



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

Processo n° 37018.004240/2006-06
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.627 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de setembro de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente JOSE ALCINO SERVICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2002

PREVIDENCIÁRIO.RETENÇÃO 11% NAS NOTAS FISCAIS.
RESTITUIÇÃO.SIMPLES NACIONAL . DESISTÊNCIA DE
CONTESTAÇÃO PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
- PGFN. ATO DECLARATÓRIO.

Registrando o contrato social da empresa atividade excluída do rol dos Anexos IV e V da Lei Complementar nº 123, de 2006, na forma do art. 274-C da sobredita LC, para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2008, as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional que prestarem serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada não estão sujeitas à retenção referida no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

No que concerne a retenção, que se observa-se o Ato Declaratório nº 10/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda sob o qual esta desiste de apresentação de contestação de interposição de recursos , inclusive dos já interpostos.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I , “a ” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado por maioria do votos, negar provimento ao recurso. Vencidos o relator e o conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto que votou pelas conclusões. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Carlos Alberto Mees Stringari -Presidente/Redator Designado

Ivacir Júlio de Souza-Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Leôncio Nobre de Medeiros . Ausência justificada do Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro.

Relatório

A instância “ad quod” produziu o Relatório abaixo que li, compulsei com os autos e o transcrevi na íntegra com grifos de minha autoria:

*“ Trata-se de manifestação de inconformidade oposta contra decisão de indeferimento do **pedido de restituição** de valores retidos na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.711/98, equivalente ao percentual de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviço do período de 10/2002 a 12/2002 no montante de **RS4.010,60**.*

***O Requerimento de Restituição da Retenção - RRR, protocolado em 17/05/2006, encontra-se regularmente instruído** na forma prevista no art. 207 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005 vigente à época do pedido, conforme documentos de fls. 01 a 65, **contendo as Notas Fiscais de Serviços**, Resumos das folhas-de-pagamento e Guias de Pagamento do Fundo de Garantia e informações para a Previdência Social - GFIP e Guia de Recolhimento da Previdência Social-GPS, referentes às competências por ele abrangidas.*

A empresa informa no pedido que não mantém escrituração contábil de forma regular e as fls. 68, declara que não existe contrato formalizado para a prestação de serviço.

Apreciando a solicitação, de início, para melhor instrução dos autos a Seção de Orientação e Análise Tributária - SAORT da DRF/JUIZ DE FORA solicita a apresentação de vários documentos, conforme se vê pela notificação acostada as fls. 89 dos autos. Após o exame da documentação oferecida emite parecer (fls. 109/109v), concluindo no sentido da improcedência do pedido, tendo por fundamento, em síntese, os seguintes pontos:

- 1. Falta de apresentação de declaração firmada pelo representante legal da empresa, confirmando a inexistência de compensação dos valores objeto do pedido;*
- 2. Falta de elementos que justificassem "a admissibilidade do baixo percentual de mão-de-obra utilizada na prestação do serviço em relação ao valor faturado (28,47%, 9,17% e 1,89% respectivamente em 10,11 e 12/2002)".*

O pleito foi então indeferido pela DRF/JUIZ DE FORA (fls 110), com fundamento no art. 40, da Lei nº. 9.784/1999, **combinado com o art. 65**, da Instrução Normativa/ RFB nº 900/2008, respaldado na falta de apresentação de documentos necessários instrução do processo e indispensáveis à formação de convicção da autoridade administrativa.

O solicitante foi comunicado da decisão, mediante encaminhamento por via postal, conforme aviso de recebimento - AR datado de 08/07/2009 (fls.112). Inconformado com a decisão, em 07/08/2009, apresenta manifestação de inconformidade (fls. 113), onde comunica a apresentação dos documentos solicitados pela autoridade administrativa e informa que o baixo percentual de mão-de-obra é justificado pela utilização de vários equipamentos "(pás carregadeiras/retroescavadeiras, roçadeiras mecânicas e manuais) que minimizam o trabalho na prestação de serviço dos funcionários". "

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.133, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal De Juiz de Fora - MG - DRJ/JFA, em 18 de novembro de 2009, exarou o Acórdão nº 09-27.144, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 138, onde reiterou as alegações que fizeram em instancia "ad quod".

É o Relatório

Voto Vencido

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Na forma do registro de fls. 161, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

No acórdão o I. Julgador “ *ad quod*” afirma que o requerimento fora apresentado de forma regular conforme previsto no art. 207 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005 vigente à época do pedido:

“ Requerimento de Restituição da Retenção - RRR, protocolado em 17/05/2006, encontra-se regularmente instruído na forma prevista no art. 207 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005 vigente à época do pedido, conforme documentos de fls. 01 a 65, contendo as Notas Fiscais de Serviços, Resumos das folhas de pagamento e Guias de Pagamento do Fundo de Garantia e informações para a Previdência Social - GFIP e Guia de Recolhimento da Previdência Social-GPS, referentes às competências por ele abrangidas.

A empresa informa no pedido que não mantém escrituração contábil de forma regular e as fls. 68, declara que não existe contrato formalizado para a prestação de serviço.”

Para negar a restituição o I. Julgador sustentou que os documentos apresentados pela recorrente **não constituíram-se em provas suficientes** do direito creditório:

*“ A forma de o contribuinte comprovar a existência de crédito em seu favor, quando o pedido de restituição tem por objeto supostos créditos gerados em virtude de retenção, se constatado baixo percentual de mão-de-obra, é por meio de escrituração contábil - regular, assim entendida como manutenção de Livros Diário e Razão escriturados e formalizados; (art. 413 inciso XXXVII da IN 03/2005) **Dessa forma, em que pese o fato de o interessado ter a possibilidade de optar por elaborar livro Caixa ficando, com isso, desobrigado de apresentar os Livros Diário e Razão, é ele que deve suportar o ônus de demonstrar, na forma prevista na legislação, a existência dos créditos que alega possuir. Enfim, cabe ao requerente, a prova dos fatos constitutivos do seu direito, consoante a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil - CPC:***

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (Original sem grifos)

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Para anuir o requerimento, exigiu enquadramento na previsão do art. 65 da na IN/RFB nº 900 de 30/12/2008, por ele mesmo observada extemporânea aos recolhimentos :

*“A análise dos pedidos de restituição, **atualmente**, está atrelada aos procedimentos previstos na IN/RFB nº 900 de 30/12/2008, que no art.65, diz:*

Art. 65. A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório a apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, **mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.**”

Consta no item 02 do Despacho Decisório de fls. 109 que : “ 2 - Conforme consulta ao sistema informatizado da Receita Federal do Brasil-RFB, **a empresa foi tributada com base no lucro presumido em 2002.** Desta forma a escrituração contábil restringiu-se a elaboração do Livro Caixa com registro apenas da **sua movimentação financeira e bancária.**

Vale observar que para as empresas optantes pelo *Simple Nacional*, dispensadas de outros registros contábeis, o Livro Caixa é uma obrigação prevista no art. 26 da LC nº 123/06 sendo um livro de escrituração contábil auxiliar, destinado ao mero registro da movimentação das entradas e saídas de dinheiro na empresa, ou seja, do “controle das disponibilidades” da empresa:

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simple Nacional ficam obrigadas a:

*§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, **manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.***

Na condução do voto de primeira instância destacaram-se questão de fundo tornada principal e decisiva sob a qual exigiram-se, também, provas suficientes que justificassem o que entenderam ser um baixo percentual de mão-de-obra utilizado na execução do serviço.

A empresa apresentou justificativas informando que utilizara equipamentos ao que, assentado no § 7º art. 219 do Decreto nº 3.048/1999, o Julgador retrucou observando que : “.....que ditos equipamentos utilizados na prestação dos serviços **sequer foram discriminados nas notas fiscais, como determinado** no § 7º art. 219 do Decreto nº 3.048/1999, que diz:

*“ § 7º - Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, **fica facultada** ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou*

equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.”

Como se nota o comando supra assacado registra que é facultada e não exigida a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos como quis o I. Julgador “ad quod”.

Efetivamente, colacionados às fls. 77/79, constam telas de consulta de recolhimento, por competência ao SISTEMA DE ARRECADACAO - DATAPREV confirmando a retenção e recolhimentos requeridos. Assim, sem outras eventuais justificadas exigências, o direito ao crédito restou comprovado.

Analisando-se o contrato social da empresa se verifica que o objeto da atividade não se inclui no rol dos Anexos IV e V da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Assim, conforme o art. 274-C da sobredita instrução, para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2008, as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional que prestarem serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada **não estão sujeitas à retenção referida no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, “verbis”**:

“Art. 274-C. As ME e EPP optantes pelo Simples Nacional que prestarem serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada não estão sujeitas à retenção referida no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços emitidos, excetuada:

I - a ME ou a EPP tributada na forma dos Anexos IV e V da Lei Complementar nº 123, de 2006, para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2008;”

No que concerne a retenção, a Procuradoria Geral da Fazenda , mediante o ATO DECLARATÓRIO Nº 10 /2011, desiste de apresentação de contestação e de interposição de recursos, inclusive dos já interpostos :

“ ATO DECLARATÓRIO Nº 10 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

(...)

DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

*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 nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º- C do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”***

A decadência ocorre com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado.

As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

O Período em apreço reporta-se às competências 10/2002, 11/2002 e 12/2002.

Consta que a empresa fora notificada do Despacho Decisório, em 08/07/2009. Neste sentido é compulsório observar que, ainda que eventualmente pertinentes à época do recolhimento, descabem adimplemento de exigências que se reportem ao tempo da ocorrência dos fatos geradores, tendo em vista que em se tratando de tributo com lançamento por homologação, quer seja em razão da previsão no artigo 150, § 4º do Código Tributário nacional – CTN bem como do art. 173, do mesmo Códex, as obrigações estão fulminadas pelo instituto da decadência.

Em razão do circunstanciado, dou **provimento às alegações da Recorrente** .

CONCLUSÃO.

Por tudo que foi exposto, conheço do recurso para no MÉRITO DAR-LHE PROVIMENTO.

Ivacir Júlio de Souza

Voto Vencedor

Dirirjo da tese apresentada pelo relator.

Entendo não haver decadência neste processo. Pra fundamentar esse entendimento apresento as principais datas de referência:

- 10 a 12/2002 – período a que se refere o pedido de restituição
- 17/05/2006 – data protocolização do pedido de restituição.
- 23/10/2006 – Ofício 335 da UARP Barbacena solicitando informações.
- 7/12/2006 – Resposta ao ofício 335.
- 5/05/2009 – Notificação 240/2009 da DRF Juiz de Fora solicitando esclarecimentos.
- 13/05/2009 – resposta à notificação 240/2009.
- 8/07/2009 – Despacho Decisório indeferindo o pedido
(fundamentação = não atendimento das solicitações)
- 7/08/2009 – Manifestação de inconformidade.

Passo agora a analisar o mérito.

Para setores da economia que trabalham com cessão de mão de obra, face a algumas características da sociedade brasileira, a legislação instituiu substituição tributária para as contribuições previdenciárias na forma dada pelo artigo 31 da Lei 8.212/91.

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.(Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

§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 1998).

§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 1998).

A recorrente, alegando que a retenção sofrida extrapola a contribuição devida, busca a restituição do que entende lhe ser devido.

Observo que no período em questão, a recorrente, empresa cedente de mão de obra, apresentou baixo percentual de participação da remuneração do trabalho em relação ao seu faturamento (28,47% para outubro; 9,17% para novembro e 1,89% para dezembro/2002).

Entendeu o Fisco, que a baixa utilização e remuneração de mão de obra deveriam ser melhor explicados para deferimento da restituição.

Esse procedimento tem por base o previsto na IN RFB nº 900 de 30/12/2008, que no art.65, diz:

Art. 65. A autoridade da RFB competente para decidir sobre a restituição, o ressarcimento, o reembolso e a compensação poderá condicionar o reconhecimento do direito creditório a apresentação de documentos comprobatórios do referido direito, inclusive arquivos magnéticos, bem como determinar a realização de diligência fiscal nos estabelecimentos do sujeito passivo a fim de que seja verificada, mediante exame de sua escrituração contábil e fiscal, a exatidão das informações prestadas.

Entendo demonstrado no processo que todos os esclarecimentos solicitados não foram fornecidos, o que fundamenta o indeferimento da restituição pleiteada.

CONCLUSÃO

Voto por negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari