



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 35582.000285/2005-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-009.026 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de outubro de 2020
Recorrente FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA DE SEGURIDADE SOCIAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/07/2004

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO OPTANTES PELO SIMPLES. RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAS. ILEGITIMIDADE.

O sistema de arrecadação de tributos instituído pela Lei 9.317/96 - SIMPLES, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e a retenção pelo tomador de serviços de contribuição no percentual de 11% implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas. Entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.112.467/DF, processado sob o rito dos recursos representativos de controvérsia do art. 543-C do CPC/73 (art. 1036 do CPC/15).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira – Presidente

(assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Marcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Por bem descrever os fatos até o julgamento em primeira instância, adoto o relatório da decisão recorrida, abaixo transcrito:

Trata-se de pedido de restituição de valores retidos em nota fiscal, protocolado em 27/01/2005, relativo à competência 07/2004, o qual foi indeferido inicialmente, nos termos do Ofício nº 22, de 05/12/2005 (fls. 45), sob o argumento de que não haveria previsão legal para restituição à contratante de valores retidos, cabendo à contratada requerer a referida restituição.

2. Cientificada do indeferimento do seu pedido, a requerente protocolou o documento de fls. 47, no qual questiona o motivo do indeferimento, alegando que o seu pedido teve como base normativa o art. 219, da Instrução Normativa DC/INSS nº 100/2003, tendo juntado aos autos todos os documentos exigidos pela referida norma, especificamente aqueles constantes em seus art. 215 e 216.

3. Posteriormente, a requerente foi intimada a apresentar documentos, conforme Termo de Intimação nº 172/2011, de fls. 112.

4. Em seguida, a DIOR-TPREV, através da Decisão 227/2011 (fls. 151/154) indeferiu o requerimento de restituição, sob os seguintes argumentos:

4.1. *“Não encontramos nos autos a autorização e a declaração aludidas no termo de intimação 172/2011, item 3, fls. 94, nem nos Sistemas informatizados da RFB é possível extrair dados que possibilitem ter a certeza da procedência do crédito invocado”;*

4.2. *“De acordo com o art. 17 da IN RFB 900 de 13/02/2008, a empresa tem direito a restituição dos valores retidos desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal de prestação de serviços e declarada em GFIP (...) A empresa RODO MADE TRANSPORTES LTDA. ME. CNPJ 04.630.824/000104 não declarou, conforme podemos constatar nas fls. 90 e 91, na GFIP o valor da retenção.”*

4.3. *“Considerando que a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social REFER, requereu a restituição por entender descabida (fl 01) a retenção, (...) O exame da nota fiscal 000263, anexado a este processo fl 08, mostra claramente que os serviços prestados pela contratada encontram-se previstos na Instrução Normativa INSS/DC 100 de 18/12/2003, assim como na Instrução Normativa RFB 971 de 13/11/2009, que está em vigor”, dentre aqueles que a retenção é obrigatória.*

5. Inconformada com o indeferimento do seu pedido, a empresa requerente interpôs a Manifestação de Inconformidade de fls. 164/167, alegando, em síntese, que:

5.1. Toda documentação solicitada pelo auditor fiscal foram entregues e estão presentes nos autos.

5.2. *“Em relação à prescrição há de observar que foi requerido junto ao INSS um pedido protocolado em 27/01/2005, como não houve resposta até o presente período o mesmo entende-se por interrompido ou suspenso.”*

5.3. *“O recolhimento feito é totalmente desnecessário e foi indevido, a cobrança deste recolhimento é totalmente irregular conforme decisão do STJ no Recurso Especial nº 855.160SP(2006/01152855)”.*

A DRJ/RJ1 julgou a Manifestação de Inconformidade improcedente, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 01/07/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. EMPRESA INCLUÍDA NO SIMPLES. OBRIGATORIEDADE DE EFETUAR A RETENÇÃO.

Independente da inclusão no SIMPLES a obrigatoriedade de ser efetuada a retenção de 11%, no caso de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada na competência 07/2004.

IRREGULARIDADE NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO. DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA À ÉPOCA DA PROTOCOLIZAÇÃO DO PEDIDO. DIREITO CREDITÓRIO NÃO RECONHECIDO.

Deve ser negado o direito creditório se o contribuinte não instruiu o seu pedido de restituição de valores retidos em nota fiscal de serviços com os documentos exigidos pela norma procedimental vigente à época da sua protocolização.

JURISPRUDÊNCIA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. NÃO VINCULAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

As decisões judiciais não vinculam a decisão a ser proferida no âmbito administrativo, aplicando-se somente aos casos concretos a que se referem.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado dessa decisão aos 20/09/12 (fls. 188), o requerente apresentou recurso voluntário aos 16/10/12 (fls. 190 ss.), no qual alega que: a) não foi demonstrado com clareza quais documentos a empresa deixou de apresentar no ato do protocolo do pedido de restituição; b) o advogado da empresa entregou pessoalmente à autoridade fiscal autuante os documentos solicitados por meio da intimação de fls. 94 (e-fls. 112), que lhe esclareceu na oportunidade “que a documentação estava correta”; c) os documentos de fls. 08 e 09 (e-fls. 11 e 12) comprovam o recolhimento da contribuição por meio da NF de serviços e da GPS; d) a alegação de prescrição não tem fundamento; e e) é entendimento do STJ, manifestado no REsp nº 855160-SP, que o sistema de arrecadação de tributos instituído pela Lei 9.317/96 - SIMPLES, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e a retenção, pelo tomador de serviços, de contribuição sobre o mesmo título e com a mesma finalidade, na forma imposta por esse dispositivo legal e no percentual de 11%, implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas.

Não houve contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Renata Toratti Cassini, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

Conforme relatado, trata-se de pedido de restituição de valores retidos em nota fiscal relativo à competência 07/2004, no valor de R\$ 4.950,00.

Conforme consta da **Decisão nº 227/2011**, o pedido de restituição foi indeferido porque:

- a) argumenta a autoridade fiscal não ter encontrado nos autos a autorização e a declaração aludidas no termo de intimação 172/2011, item 3, fls. 94 (e-fls. 112 - autorização expressa do representante legal da empresa contratada, firma reconhecida em cartório, com poderes específicos para requerer e receber a restituição, indicando a competência em que houve o recolhimento indevido e permitindo a restituição à contratante. Declaração firmada, sob as penas da lei, pela contratada, de que não compensou nem foi restituída do valor requerido pela tomadora), e que nos Sistemas informatizados da RFB não é possível extrair dados que possibilitem ter a certeza da procedência do crédito invocado;
- b) afirma que de acordo com o art. 17 da IN/RFB nº 900/08¹, a empresa tem direito à restituição dos valores retidos **desde que** a retenção esteja destacada na nota fiscal de prestação de serviços e declarada em GFIP, e que a empresa RODO MADE TRANSPORTES LTDA.-ME, CNPJ 04.630.824/0001-04 não declarou o valor da retenção na GFIP, conforme se pode constatar a fls. 90 e 91 (e-fls. 108 e 109), transgredindo o previsto no mencionado dispositivo legal;
- c) com relação à alegação da requerente de que a retenção é descabida, que a IN INSS/DC nº 100/03, que traz o regime jurídico relativo à incidência ocorrida à época, relaciona, nos seus arts. 155, II e III, serviços que estão sujeitos à retenção se contratados mediante cessão de mão-de-obra, e que o art. 118, II e III da IN/RFB nº 971/09 contém disposição no mesmo sentido. Afirma que do exame da Nota Fiscal nº 000263, constata-se claramente que os serviços prestados pela contratada à requerente se enquadram nos mencionados dispositivos, que estão em pleno vigor, razão pela qual a retenção tem amparo legal.

A decisão recorrida, por sua vez, entendeu, em suma, que nos termos do art. 149 da aludida IN DC/INSS nº 100/03, vigente à época da protocolização do pedido de restituição, tanto no caso da empresa contratante, quanto para a empresa contratada, o fato de estar incluída no Simples não a desobriga da retenção devida, no caso da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, na competência objeto do requerimento em foco – 07/2004.

Assim, o requerimento de restituição deve estar instruído com os documentos elencados no art. 216 da mesma IN e analisando-se os documentos constantes dos autos, verifica-se que não foram juntados aqueles arrolados nos incisos V, VI, VIII, IX do mencionado dispositivo, pelo que não é possível acatar o pedido de restituição do requerente.

Pois bem.

¹ Art. 17. A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção de contribuições previdenciárias no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços que não optar pela compensação dos valores retidos, na forma do art. 48, ou, se após a compensação, restar saldo em seu favor, poderá requerer a restituição do valor não compensado, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e declarada em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP). Parágrafo único. Na falta de destaque do valor da retenção na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, a empresa contratada somente poderá receber a restituição pleiteada se comprovar o recolhimento do valor retido pela empresa contratante.

Anote-se, inicialmente, que com relação a alegação da recorrente de que não houve prescrição, como bem observado pelo julgador “a quo”,

tal fato é incontroverso, sendo certo que na Decisão 227/2011 proferida pela DIORTPREV (fls. 151/154), esta já se pronunciara no sentido de que o requerimento de restituição teria sido protocolado dentro do prazo de 5 anos, previsto na norma.

Desse modo, sua alegação não tem pertinência, uma vez que a prescrição do direito da recorrente não foi oposta ao seu direito de restituição do valor retido em nenhum momento.

A recorrente alega em seu recurso que não foi demonstrado com clareza quais documentos deixou de apresentar no ato do protocolo do pedido de restituição. Entendemos, neste ponto, que não tem razão, pois o Termo de Intimação de nº 172/2011, a fls. 112, é bastante claro ao solicitar à recorrente a complementação dos documentos mediante a apresentação dos documentos ali relacionados.

Um dos motivos para a decisão denegatória do pedido de restituição dos valores retidos, como relatado acima, seria o fato de que a autoridade fiscal afirma não ter encontrado nos autos autorização expressa do representante legal da empresa contratada, com firma reconhecida em cartório, com poderes específicos para requerer e receber a restituição, indicando a competência em que houve o recolhimento indevido e permitindo a restituição à contratante e declaração firmada, sob as penas da lei, pela contratada, de que não compensou nem foi restituída do valor requerido pela tomadora, documentos estes objeto de solicitação à recorrente por meio do aludido Termo de Intimação de nº 172/2011.

No entanto, esse fato não procede, pois compulsando os autos, verifica-se que tais documentos se encontram anexados a fls. 07/09 dos autos, de modo que não é motivo legítimo para denegar a restituição pleiteada.

A autoridade fiscal afirma, ainda, que o pedido de restituição da retenção não pode ser deferido pois conforme se verifica da NF de serviços de nº 000263, de 12/07/04, a fls. 11, a retenção não está ali destacada, e que a empresa RODO MADE TRANSPORTES LTDA.-ME, CNPJ 04.630.824/0001-04, não declarou o valor da retenção na GFIP, como determina o art. 17 da IN/RFB nº 900/08. Ora, entendemos que esses fatos, igualmente, não podem fundamentar a negativa do pedido de restituição da retenção, pois como afirma a própria autoridade fiscal na Decisão nº 227/2011, a fls. 231, **o pedido de restituição, efetivado aos 13/10/2004**, “foi instruído com base nas determinações previstas na IN INSS/DC nº 100 de 18/12/2003”, e embora tenha sido concluído quando já em vigor a IN/RFB/08, não se pode condicionar o deferimento do pedido de restituição ao cumprimento de obrigações impostas por normas que somente entraram em vigor após o protocolo do requerimento do pedido de restituição.

Sobre o fundamento no sentido de que os serviços prestados pela contratada à requerente se enquadram nos dispositivos insertos nos arts. 155, II e III da IN INSS/DC nº 100/03 e 118, II e III da IN/RFB nº 971/09, razão pela qual a retenção efetivada tem amparo legal, saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.112.467/DF, processado sob o rito dos recursos representativos de controvérsia do art. 543-C do CPC/73 (art. 1036 do CPC/15) pacificou entendimento no sentido de que as empresas optantes pelo Simples não estão sujeitas à retenção de 11% de contribuição previdenciária sobre a fatura de serviços, uma vez que há incompatibilidade técnica entre a sistemática de arrecadação da contribuição instituída pela Lei nº 9.711/98 e o regime do Simples.

Em função disso, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emitiu o Ato Declaratório AD PGFN nº 10, de 20/12/2011, que autorizou a dispensa de apresentação de contestação e interposição de recursos nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para seguridade social pelo tomador do serviço quando a empresa prestadora é optante do Simples, como no presente caso, nos seguintes termos:

“nas ações judiciais que discutam a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço , quando a empresa prestadora é optante pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

O acórdão recorrido, por sua vez, como dito, alega, para manter a decisão que negou o requerimento de restituição da retenção, que nos termos do art. 149 da aludida IN DC/INSS nº 100/03, vigente à época da protocolização do pedido de restituição, tanto no caso da empresa contratante, quanto para a empresa contratada, o fato de estar incluída no Simples não a desobriga da retenção devida quando há prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, razão pela qual o requerimento de restituição deve estar instruído com os documentos elencados no art. 216 da mesma IN, sendo que verifica-se que não foram juntados aqueles arrolados nos incisos V, VI, VIII, IX do mencionado dispositivo.

Entendemos, com todo respeito, que não tem razão o julgador “a quo”, a uma, pela mesma razão já acima exposta, nos sentido de que o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que o sistema de arrecadação de tributos instituído pela Lei 9.317/96 - SIMPLES, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, não é compatível com o regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91 e a retenção pelo tomador de serviços de contribuição no percentual de 11% implica supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas e, a duas, porque o r. julgador trouxe fundamentos novos, inéditos, para o indeferimento do requerimento de restituição de retenção que não foram mencionados pela autoridade fiscal preparadora nem informados ao contribuinte, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, o julgador “a quo” arrola outros documentos, quais sejam aqueles apontados no art. 216, V, VI, VIII, IX da IN DC/INSS nº 100/03, que não teriam sido apresentados pelo recorrente, razão pela qual não seria possível acatar o seu pedido de restituição. Ora, houvesse documentos ainda faltantes, caberia à autoridade fiscal responsável pela análise do requerimento de restituição de retenção solicitar a sua apresentação ao recorrente, tal como fez por meio do Termo de Intimação de nº 172/2011, de fls. 112, podendo tê-lo feito (e sendo mesmo o caso de tê-lo feito) naquela mesma oportunidade.

Se não o fez, não pode o julgador de primeira instância denegar o requerimento de restituição formulado pelo requerente com base em fundamentos de fato novos, pois essa inovação afronta a segurança jurídica e viola o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que é em relação àqueles fundamentos apresentados pela autoridade fiscal preparadora que foram fixadas as premissas fáticas e jurídicas da negativa do pedido de restituição da retenção e em relação às quais o requerente, ora recorrente, construiu a sua defesa.

Por outro lado, tem razão o recorrente quando alega que os documentos de e-fls. 11 e 12 comprovam o recolhimento da contribuição por meio da NF de serviços e da GPS correspondente. De fato, parece-nos que tais documentos, aliados ao documento de fls. 10, demonstram o recolhimento e a retenção, de modo que a restituição deve ser deferida.

Conclusão

Diante do exposto, voto por **dar provimento** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini