



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 35432.003148/2002-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2004-000.050 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Turma Extraordinária
Sessão de 29 de agosto de 2023
Recorrente FERNANDO LEITE ENGENHARIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2000 a 31/08/2002

RESTITUIÇÃO. PROVA. PRESSUPOSTO DE FATO.

Impõe-se o desprovemento do recurso voluntário quando o contribuinte deixa de apresentar provas capazes de afastar os pressupostos de fato do indeferimento da restituição e da decisão recorrida, no período em que não era optante do SIMPLES.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, vencido o Conselheiro Joao Victor Ribeiro Aldinucci (relator), que lhe deu provimento parcial para que a unidade de origem prossiga com a análise das notas fiscais e das retenções efetivamente sofridas pela recorrente no período de 01/12/2000 a 31/12/2001, devendo restituir os valores realmente retidos nessas competências, ainda que não recolhidos pelas tomadoras. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda – Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros Maurício Nogueira Righetti, João Victor Ribeiro Aldinucci e Regis Xavier Holanda (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo em face do acórdão de manifestação de inconformidade da DRJ que não reconheceu o direito crédito pleiteado. Segue a ementa da decisão:

RESTITUIÇÃO. PROVA. PRESSUPOSTO DE FATO.

Impõe-se a improcedência da manifestação de inconformidade quando o contribuinte não apresenta provas capazes de afastar os pressupostos de fato do indeferimento da restituição.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

O exame da legalidade e da constitucionalidade de normas legitimamente inseridas no ordenamento jurídico nacional compete ao Poder Judiciário, restando inócua e incabível qualquer discussão, nesse sentido, na esfera administrativa.

Conforme o despacho decisório e o relatório da decisão recorrida, não foi reconhecido o direito creditório da recorrente:

Trata o presente processo do **requerimento de restituição** de fls. 3 a 10 (adotaremos a numeração do processo em meio digital), **referente à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre o valor bruto das notas fiscais de serviço, do período de 12/2000 a 08/2002.**

2. Ao analisar o pedido de restituição, **a fiscalização constatou que a empresa era optante pelo Simples e que realizava atividade vedada para ingresso nessa modalidade** de tributação, razão pela qual expediu a Representação Administrativa de fls. 229 a 231, mantendo sobrestado o pedido de restituição.

3. Em face da Representação Administrativa, **a Secretaria da Receita Federal**, por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 115, de 06/12/05, fl. 239, **excluiu a empresa do Simples, com efeitos a partir de 01/01/02.**

4. Dando prosseguimento à análise do requerimento de restituição, **a Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Santos/SP** expediu o Despacho Decisório nº 051/2014, fl. 548, em 20/03/14, por meio do qual **indeferiu a restituição**, nos seguintes termos:

INDEFIRO a restituição pleiteada no período de 12/2000 a 05/2001; 08/2001 a 04/2002; 06/2002 a 08/2002, em razão dos artigos 31 e 32 da Lei nº 8.212/91, bem como dos incisos I, II e IV do art. 225 do Decreto nº 3.048/99, considerando que **a empresa não comprovou através das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP) declaradas, a mão de obra utilizada nos serviços prestados para as empresas tomadoras; os valores de retenção de 11% sobre as notas fiscais de serviço emitidas; e não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, o montante mensal das receitas brutas das notas fiscais de serviço, bem como os valores das retenções de 11% correspondentes a elas, de forma discriminada.**

Irresignado com a decisão da DRJ, em seu recurso voluntário o sujeito passivo basicamente reprisou o conteúdo de sua manifestação de inconformidade e alegou o seguinte:

- a retenção de 11% é antecipação dos valores devidos de contribuições previdenciárias;
- a recorrente pode pleitear a restituição dos valores retidos a maior;
- o fundamento de que a empresa não teria comprovado o valor da retenção de 11% afronta a legislação;
- os recolhimentos previdenciários que deixaram ser recolhidos pelas empresas terceirizadas foram objeto de ação penal, na qual a recorrente firmou parcelamento;
- a Fazenda Nacional ignora o pedido de parcelamento;
- a Lei 9711/98 implica bitributação;

- no período de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, as empresas do Simples ficaram dispensadas da retenção de 11%;
- a empresa optante pelo Simples recolhe as contribuições previdenciárias nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta;
- há, portanto, bis in idem;
- é ilegítima a exigência das empresas tomadoras de serviços optantes do Simples da retenção de 11%.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci – Relator

1 Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo, visto que interposto dentro do prazo legal de trinta dias, e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2 Direito creditório

O recurso voluntário deve ser provido parcialmente.

O pedido de restituição da contribuinte estava fundado no alegado fato de que os valores retidos pelos tomadores de serviços realizados mediante cessão de mão de obra não puderam ser integralmente compensados, conforme art. 31, § 2º, da Lei 8212/91. Ao indeferir o pedido, a unidade de origem basicamente asseverou que:

a empresa não comprovou através das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social — GFIP declaradas, a mão de obra utilizada nos serviços prestados para as empresas tomadoras; os valores de retenção de 11% sobre as notas fiscais de serviço emitidas; e não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, o montante mensal das receitas brutas das notas fiscais de serviço, bem como os valores das retenções de 11% correspondentes a elas, de forma discriminada.

Nessa mesma linha, o acórdão ora impugnado decidiu que: “a empresa foi excluída do Simples com efeitos a partir de 01/01/2002 (vide ADE de fl. 239) e, dessa forma, passou a estar sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais empresas”; e que “como as retenções sofridas no período de 01/2002 a 08/2002 compõem o pedido de restituição e nesse período cabia sim a retenção de 11%, para o deferimento da restituição não basta apenas a comprovação do recolhimento, mas também deve ser comprovado que há, realmente, um crédito da empresa contra a Fazenda Pública, ou seja, que a empresa recolheu mais do que devia e isso somente pode ser aferido mediante exame da contabilidade (Diário, Razão, GFIPs, etc.)”.

Todavia, e como reconhecido pela decisão recorrida, a empresa optante do SIMPLES não estava sujeita à retenção no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, conforme o parágrafo único do art. 142 da Instrução Normativa SRP nº 3, de 2005, abaixo transcrito. Além disso, e como igualmente reconhecido pelo despacho decisório e pelo acórdão recorrido, os efeitos da exclusão do SIMPLES iniciaram-se em 01/01/2002. Isto é, no período de 01/12/2000 a 31/12/2001, a recorrente estava no regime do SIMPLES e não estava sujeita à

retenção de 11%, de modo que as retenções por ela sofridas nesse período devem ser-lhe restituídas.

Art. 142. **A empresa optante pelo SIMPLES**, que prestar serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, **está sujeita à retenção** sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitido.

Parágrafo único. **O disposto no caput não se aplica no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002.**

Como a recorrente não poderia sequer ter sofrido a retenção nesse período de 01/12/2000 a 31/12/2001, é descabido condicionar a restituição ao exame de sua GFIP e de sua contabilidade. Em sendo assim, o recurso deve ser parcialmente provido, para que a Unidade de Origem prossiga com a análise das notas fiscais e das retenções efetivamente sofridas nesse período de apuração, devendo restituir os valores realmente retidos nessas competências, ainda que não recolhidos pelas tomadoras de serviços.

Quanto ao período subsequente, na medida em que a recorrente estava excluída do SIMPLES com efeitos a partir de 01/01/2002, era seu ônus comprovar que os valores retidos pelos tomadores de serviços não puderam ser integralmente compensados e que havia sobejado saldo remanescente para restituição. Neste tocante, a decisão recorrida é incensurável quando afirmou que *“não basta apenas a comprovação do recolhimento, mas também deve ser comprovado que há, realmente, um crédito da empresa contra a Fazenda Pública, ou seja, que a empresa recolheu mais do que devia e isso somente pode ser aferido mediante exame da contabilidade (Diário, Razão, GFIPs, etc.)”*.

Por fim, na medida em que o recurso, nos pontos abaixo, basicamente reproduziu o teor da manifestação de inconformidade, valho-me da regra prevista no art. 57, § 3º, do Regimento Interno deste Conselho e transcrevo os seguintes fundamentos da decisão recorrida como razões de decidir:

22. Alega o Impugnante que a retenção de 11% sobre as Notas Fiscais incide sobre o faturamento e o lucro das empresas cedentes de mão-de-obra, sobre os quais já incidem o COFINS, PIS, IR e CSL, razão pela qual ter-se-ia configurado um caso de bitributação.

23. Também alega ter ocorrido *bis in idem* pelo fato da empresa ter sofrido a retenção de 11% e ter promovido o recolhido dos valores referentes ao Simples (arrecadação simplificada nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta).

24. Pois bem, primeiramente, há que se esclarecer que a retenção de 11% não é uma tributação sobre faturamento, mas apenas uma antecipação das contribuições que são devidas pela empresa sobre a folha de salários. Logo, se a contribuição devida pela empresa for menor que a retenção sofrida, e isso estiver devidamente comprovado mediante documentação hábil e idônea, a contribuição paga a maior poderá ser restituída.

25. Portanto, tem-se que a retenção, ora sob foco, não se enquadra nas figuras da bitributação e nem do *bis in idem*, restando, pois, improcedente a alegação da defesa.

26. Alega o Impugnante, em síntese, incompatibilidade entre o sistema de arrecadação do SIMPLES e a retenção consignada no art 31 da Lei 8.212/91, bem como ilegitimidade da retenção das empresas optantes pelo Simples.

[...]

28. Ora, se o Impugnante alega ilegitimidade da retenção de 11% está, então, alegando desconformidade dessa com a legislação, porém, a arguição de ilegalidade não se presta na esfera administrativa, cabendo ao Judiciário dispor a respeito. Isso também se aplica

à suposta incompatibilidade entre a retenção e a sistemática do Simples, não cabendo, da mesma forma, tal discussão nesse julgamento administrativo.

Quanto à impossibilidade de o CARF declarar a inconstitucionalidade de lei, ainda vale transcrever a seguinte Súmula CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

3 Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer e dar parcial provimento ao recurso voluntário, para que a Unidade de Origem prossiga com a análise das notas fiscais e das retenções efetivamente sofridas pela recorrente no período de 01/12/2000 a 31/12/2001, devendo restituir os valores realmente retidos nessas competências, ainda que não recolhidos pelas tomadoras.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Voto Vencedor

Conselheiro Mauricio Nogueira Righetti – Redator Designado.

Não obstante o bem articulado voto do relator, peço-lhe licença para dele divergir.

Parece-me incontroverso que no período acima a interessada era optante pelo SIMPLES, já que a sua exclusão operou efeitos a partir de 01/2002. E mais, a própria decisão de piso teria reconhecido que, nesse período, a empresa não se sujeitava à retenção dos 11%.

Por mais que, a rigor e neste caso, os 11% reclamados não guardem relação com os valores recolhidos sob a sistemática do SIMPLES, o ponto é que penso fazer-se necessária a comprovação de que os valores atinentes às notas fiscais do período foram integralmente levados à tributação pelos SIMPLES, e não apenas seu valor líquido. E, sobre esse ponto, assim se manifestou a autoridade fiscal, fato este que não foi refutado pelo interessado:

“.... e não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, o montante mensal das receitas brutas das notas fiscais de serviço, bem como os valores das retenções de 11% correspondentes a elas, de forma discriminada.”

E não é só. Ainda divirjo do relator quando assevera que os valores devem ser restituídos ainda que não tenha havido o recolhimento por parte do tomador. Se é bem verdade que para fins de compensação o destaque da retenção na nota fiscal e a sua correta contabilização poder-se-iam ser suficientes à demonstração do crédito, para fins de restituição tenho que o cenário muda de figura, pois sem a comprovação do ingresso do numerário aos cofres públicos não haveria que se falar em valor a ser restituído. E destaque-se aqui, que o efetivo recolhimento da importância é medida que interessa ao retido, que deve ser diligente a exigir do tomador tal providência/comprovação.

Com efeito, VOTO por negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Mauricio Nogueira Righetti

Fl. 6 do Acórdão n.º 2004-000.050 - 2ª Sejul/4ª Turma Extraordinária
Processo nº 35432.003148/2002-71