



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 37024.000831/2007-06
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2001-004.461 – 2ª Seção de Julgamento / 1ª Turma Extraordinária
Sessão de 29 de julho de 2021
Recorrente LINGER SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2006, 2007

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO DE 11%. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES.

Deve ser conhecido e reavaliado, pela unidade da Administração Tributária, o mérito de pedido de restituição de retenções quando a justificativa para o indeferimento original foi a exclusão da interessada do SIMPLES, exclusão essa posteriormente revertida após decisão administrativa definitiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para determinar que a unidade da Receita Federal de origem proceda à análise do Pedido de Restituição em questão, quanto aos seus aspectos procedimentais e de mérito, considerando a condição da requerente de optante pelo SIMPLES.

(assinado digitalmente)

Honório Albuquerque de Brito - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Honório Albuquerque de Brito, Marcelo Rocha Paura e André Luis Ulrich Pinto.

Relatório

Trata-se de Requerimento de Restituição de Retenção - RRR de contribuições previdenciárias, retidas na forma do art. 31 da lei 8.212/91, com redação dada pela lei 9.711/98, equivalente ao percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços, nas competências 11/2003 a 7/2004.

A seguir transcreve-se o relatório do acórdão nº 02-31.924 da 8ª Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG (fls. 280 e segs), em razão de sua clareza e nível de detalhamento.

“Trata o presente processo de Manifestação de Inconformidade em face de indeferimento do Requerimento de Restituição da Retenção — RRR, de importâncias

retidas a título de contribuições previdenciárias na forma da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, artigo 31, referente às competências de 04/2006 a 12/2006 a de 01/2007 a 02/2007 (fls. 01, 27, 44, 59, 73, 88, 104, 120, 136, 151, 173 e 189) no valor de R\$ 7.011,01.

O RRR (fl. 01) foi protocolizado em 18/07/2007. Em tal requerimento o sujeito passivo justificou os pedidos 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. Também informou ser optante pelo SIMPLES e possuir contabilidade regular.

O requerente anexou "Consulta Situação Optantes pelo Simples" extraída em 07/05/2007 do sistema informatizado da Receita Federal (fl. 24); cópia do contrato social (fls. 02/04), cópias de Demonstrações contábeis (fls. 206/209); cópias de Termos de Abertura e Encerramento do Livro Diário nº 004 (fls. 211/214); cópia de contrato com a CEMIG S.A (fls. 05/21); cópias de das notas fiscais onde estão destacadas as retenções de GFIP, folha de pagamento, recibos de pagamento, cópias de páginas de GFIP, de telas impressas de consultas aos detalhes da GPS comprovando o recolhimento dos valores retidos (fls. 25/205 e 220/231)

Em 05/12/2008 foi expedido o Despacho Decisório da Delegacia da Receita Federal em Divinópolis — RFB (fls. 236/238), indeferindo o pedido de restituição pelo fato do valor da remuneração constante nas folhas de pagamento ser inferior à mão-de-obra mínima necessária à execução dos serviços objeto do contrato, da análise do qual constatou-se a inequívoca utilização de empregados não incluídos em Folha ou GFIP. Especificamente:

- que conforme cópia de contrato e "anexos" juntados pelo sujeito passivo 09 a empresa foi contratada para realizar serviços de preparação da consistência do CONINT de media tensão; de levantamento de dados para análise de ressarcimento de danos a clientes e de adequação de diagramas de operação de subestações;

- que de acordo com o Anexo 2 do contrato (fl. 21) item h, a empresa devia disponibilizar uma quantidade mínima de três empregados, sendo um na atividade de supervisão;

- que ao analisar as Folhas de Pagamento e GFIP apresentadas para as competências 04/2006 a 02/2007, constatou-se que em 06/2006 não consta nesses documentos nenhum empregado e que existe apenas um empregado registrado nas competências de 04/2006 a 05/2006 e de 07/2006 a 02/2007.

O contribuinte foi cientificado do Despacho Decisório em 16/12/2008, conforme documento de fl. 241 e manifestou sua inconformidade em 13/01/2009 (fls. 242/255) alegando, em suma:

- que desde o início das atividades em 01/2003 é optante pelo SIMPLES passando, com o advento da Lei nº 9.711/1998, a sofrer "injusta" retenção de 11% sobre seu faturamento;

- que por tratar-se de optante pelo SIMPLES, a retenção sofrida gerou o pagamento em duplicidade;

- que a jurisprudência reconheceu que a retenção de 11% sobre o valor faturado é incompatível com a opção pelo regime do SIMPLES. Cita jurisprudência nesse sentido;

- que submetida a regime próprio de tributação, que encampa a obrigação previdenciária, tem-se por princípio a prevalência deste em relação à norma ditada pelo artigo 31 da Lei nº 8.212/1991;

- que diante disso, negar o pedido de restituição seria uma afronta ao direito líquido e certo;
- que para dar legitimidade aparente ao ato recorrido, antes do parecer submetido à homologação da chefia, o Auditor Fiscal elaborou Representação Administrativa encaminhada para a Delegacia da Receita Federal de Divinópolis propondo a exclusão da requerente do SIMPLES com efeitos retroativos;
- que o pedido de restituição foi suspenso até que se obtivesse a resposta desejada para subsidiar a denegação;
- que os argumentos para exclusão apontados na Representação Administrativa são frágeis;
- que dentre tais argumentos foi mencionada a imprecisa definição do objetivo social da empresa, qual seja "prestação de serviços associados às atividades de acompanhamento e análise da operação e manutenção de sistemas elétricos";
- que valendo-se dessa imprecisão o Fisco atribuiu à empresa atividades que jamais exerceu;
- que opera na prestação de serviços cujas tarefas são cumpridas pelos sócios, contando estes tão somente com os serviços de uma secretária;
- que as tarefas que desenvolve e os resultados que se compromete a gerar não guardam vínculo com a atividade fim da tomadora de serviços (CEMIG), não estando, pois, associadas às atividades de acompanhamento e análise da operação (fornecimento de energia) e manutenção de sistemas elétricos (geradores e transmissores de energia) como alegado pelo Fisco na mencionada representação;
- que a CEMIG possui meios para captar e registrar as informações que possibilitam a averiguação das oscilações que, em tese, provocam danos aos aparelhos dos consumidores;
- que os levantamentos que realiza estão afetos "[...] à leitura, tradução e mapeamento dos registros das oscilações esporádicas ocorridas nas redes de transmissão, necessários para identificar e avaliar as causas e a intensidade das oscilações bem como estimas seus prováveis efeitos [...]";
- que suas atividades não tem vínculos com a atividade fim da CEMIG;
- que a falta de segurados colocados a serviço da contratante denota a inexistência de cessão de mão-de-obra;
- que os serviços são realizados pelos sócios e que os dados são efetuados nos aparelhos da contratante;
- que a atividade desenvolvida é de apenas simples prestação de serviços e nunca locou mão-de-obra, recebendo por tarefas cumpridas, motivos esses pelos quais pode-se concluir que sua exclusão do SIMPLES foi efetuada apenas para gerar amparo ao indeferimento do pedido de restituição. Disserta sobre as atividades desenvolvidas. Cita jurisprudência;
- que foi acatada a proposta de exclusão do SIMPLES por meio de Ato Declaratório de exclusão, objeto de recurso próprio em tramitação. Disserta sobre os vocábulos jurídicos e regras de hermenêutica;
- que ainda que se dê validade ao absurdo ato de exclusão da recorrente do SIMPLES deve-se considerar que os serviços prestados não se sujeitam à discutida retenção. Cita jurisprudência e doutrina. Disserta sobre o princípio da estrita legalidade; sobre o ônus da prova no contencioso fiscal, sobre o Estado de Direito, sobre o interesse público a luz das garantias individuais;

- requer seja o recurso julgado procedente, determinando-se a restituição das importâncias indevidamente retidas e recolhidas.”

Após análise, a DRJ considerou a manifestação de inconformidade improcedente. Do voto do acórdão recorrido (fls. 283 e segs):

“(…)

O impugnante se insurge contra decisão contida no Despacho Decisório da Delegacia da Receita Federal em Divinópolis — RFB (fls. 236/238), pela qual foi indeferindo o pedido de restituição de valores retidos nos tenros da Lei nº 9.711/1998 (11%).

SOBRE A RETENÇÃO DE 11% Cumpre esclarecer que, ao contrário do que alega o impugnante, nos termos das normas vigentes na época da emissão das notas fiscais, mesmo as empresas optantes pelo SIMPLES sujeitam-se à retenção de que trata a Lei nº 9.711/98, conforme dispunha a IN SRP nº 3, de 14/07/2005:

(…)

Até porque, o regime simplificado de tributação (SIMPLES) não substitui as contribuições descontadas dos segurados. O sujeito passivo continua com a obrigação de arrecadar tais importâncias e recolhê-las em favor da Previdência Social.

A IN SRP nº 3, de 14/07/2005, na redação vigente à época, dispunha que :

Art. 146. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra, observado o disposto no art. 176, os serviços de

(…)

Art. 147. É exaustiva a relação dos serviços sujeitos à retenção, constante dos arts. 145 e 146, conforme disposto no § 2º do art. 219 do RPS.

(…)

A mesma instrução normativa indicava as hipóteses de dispensa ou de não aplicação da retenção conforme segue:

(…)

Da leitura do contrato de prestação de serviços (fls. 05/21), notadamente das fls. 06, de 19 a 21, verifica-se que o objeto da prestação era o acompanhamento e controle de operações por meio de sistemas e equipamentos da contratante (CEMIG).

O contribuinte afirma em sua manifestação de inconformidade (fl. 247) que as atividades desenvolvidas pela contratada consistem em levantamentos afetos "[...] à leitura, tradução e mapeamento dos registros das oscilações esporádicas ocorridas nas redes de transmissão, necessários para identificar e avaliar as causas e a intensidade das oscilações bem como estimar seus prováveis efeitos [...]"[destaques nossos].

Conforme contrato (fl. 06), cláusula quinta, a tomadora pagava • mensalmente ao sujeito passivo "[..] após a medição dos serviços aprovados pela fiscalização[...]".

Constata-se, conforme Anexo 1 (fl. 13), que dentre as obrigações da tomadora de serviços estava aquela de assegurar o acesso dos empregados do sujeito passivo às dependências da empresa nos locais de realização do serviço.

No mesmo sentido, pela leitura do Anexo 2 (fl. 21) e do Anexo 1, item 1.2.2 (fl. 13), verifica-se que a execução dos serviços se dava com a disponibilização de pelo menos 03 empregados, respeitando-se uma "programação de serviços elaborada pela Administração da CEMIG" e ocorria de segunda a sexta feira de 07:30 às 11:30 hs e

de 13:30 as 17:30 hs, nas dependências da tomadora, especificamente na Usina do Gafanhoto — MG 050, S/ N Bairro Icaraí, Divinópolis.

Observa-se também, com base item "e" do Anexo 2, do contrato de prestação de serviços (fl. 21), que a tomadora liberava senha para possibilitar o acesso às funções em seus sistemas, pelos quais o se realizavam a leitura e o acompanhamento das oscilações nas redes de transmissão.

Percebe-se, portanto, que a prestação de serviços era realizada por pe o menos 03 trabalhadores e que tais serviços tinham natureza contínua, já que eram executados de segunda as sextas-feiras e conforme programação elaborada pela administração.

Reforça esse entendimento (natureza contínua dos serviços prestados pelo contribuinte) o fato de que os serviços, como inclusive alega o sujeito passivo, consistiam na medição (leitura dos registros) das oscilações ocorridas nas redes de transmissão. Ora, sendo a distribuição de energia uma das principais atividades econômicas desenvolvidas pela tomadora no mercado de consumo pode-se concluir que a necessidade de medição de oscilações nas redes de transmissão represente uma demandada contínua e permanente da CEMIG.

Percebe-se, ainda, que tais serviços eram realizados nas dependências da contratante (CEMIG) e que eram desenvolvidos mediante o emprego de instrumentos e sistemas informatizados pertencentes à tomadora.

A caracterização do serviço prestado na forma de cessão de mão-de-obra conforme dispunha a IN SRP nº 03/2005 vigente a época, se dá conforme segue:

(...)

Face ao exposto, considerando-se que da documentação juntada aos autos pelo sujeito passivo pode-se concluir que a atividade contratada se enquadra na lista daquelas para as quais deve-se aplicar a retenção de 11 % sobre o valor faturado na nota fiscal (IN SRP nº 3, de 14/07/2005, artigo 146, inciso XIII); tendo em vista que a forma de prestação dos serviços se enquadra no conceito de cessão de mão-de-obra (artigo 143 da mesma instrução normativa citado) e, por fim, tendo em vista que não se aplica ao presente caso nenhuma das hipóteses de dispensa ou de não aplicação da retenção, de acordo com as normas citadas, resta evidenciado que o sujeito passivo, em relação objeto do Requerimento de Restituição de fl 01, estava sujeito à retenção de que trata a Lei nº 9.711/1998.

Corroborar tal conclusão o fato de que a tomadora exigiu da prestadora que o pagamento dos serviços estava condicionado ao destaque de 11 % para a Seguridade Social conforme se lê no item 2, "b" do contrato (fl. 10)

Cumpra esclarecer que, mesmo que os serviços contratados fossem realizados exclusivamente pelos sócios (como alega o sujeito passivo); considerando-se o disposto no artigo 178, inciso II da IN SRP nº 03/2005 citado; em razão de serem os valores faturados superiores ao limite para dispensa da retenção (2 vezes o maior valor do salário de contribuição) e tendo em vista que na empresa havia um empregado (auxiliar de escritório) nas competências de 04/2006 a 05/2006 e de 07/2006 a 02/2007; não se aplica a dispensa de retenção no presente caso.

Ressalte-se que o valor do maior salário de contribuição vigente em 02/2006 e 03/2006 (meses anteriores à emissão das 02 primeiras faturas com destaque de 11 %) era de R\$ 2.668,15 e que o maior salário de contribuição vigente de 04/2006 a 01/2007 era de R\$ 2.801,56, (meses anteriores a emissão das demais faturas), respectivamente, conforme Portaria MPS nº 822, de 12/05/2005 e Portaria MPS nº 119, de 18/04/2006.

DA EXCLUSÃO DO SIMPLES E SEUS EFEITOS

Uma vez evidenciada a obrigatoriedade das retenções efetuadas, resta avaliar se o contribuinte foi excluído do SIMPLES e se os efeitos da exclusão alcançam o período objeto do requerimento de restituição.

Por meio de consultas aos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (telas impressas às fls. 268/274) constatou-se, conforme inclusive alega o sujeito passivo, que a empresa foi excluída do SIMPLES. Especificamente, por meio do Ato Declaratório Executivo — ADE, DRF-DIV-MG nº 003, de 10/01/2008, expedido pela - Delegacia da Receita Federal do Brasil em Divinópolis, o sujeito passivo foi excluído do SIMPLES com efeitos a partir de 01/06/2005.

Em razão da exclusão o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade que foi julgada improcedente em sessão de 30/07/2009, pela 4ª Turma desta DRJ em Belo Horizonte(MG), na qual foi emitido o acórdão nº 02-23.180. Dessa feita foi mantida integralmente o conteúdo do ADE.

Sendo assim, uma vez que a empresa foi excluída do SIMPLES com efeitos a partir de 01/06/2005, ela passou a ter o dever de contribuir para a Previdência Social da mesma forma como são tributadas as empresas que não se encontram em regime especial.

Nesse sentido, dispunha a Lei nº 9.317/1996, artigo 16, então vigente:

(...)

DA APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS POR AFERIÇÃO

Observa-se, da leitura do despacho (especificamente às fls. 237 e 238), que os valores das contribuições devidas para fins de verificação de saldo a restituir foi apurado sobre a remuneração identificada por aferição efetuada com base nas notas fiscais de serviços emitidas no período (40% do valor dos serviços).

Verifica-se, conforme consta no mesmo despacho, que a aferição somente ocorreu porque a Fiscalização ao comparar as informações contidas nas Folhas de Pagamento e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações para Previdência Social — GFIP com o conteúdo do contrato objeto da retenção, identificou a necessidade de utilização de outros empregados além daquele incluído na Folha de Pagamento.

Constata-se, da análise do Anexo 2 do contrato de prestação de serviços objeto de retenção (cópia de fl. 21) que, de fato, conforme informado às fls. 237/238, a empresa, para realização dos serviços contratados, disponibilizaria a quantidade mínima de 03 empregados sendo um deles dedicado à atividade de supervisão, contudo, conforme Folhas de Pagamento, GFIP e recibos de pagamento juntados (cópias de fls. 31,32,36/43, 47/51/58, 62, 65/72, 78/87, 91, 94/9597/103, 107, 110/119, 123, 126/135, 139, 142/150, 156/172, 179/188, 193,196/205), nos meses constantes no requerimento de restituição (fl. 01), o sujeito passivo somente incluiu em Folha de Pagamento 01 empregado de 04/2006 a 05/2006 e de 07/2006 a 02/2007, que exercia a atividade de auxiliar de escritório e em 06/2006 não incluiu nenhum empregado.

Tal situação, aliada ao fato de que o sujeito passivo limita-se a alegar que os serviços foram executados diretamente pelos sócios sem juntar qualquer documento capaz de infirmar a informação contida na alínea "h" do Anexo 2 que integra o contrato entre ele a tomadora — CEMIG (pela qual seriam necessários 03 pessoas para a realização dos serviços sendo um deles dedicado à supervisão do mesmo); corrobora a conclusão da Auditora Fiscal à fl. 238 no sentido de que foram utilizados

empregados que não foram incluídos em Folha de Pagamentos ou declarados por meio de GFIP.

Nesse caso, conforme o disposto na Instrução Normativa SRP nº3, de 14/07/2005, vigente na data da prestação dos serviços e do requerimento de restituição, a verificação da existência de valores a restituir decorrentes da retenção de 11 % sobre faturas de serviços deve ser efetuada considerando-se as bases de cálculo aferida.

(...)

Dessa feita considerando-se os valores das notas fiscais relacionadas com o presente pedido de restituição e os valores de remuneração aferidos conforme as normas citadas, o valor de Contribuições Previdenciárias devidas, em relação ao tomador de mão-de-obra (nesse caso a CEMIG) é conforme Tabela 1 que segue:

Tabela – 1 - Comparação entre valores devidos e valores retidos

(...)

Deste modo, observa-se que este pedido de restituição perdeu seu objeto já que a partir da exclusão do SIMPLES, o valor da contribuição devida à Previdência Social discriminado no RRR de fl. 01 não mais corresponde à realidade deste contribuinte, assim como as GFIP por ele apresentadas informando tratar-se de empresa optante pelo Simples.

Portanto, considerando-se que as contribuições retidas do sujeito passivo são inferiores aos valores de contribuição apurados com base na remuneração aferida para a prestação de serviços a que se referem (conforme tabela 1), não há saldo a ser restituído.

(...)”

A turma julgadora da DRJ concluiu então pela improcedência da manifestação de inconformidade e pelo não reconhecimento do direito creditório pleiteado.

Cientificado, o interessado apresentou recurso voluntário a este CARF, de fls. 297 e segs., onde basicamente repisa seus argumentos de defesa já anteriormente trazidos na manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Honório Albuquerque de Brito, Relator

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto dele conheço e passo a sua análise.

Conforme se extrair do relatório acima, em apertado resumo, a contribuinte protocolou pedido de restituição do excedente de contribuições previdenciárias retidas sobre suas notas fiscais de faturamento de serviços prestados à CEMIG (11%) em relação aos valores devidos calculados como optante pelo SIMPLES. O pedido foi indeferido na unidade da Receita Federal em Despacho Decisório de 05/12/2008, onde se aferiu indiretamente a mão-de-obra

necessária à execução dos serviços, com base no percentual mínimo de 40% do valor dos serviços de que trata a IN SRP Nº 3/2006, art. 600, desconsiderando a opção pelo SIMPLES, em razão do Ato Declaratório Executivo da Delegacia da Receita Federal em Divinópolis/MG, de 10/01/2008, fl. 279, o qual excluiu a interessada daquele regime simplificado de tributação. A turma julgadora de primeira instância manteve o indeferimento pelas mesmas razões, e em seu acórdão recalculou os valores devidos das contribuições a partir da mão-de-obra aferida (40%), apurando desta forma saldo devedor nas competências em análise (abr/2006 a fev/2007).

Ocorre que, no processo administrativo 10665.721040/2007-11, em julgamento do recurso voluntário da mesma contribuinte frente ao acórdão da DRJ em Belo Horizonte/MG que manteve a exclusão da interessada do SIMPLES, a 1ª Turma Ordinária da Segunda Câmara deste CARF, em sessão de 26/05/2011, no acórdão nº 12-0100.500, concluiu por dar provimento ao recurso para restabelecer a empresa no SIMPLES nos períodos questionados (anos de 2005 a 2008), conforme ementa e conclusão a seguir transcritas.

“ASSUNTO: SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SIMPLES

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

EXCLUSÃO MOTIVADA PELA ATIVIDADE ECONÔMICA EXERCIDA. NÃO DEMONSTRAÇÃO PELA FISCALIZAÇÃO O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. MATÉRIA DE PROVA. EXCLUSÃO INDEVIDA.

As provas trazidas nos autos pela fiscalização não são conclusivas ao ponto de se afirmar que o contribuinte exerceu a atividade de cessão de mão-de-obra, visto o fato da empresa possuir além dos dois sócios, apenas um empregado administrativo. Faltou no trabalho da fiscalização trazer outros elementos probatórios para concluir pela incompatibilidade de atividade.

A cessão de mão-de-obra traz outro elemento ignorado pela fiscalização, o fato do empregado da empresa cedente, contratada, ficar à disposição do contratante, na qual receberá ordens e instruções deste último.

(...)

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso, para no mérito DAR-LHE provimento, mantendo a Recorrente nos períodos ora questionados pela fiscalização nestes autos na sistemática do Simples.

É como voto!”

Desta forma, uma vez definitivamente na esfera administrativa restabelecida a opção da contribuinte pelo SIMPLES, deve a unidade da receita federal de origem receber o pedido de restituição e proceder à análise de seu mérito considerando os valores da contribuição devidos e demais aspectos pertinentes, procedimentais e de mérito, a partir da condição da requerente de optante pelo citado sistema.

CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, conforme acima descrito, para determinar que a unidade da Receita Federal de origem proceda à análise do Pedido de Restituição em questão, quanto aos seus aspectos procedimentais e de mérito, considerando a condição da requerente de optante pelo SIMPLES.

(assinado digitalmente)

Honório Albuquerque de Brito