamento no artigo 88 da Lei 8.212/91 c/c artigo 347, § I do Decreto 3.048/99 e com o artigo 218, IV, da Instrução Normativa nº 03/2005, pelos quais o direito do contribuinte requerer a restituição prescreve em 5 anos, a contar da data em que a retenção foi recolhida em favor da empresa.

4. A requerente tomou ciência da decisão que indeferiu o pedido e do prazo de 30 dias para recurso ao CAJ/CRPS, através do

Ofício nº 19/UARP/RJ/Centro, de fls. 69, em 18/04/2007, conforme AR, de fls. 70.

5. Na data de 03/05/2007, requereu vistas e obteve cópia integral do processo, conforme se verificou às fls. 72/74. Na mesma data, a requerente apresentou a peça de fls. 76/77, solicitando a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de restituição alegando que:

5.1. A prescrição foi interrompida devido a existência de Ação Mandamental e posterior Recurso Judicial, que iniciou em 03/1999 e terminou em 05/2006;

5.2. Houve despacho do Juízo da 22. Vara Federal/RJ, de 11/04/2005, em que disse: ..."Assim, se for o caso, deve a impetrante buscar pela via administrativa a restituição dos valores retidos a maior em função do simples ".

5.3. Somente em 30/05/2006 o juiz determinou a conversão do depósito em favor do INSS;

5.4. Inexiste a apontada prescrição quinquenal, pois a requerente não poderia demandar administrativamente, quando tramitava ação judicial da qual ainda não se tinha findado a prestação jurisdicional;

5.5. Requer a reconsideração da decisão dando prosseguimento ao administrativo.

6. Na data de 14/09/2007, o Serviço de Orientação da Arrecadação da DRP/RJ/Centro, emitiu o Ofício nº 175/2007/SEARP/DRP/RJ/Centro, de fls. 93/94, do qual a requerente tomou ciência em 25/09/2007, conforme AR de fls. 95, contendo, em síntese, que:

6.1. No lugar de recorrer ao CRPS a requerente preferiu solicitar a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de restituição;

6.2. A requerente não informou no seu pedido que havia processo judicial, o qual poderia interromper a prescrição;

6.3. A empresa deveria apresentar, no prazo de 10 dias, as cópias dos processos judiciais e a comprovação de que adesão ao SIMPLES.

7. Pelo documento de fls. 96, datado de 03/10/2007, a requerente apresentou as cópias dos processos judiciais, solicitadas pelo Ofício nº 175/2007/SEARP/DRP/RJ/Centro. Ressaltou a requerente que apenas o primeiro processo, MS 99.0008223-0, interromperia a prescrição.

...

19. Analisando os termos do processo n 99.0008223-0, trazido aos autos pela Recorrente, às fls. 186/327, verificou-se que o mesmo tinha por objeto o pedido de não se submeter à retenção de 11%, de que trata o artigo 31 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.711/98, sob o argumento de

inconstitucionalidade. A segurança foi concedida em 04/10/1999, com o seguinte teor, que se extraiu das fls. 192/193:

*"Ante o exposto, concedo a segurança pleiteada, determinando que a impetrante **não venha a sofrer retenção de valores, a título de antecipação da contribuição** destinada a Seguridade Social sobre a folha de pagamentos, prevista na Lei 9.711/98, em relação às notas fiscais emitidas pelos serviços prestados ao Bozano Simonsen S/A e à Sociedade de Fomento B.S. Factoring Ltda, conforme pedido, "(destaquei).*

...

23. A Recorrente, ainda que entendesse se tratar do mesmo objeto, poderia ter requerido administrativamente a restituição dos valores retidos entre 03 e 07/1999, a partir da data em que ocorreu o trânsito julgado que lhe foi desfavorável, em 03/09/2003, pois o direito de pleitear a restituição ainda não estava prescrito.

*24. Considerando todo o exposto, o pedido de restituição, protocolado em 13/03/2007, referente às retenções ocorridas entre 03/1999 e 07/1999, está totalmente prescrito desde 01/08/2005, pelo decurso do prazo quinquenal estabelecido no artigo 347, § I ., do RPS, não se tendo verificado, qualquer hipótese de interrupção ou suspensão da prescrição, de modo a ensejar a reforma da decisão **a quo**, às fl. 68.*

Por solicitação da Superintendência da 7ª Região, foi solucionado conflito de competência sobre o órgão responsável para apreciação do pedido de reconsideração da decisão denegatória do direito creditório. Conclui-se que seria a DRJ.

Contra a decisão, o recorrente reiterou suas alegações iniciais e acrescentou:

Certa de que tal obrigação de retenção consubstanciaria verdadeira afronta à ordem constitucional, a Recorrente, em março de 1999, impetrou o Mandado de Segurança nº 99.0008223-0, distribuído perante a 22.ª vara Cível da Justiça Federal do Rio de Janeiro, através do qual requereu a autorização judicial para não sofrer a aludida retenção por força dos serviços aos serviços que seriam prestados ao BOZANO SIMONSEN S/A e à SOCIEDADE DE FOMENTO B.S. FACTORLNG LTDA (fls. 99/103).

*O pedido de liminar pleiteado foi parcialmente concedido para o fim de autorizar o **depósito judicial dos valores em questão**, suspendendo, assim, a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, nos termos do artigo 151, II do CTN (fls. 148).*

Os referidos depósitos foram rigorosamente efetuados ao longo do referido processo e, em 31.07.1999, foi proferida r. sentença, a qual concedeu a segurança, por entender pela inconstitucionalidade da presente sistemática de cobrança (fls. 186/194).

Diante da sentença favorável, a Recorrente apresentou pedido de levantamento dos depósitos (fls. 22), o que lhe foi indeferido, pois tal requerimento apenas poderia ser implementado após o trânsito em julgado de decisão final concessiva da segurança (fls. 212 e 235).

...

O trânsito em julgado do referido acórdão ocorreu em 27.10.2003 (fls. 259).

Com a baixa dos autos à origem, em 03.02.2004 foi publicado despacho intimando as partes para requererem o que de direito (fls. 262).

Neste momento, a Recorrente percebeu que, a despeito da constitucionalidade da retenção de 11%, as empresas inscritas no SIMPLES não deveriam sofrer a sua retenção, pois o recolhimento dos seus tributos há de ocorrer de forma unificada.

Assim, em 08.07.2004, a Recorrente apresentou petição informando a sua situação cadastral e requerendo o levantamento dos depósitos judiciais vinculados à referida ação mandamental (fls. 272/288).

Após diversas intimações do INSS para se manifestar sobre o assunto, finalmente, em 14.03.2005 a autarquia apresentou pedido de conversão em renda dos depósitos (fls. 326), de modo que, em 31.03.2005, foi proferida r. decisão que (i) indeferiu o pedido de levantamento da Recorrente, esclarecendo que a mesma deveria buscar pelas vias administrativas a restituição dos valores retidos a maior em função da adesão ao SIMPLES e (ii) deferiu o pedido de conversão dos depósitos em pagamento formulado pelo INSS (fls. 327).

Com efeito, em 13.03.2007, a Recorrente, em linha com o que foi afirmado pelo Magistrado da 22ª Vara Cível do Rio de Janeiro, apresentou pedido de restituição dos respectivos valores.

...

*Conforme dito acima, os valores que ora se pretende repetir foram depositados judicialmente, e não recolhidos diretamente aos cofres públicos, mantendo-se suspensos até a sua conversão em renda da Receita Federal. **Tal conversão (em pagamento) apenas ocorreu no ano de 2007 (fls. 342 e ss).***

Com efeito, ao contrário de se discutir se houve, ou não a interrupção do prazo prescricional com a propositura do Mandado de Segurança em comento, a bem da verdade, o que se tem é que o início do mesmo apenas ocorreu no ano de 2007, nos exatos termos do artigo 168, I, combinado com o artigo 156, VI ambos do CTN, sendo absolutamente tempestiva a apresentação do pedido de restituição em comento.

...

No presente caso, o momento da extinção do crédito tributário foi o da conversão em renda em favor do INSS dos valores

depositados nos autos do Mandado de Segurança nº 99.0008223-0 (artigo 156, VI do CTN).

O Poder Judiciário também possui o mesmo entendimento:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. FINSOCIAL. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. DIVERSIDADE DE CAUSA DE PEDIR. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. A coisa julgada, como pressuposto processual de validade, exige, para sua configuração, a tríple identidade entre as ações, na forma do artigo 301, §§ I e 2., do CPC. Desta forma, necessário que os três elementos de ambas as ações (partes, causa de pedir e pedido) sejam idênticos. Na hipótese, o mandado de segurança anterior possuía como causa de pedir unicamente a própria constitucionalidade do FINSOCIAL após o advento da Constituição Federal de 1988, nada sendo aventado sobre a legitimidade da majoração de alíquota da contribuição, questão esta que é objeto apenas da presente ação ordinária. Assim, não há cogitar da existência de coisa julgada a impedir a discussão nos presentes autos.

2. O CTN dispõe que o direito de pleitear a restituição do indébito tributário, em caso de pagamento indevido ou a maior do que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário (CTN, artigo 168, I). No caso, a extinção do crédito tributário apenas se operou quando da conversão em renda dos depósitos (CTN, artigo 156, VI) realizados no bojo da ação mandamental, sendo este, portanto, o marco inicial do prazo para repetição dos valores recolhidos a maior. 3. Apelo impróvido.

(TRF4 - ApelReex nº 2007.71.07.001742-5 - Rei. Joel lian Paciornik - I.Turma - D.E. 01/06/2010) grifos nossos

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Preliminar

O prazo para exercício do direito à restituição de tributos indevidos ou pagos a maior se inicia com a extinção do crédito tributário, o que em regra ocorre com o pagamento. Após ampla discussão nos tribunais superiores, foi esse o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal quando se pronunciou sobre a constitucionalidade do artigo 3º da LC 118/2005 (Informativo STF nº 634, primeira semana de agosto de 2011):

“(...) Prevaleceu o voto proferido pela Min. Ellen Gracie, relatora, que, em suma, assentara a ofensa ao princípio da segurança jurídica – nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expreso nos artigos 1º e 5º, XXXV, da CF – e considerara válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005. Os Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, por sua vez, dissentiram apenas no tocante ao art. 3º da LC 118/2005 e afirmaram que ele seria aplicável aos próprios fatos (pagamento indevido) ocorridos após o término do período de vacatio legis. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que davam provimento ao recurso. RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 4.8.2011. (RE-566621-Repercussão Geral)”

No mesmo sentido já estava pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que tem entendido que o prazo se inicia da extinção do crédito sendo “irrelevante para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição e/ou compensação, a eventual declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo E. STF” (STJ, 1ª Turma, AgRg Resp. 615819/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.06.2004, DJ 28.06.2004, p. 209):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (...) 2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (...) 3. In casu, os autores, ora

recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1110578/SP/RT 900). (g.n.)

A jurisprudência se construiu em consonância com o artigo 168 do CTN:

Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

.....
Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória. (g.n.)

A conversão do depósito em renda também é modalidade de extinção do crédito tributário, conforme artigo 156, VI do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

...

VI - a conversão de depósito em renda;

...

Assim, considerando o presente caso, em que desde o início da ação judicial em 03/1999 o recorrente realizava depósito em juízo dos valores correspondentes às retenções de contribuições, cujo montante veio a ser convertido em renda em 30/05/2006, 3 anos após o trânsito em julgado da sentença judicial, entendo que o prazo quinquenal para o pedido de restituição se iniciou nessa data e dessa forma ainda não havia ocorrido a prescrição.

Por tudo, acolho a preliminar para afastar a prescrição do direito de requerer a restituição.

Mérito

A decisão recorrida adotou como fundamento para ratificar a denegação ao direito creditório o transcurso do prazo prescricional, decisão ora reformada em preliminar.

No mérito, deve ser examinado o direito à restituição das contribuições devidas pela recorrente na qualidade de contratada.

Quanto aos serviços prestados no período em que a recorrente esteja comprovadamente submetida à sistemática do SIMPLES – Sistema de Pagamento Simplificado de Impostos e Contribuições Federais, a matéria foi apreciada pelo plenário do STJ sob rito dos recursos repetitivos, artigo 543-C do CPC, tendo assim decidido:

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).

Processo nº 35301.002326/2007-46
Acórdão n.º **2402-002.991**

S2-C4T2
Fl. 562

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08(recurso especial nº 1.112.467/DF).

Entendimento esse que deverá ser reproduzido por essa turma, conforme artigo 49 do RICARF, para o período em que a recorrente comprove sua inclusão no SIMPLES.

Por tudo, voto pelo provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes