



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

Processo nº 37317.003935/2005-15
Recurso nº 243.949 Voluntário
Acórdão nº 2301-01519 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de junho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO: SEGTURADOS
Recorrente MONTAGEM ESTRUTURAS METÁLICA FELDER S/C
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM OSASCO - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2004 a 31/07/2004

RESTITUIÇÃO DE VALORES RETIDOS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA NEGATIVA.

O fato de a empresa ter optado pelo SIMPLES dispensa a mesma da aplicação do artigo 31, da Lei 8.212/91, uma vez que a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal emitida, quando prestar serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, o que implica no seu direito à restituição de valores recolhidos indevidamente

A apresentação, por parte do contribuinte, de toda a documentação necessária para subsidiar o pedido de restituição, conforme o que se encontra disposto na legislação previdenciária, implica no reconhecimento do seu direito, salvo nas hipóteses em que o fisco comprove divergência nas informações trazidas a exame da administração tributária.

No caso presente, a empresa colacionou aos autos documentação e informações suficientes para a análise do pleito, cabendo ao fisco refutá-las adequadamente.

A decisão que deixa de analisar ou refutar as informações trazidas pelo contribuinte merece ser anulada.

Anulada a Decisão de Primeira Instância

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular o processo a partir das fls. 67, nos termos do voto do(a) relator(a).


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (suplente) e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa MONTAGEM ESTRUTURAS METÁLICAS FELDER LTDA contra decisão de primeira instância que indeferiu seu pedido de restituição dos valores recolhidos no período de 05/2004 a 07/2004.

2. A decisão atacada deu ensejo ao ofício de n.º 21.028.020-4/147/2005, devidamente enviado à segurada, o qual trouxe, em seu texto, as considerações que transcrevo abaixo:

“Em diligência ao endereço indicado pela empresa – João Ventura dos Santos, 1426 – Jd. Baronesa – Osasco – SP, constatamos que a mesma não está instalada no local, trata-se de uma residência e a moradora informou-nos que a empresa mudou-se para local ignorado.

Pelo exposto, tendo em vista a não localização do sujeito passivo e da documentação exigível no endereço cadastral diligenciado, impossibilitando a realização do procedimento fiscal, e com base nos art. 772 e 773 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100 de 18.12.2003, fica Indeferido o processo acima citado.” (fl. 66)

3. Quando da apresentação de suas razões recursais, o contribuinte, aduziu, em síntese, conforme bem relatado nas contra-razões, o seguinte:

“3.1 (...) a empresa localiza-se no endereço citado desde a sua constituição, apenas como ponto de correspondência (...).

3.2 (...) o imóvel é de propriedade do Sr. Ailton Aparecido Opsfelder, sócio da empresa, porém existe um inquilino (Sr. Sidney César Lopes e sua esposa, Sra. Raquel), conforme cópia do contrato de locação (...).

3.3 (...) alguns anos após abertura da firma, o Sr. Ailton mudou-se para outro imóvel, na mesma avenida, para o n.º 1543, em frente ao n.º 1426 (endereço anterior)... e não havia necessidade de alterar o endereço, uma vez que se tratava de uma prestação de serviço de mão-de-obra que presta serviços no local da empresa contratante (...).

3.4 (...) não sabe quem deu a informação de que a empresa havia se mudado para local desconhecido e no caso de ter sido a inquilina provavelmente não tinha conhecimento do que se tratava e que por medo do que não conhecia provavelmente fez tal alegação, já que o local é usado apenas para correspondência (...).

3.5 (...) qualquer vistoria ou diligência deve ser feita no local da prestação de serviço, conforme o endereço do contratante informado (...).” (fl. 96)

4. As contra-razões do fisco, foram no sentido da manutenção da decisão atacada, qual seja a improcedência do pedido de restituição dos valores recolhidos no período de 05/2004 a 07/2004. Após, os autos foram encaminhados a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

2. O contribuinte alega que possui direito à restituição relativa ao período de 05/2004 a 07/2004, em decorrência da retenção indevida de valores a título de contribuição para a Previdência Social na emissão de notas fiscais/faturas de serviços, nos termos do artigo 31, da Lei 8.212, de 24/07/1991, com redação dada pela Lei 9.711, de 20 de novembro de 1998.

3. Isso porque prestou serviço para a empresa “Siemens Ltda. Divisão IND. P. S.A.” no período de maio a julho de 2004, e é optante do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – SIMPLES, desde 1º de janeiro de 2000, conforme consta à fl. 43.

4. Embora a recorrente tenha trazido aos autos documentação comprobatória de seu direito de restituição, teve seu pedido indeferido devido ao fato de que, em diligência, feita por autoridade fiscal, constatou-se que a empresa não estava instalada no endereço indicado como sua sede.

5. Ocorre que, compulsando os autos, verifica-se que não houve, por parte do fisco, a apresentação de nenhuma justificativa que nos permita refutar as informações trazidas pelo contribuinte; dessa forma, inexiste também, motivação suficiente que possa vir a justificar a diligência feita pela autoridade administrativa.

6. Dessa forma, conforme previsto no artigo 218, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003, caso haja a constatação de divergência nas informações fornecidas pela requerente, ou a não confirmação do recolhimento do valor retido, a autoridade fiscal deverá oficializar diretamente a empresa contratante para que essa confirme os dados e valores constantes nas notas fiscais, faturas ou recibos referentes às competências relacionadas no requerimento ou o recolhimento das importâncias retidas.

7. Porém, muito embora haja previsão legal, não houve, no presente caso, a expedição de ofício com o intuito de dirimir possíveis divergências que o fisco poderia ter encontrado quando da análise da documentação apresentada pela empresa; bem como não há nos autos motivação expressa, por parte da autoridade fiscal, quanto à necessidade de abertura de diligência.



8. Nesse momento, torna-se importante dizer que o fato de a empresa ter optado pelo SIMPLES, no meu entendimento, dispensa a mesma da aplicação do artigo 31, da Lei 8.212/91, uma vez que a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo emitido, quando prestar serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, o que implica na supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, conforme posicionamento do STJ:

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

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 o 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).

4. Embargos de divergência a que se nega provimento " (STJ EREsp nº 511001/MG, por unanimidade, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 11/04/2005)

9. Do mesmo acórdão, importante transcrever a fundamentação do eminente Ministro Relator Teori Albino Zavascki para formar o seu convencimento:

"Por outro lado, 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. É o SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições. Por este regime de arrecadação, é efetuado um pagamento único relativo a vários tributos federais (art. 3º), cuja base de cálculo é o faturamento, sobre o qual incide uma alíquota única, ficando a empresa optante dispensada do pagamento das demais contribuições instituídas pela União (§ 4º). É a seguinte a redação do citado dispositivo.



'Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições:

a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ,

b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;

c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL,

d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS;

e) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;

f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996.'

(...)

§ 4º - A inscrição no SIMPLES dispensa a pessoa jurídica do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.'

Portanto, em relação à empresa optante pelo regime especial de tributação do SIMPLES, a contribuição destinada à Seguridade Social já se encontra inserida na alínea "f" do art. 3º da Lei 9.317/96, e é recolhida na forma de arrecadação simplificada e nos percentuais de 3% a 7% sobre a receita bruta, definidos naquela legislação. Tal sistema de arrecadação é incompatível, conseqüentemente, com aquele outro regime de substituição tributária imposto pelo art. 31 da Lei 8.212/91, que, conforme esclarece o próprio INSS em sua contestação (fls 53/71), se constitui numa "nova sistemática de recolhimento" daquela mesma contribuição destinada à Seguridade Social. Daí porque 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%, além de implicar supressão do benefício de pagamento unificado destinado às pequenas e microempresas, importaria arrecadação do mesmo tributo.

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)."

10. Mesmo havendo entendimento divergente entre os poderes executivo e judiciário a respeito da extensão da aplicação do artigo 31, da Lei 8.212/91 às empresas optantes do SIMPLES, o recorrente procedeu de acordo com o disposto na Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, quando apresentou, em conjunto com seu Requerimento de



Restituição da Retenção (RRR), os documentos necessários à instrução do processo como traz o artigo 216:

"Art 216. Os documentos necessários à instrução do processo de restituição da retenção são os seguintes:

I - Requerimento de Restituição da Retenção (RRR), conforme formulário constante do Anexo V, disponível na Internet no endereço <http://www.previdencia.gov.br/>;

II - original e cópia do contrato social e última alteração contratual que identifique os responsáveis pela administração ou pela gerência da sociedade, ou estatuto social e ata em que conste a atual diretoria da sociedade ou associação, ou o registro de firma individual, conforme o caso;

III - original e cópia das notas fiscais, das faturas ou dos recibos de prestação de serviços emitidos pela empresa prestadora de serviços na competência objeto do pedido de restituição, que serão conferidos com os dados registrados no demonstrativo citado no inciso VII;

IV - original e cópia das notas fiscais, das faturas ou dos recibos de prestação de serviços emitidos por subcontratada;

V - original e cópia dos resumos das folhas de pagamento específicas, referentes a cada contratante dos serviços e ao setor administrativo da requerente;

VI - original e cópia do resumo geral consolidado de todas as folhas de pagamento, com o respectivo demonstrativo de cálculo das contribuições sociais e da base de cálculo utilizada;

VII - demonstrativo das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, elaborado pela empresa requerente, totalizado por contratante e assinado pelo representante legal da empresa, conforme formulário constante do Anexo VI;

VIII - relatório das retenções emitido pelo Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (SEFIP),

IX - original e cópia da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) relativa às duas últimas competências anteriores à data do protocolo da restituição, caso as mesmas estejam incluídas no requerimento;

X - extratos de "Consulta pelo CNPJ" ou "Ficha cadastral" atualizados, fornecidos pela Secretaria da Receita Federal, ou original e cópia do recibo de entrega da Declaração Anual Simplificada da Receita Federal, do exercício findo, para as empresas optantes pelo SIMPLES.

XI - contrato de prestação de serviço;

XII - para cumprimento do disposto no inciso II do § 4º do art. 225, a requerente deverá apresentar cópia do último balanço patrimonial e declaração, sob as penas da lei, firmada pelo representante legal e



pelo contador responsável com identificação de seu registro no Conselho Regional de Contabilidade (CRC), de que a empresa possui escrituração contábil regular.

Parágrafo único. Deverá ser apresentada procuração do sujeito passivo outorgada por instrumento particular, com firma reconhecida em cartório, ou por instrumento público, com poderes específicos para representar o requerente, se for o caso "

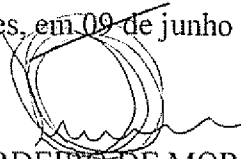
11. Assim, diante do cumprimento das exigências legais, e da ausência de qualquer exposição de motivos por parte do fisco que pudesse justificar a negativa da restituição, motivo pelo qual, voto por anular a decisão de primeira instância para que o fisco justifique fundamentadamente a negatória do pedido de restituição do Recorrente. Após deve ser proferida nova decisão, e o contribuinte deverá ser cientificado da decisão, reabrindo-se o prazo para interposição de recurso.

CONCLUSÃO

67. 12. Ante o exposto, voto no sentido de em anular o processo a partir das fls.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de junho de 2010



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES