



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10280.722468/2018-41
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-011.073 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 6 de março de 2024
Recorrente ELITE SERVICOS DE SEGURANCA EIRELI
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2014

DIREITO DE DEFESA. OFENSA NÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DA DECISÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Não há que se cogitar em nulidade da decisão administrativa: (i) quando o ato preenche os requisitos legais, apresentado clara fundamentação normativa, motivação e caracterização dos fatos; (ii) quando inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 59 do Decreto 70.235/1972; (iii) quando, no curso do processo administrativo, há plenas condições do exercício do contraditório e do direito de defesa, com a compreensão plena, por parte do sujeito passivo, dos fundamentos fáticos e normativos da autuação e (iv) quando não há demonstração de prejuízo advindo de eventual irregularidade alegada.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo o contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo, mas não pela não juntada de documentos que era seu ônus provar.

RETIFICAÇÃO DE DECLARAÇÃO. PROVAS DO ERRO COMETIDO.

A retificação de Declaração que seja confissão de dívida, após a ciência do Despacho Decisório que indeferiu o pedido, é insuficiente para a comprovação do crédito, sendo indispensável a comprovação do erro em que se fundamenta a retificação.

INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA. CARF.

A argumentação sobre o caráter confiscatório da multa aplicada no lançamento tributário não escapa de uma necessária aferição de constitucionalidade da legislação tributária que estabeleceu o patamar das penalidades fiscais, o que é vedado ao CARF, conforme os dizeres de sua Súmula nº 2.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre os créditos tributários constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic."

JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

A partir de 1o de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2014

COMPENSAÇÃO. GLOSA. ÔNUS DA PROVA

Indevida a compensação quando o contribuinte não apresenta prova inequívoca da existência do direito creditório informado em sua Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Diogo Cristian Denny - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Flavia Lilian Selmer Dias, Wesley Rocha, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade e Diogo Cristian Denny (Presidente). Ausentes as conselheiras Angélica Carolina Oliveira Duarte Toledo e Monica Renata Mello Ferreira Stoll.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão n.º 09-70.878 que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresenta em razão do indeferimento do direito creditório por falta de apresentação de prova, relativo à retenção de 11% sobre nota fiscal/fatura de cessão de mão de obra.

No curso da mesma ação fiscal foram realizados os seguintes lançamentos

- Processo n.º 10280.722468/2018-41 – indeferimento do direito creditório relativo a retenção 11% - 2014.
- Processo n.º 10280.722462/2018-73 – multa isolada por compensação indevida com falsidade da declaração – 2014.

A ciência do indeferimento do direito creditório foi em 19/11/2018 (e-fl. 62).

A manifestação de inconformidade foi apresentada em 18/12/2018 (e-fls. 66 a 108) alegando, segundo relatório da decisão recorrida que:

Cientificado da decisão o contribuinte apresentou em 19/12/2018, Manifestação de Inconformidade acostada às fls. 66/108, em preliminar, diz que atendeu prontamente a fiscalização, diz que o caso não é de " *compensação para extinção do crédito tributário, mas tão somente, uma antecipação de pagamento de contribuições previdenciárias que, somente podem ser objeto de compensação e de restituição, no caso de retenção a maior e impossibilidade de "quitação" com os valores efetivamente devidos sobre a folha de salários da empresa contratada*"

Discorre sobre a legislação que rege a matéria e sustenta que:

Aqui, não houve, inclusive na visão do Fisco, retenção a maior, mas sim, valores supostamente declarados à compensar e inexistentes por falta de comprovação via notas fiscais.

Destaca-se que o próprio artigo 88 da IN 1.717, que atualmente disciplina a retenção e sua compensação é claro ao estabelecer que essa compensação, na realidade uma antecipação de pagamento, retenção, somente pode ser utilizada com relação às contribuições previdenciárias, sendo que apenas eventual saldo remanescente é que seria objeto de compensação e restituição nos termos dos parágrafos 8º e 9º do artigo 84 da citada IN 1971/2017.

Quando da apresentação da GFIP, com os dados da retenção, estamos diante de pagamento das contribuições previdenciárias, pois os valores ali informados, correspondem, nada mais, que uma antecipação daquilo que seria devido sobre a folha de salários.

Ainda, como preliminar alega que sofreu cerceamento de sua defesa. Sobre o tema transcreve doutrinadores e diz que no presente processo há violação "do devido processo legal administrativo, uma vez que, conforme exaustivamente debatido nos autos, a impugnante não está sofrendo o procedimento adequado e, além disso, apresentou toda a documentação comprobatória das retenções do ano de 2014".

Aduz que a fiscalização deixou de considerar créditos de períodos anteriores e de outros estabelecimentos da empresa, o que implica em nulidade.

Diz que a há vício porque a apuração teve por base "documentos de terceiros (Guias da Previdência Social) constantes nos bancos de dados da Receita Federal do Brasil, os mesmos deveriam ter sido apresentados à empresa, para que fosse feito um cotejo entre os valores recolhidos pelas fontes pagadoras e os valores destacados em notas fiscais."

Assevera que o cerceamento de defesa se materializa com a falta de descrição pela fiscalização das retenções recolhidas por contratantes, possibilitando o confronto com os valores destacados em nota fiscal.

Diz que: *Sem isso, impossível saber quem está correto.*

No mérito, em longo arrazoado, alega que há erro na base de cálculo de contribuições previdenciárias, porque "*os valores devidos sobre a folha, são menores do que aqueles declarados em GFIP, na medida em que não incidem contribuições previdenciárias sobre verbas de natureza indenizatória e/ou eventuais*".

Prossegue a peça de contestação com dissertação sobre os conceitos legais e citações de decisões judiciais sobre as verbas decorrentes de "*rendimentos do trabalho*" pagos pelo empregador a título de salário, ou seja, que decorra da relação de trabalho, não servindo, pois, como base de cálculo para tais exações quaisquer outros valores que não se amoldem ao conceito de salário.

Assevera que:

Em síntese: uma premissa há de ser fixada no sentido de que não incide contribuições previdenciárias no tocante às verbas indenizatórias, não salariais ou encargos sociais, uma vez que não se encaixam no conceito constitucional de salário ou remuneração, nos moldes do art. 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988, bem como do próprio art. 22, da Lei n. 8.212/91.

Neste contexto enumera como verbas não sujeitas a incidência: HORAS EXTRAS; ADICIONAL NOTURNO; ADICIONAL DE INSALUBRIDADE; ADICIONAL DE PERICULOSIDADE; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO FAMÍLIA; FÉRIAS; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; AUXÍLIO-EDUCAÇÃO; AUXÍLIO-DOENÇA; AUXÍLIO CRECHE.

Insurge-se contra a aplicação de juros sobre a multa de ofício, por falta de previsão legal, pois excluídos pelo art. 61, da Lei 9430/1996, bem como alega caráter confiscatório na aplicação da multa de ofício .

Por fim, resume seu pedido da seguinte forma:

Em face do exposto, requer seja acolhida a presente manifestação de inconformidade / impugnação, com suspensão da exigibilidade de eventual cobrança, julgando improcedente o lançamento tributário, tendo em vista sua insubsistência e nulidade, como medida de legalidade, bem como a questão da inexigibilidade de contribuição sobre verbas de natureza indenizatória e eventual, inclusive com decisão judicial favorável – processo n. 0021417-32.2010.4.01.3900, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Acaso não se acolha o entendimento pela nulidade do procedimento, requer a baixa dos autos para diligência para que seja feito o cotejo entre as notas fiscais e os valores recolhidos em termos de retenção de contribuições previdenciárias, nos termos acima citado

O Acórdão apreciou a manifestação de inconformidade (e-fls. 212 a 233) e decidiu por não acolher os argumentos.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 30/12/2014

COMPENSAÇÃO. GLOSA

Indevida a compensação quando o contribuinte não apresenta prova inequívoca da existência do direito creditório informado em sua Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP).

VERBAS INDENIZATÓRIAS

Somente as verbas constantes do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/1991, ou que tenham a mesma natureza, podem ser consideradas indenizatórias para efeito de não incidência de contribuição social previdenciária.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre os créditos tributários constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic."

PEDIDO DE DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório não Reconhecido

O contribuinte tomou ciência do Acórdão do julgamento de primeira instância em 10/02/2021 (e-fl. 237). Em 10/03/2021, apresentou Recurso Voluntário anexado às e-fls. 240 a 280. A recorrente alega os mesmos motivos apresentado na impugnação e se insurge contra a multa aplica por entender que é confiscatória.

Foi juntado às e-fls. 284 a 293 – Decisão Judicial TRF 1ª Região – processo nº 0002501-32.2019.4.01.3900 deferindo o pedido de Cautelar Fiscal feito pela Fazenda Nacional.

É o relatório.

Voto

Conselheira Flavia Lilian Selmer Dias, Relatora.

Admissão do Recurso

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

Preliminar

Nulidade

O Recurso é amparado na tese que o aproveitamento das retenções de 11% sobre nota fiscal com as contribuições previdenciárias declaradas em GFIP não seriam uma “compensação”, nos termos do CTN, mas uma mera antecipação do valor devido, nas palavras da recorrente:

Destaca-se que o próprio artigo 88 da IN 1.717, que atualmente disciplina a retenção e sua compensação é claro ao estabelecer que **essa compensação, na realidade uma antecipação de pagamento**, retenção, somente pode ser utilizada com relação às contribuições previdenciárias, sendo que apenas eventual saldo remanescente é que

seria objeto de compensação e restituição nos termos dos parágrafos 8º e 9º do artigo 84 da citada IN 1971/2017.

(...)

Diante dessas considerações, não caberia a fundamentação legal utilizada, como glosa de compensação, mas sim, a tipificação quanto às contribuições previdenciárias, auto de infração e demais questões correlatas, sendo, nesse sentido, nulo o lançamento.

Sob tal argumento, a fundamentação legal estaria equivocada o que levaria a nulidade.

O assunto será tratado no mérito pois, considerando a nulidade nos termos dos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235, de 1972, vê-se que não ocorre:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.”

Cerceamento de defesa

Alega o cerceamento de defesa e a violação do devido processo legal por não ter sido juntado aos autos, por parte do Fisco, os comprovantes de retenção das fontes pagadoras apresentados.

O argumento é vazio. No pedido de restituição/compensação, é ônus do contribuinte demonstrar a existência do direito creditório através de provas idôneas. Eventual omissão da autoridade preparadora poderia ter sido suprida pela própria impugnante, quando da apresentação da Manifestação de Inconformidade, não podendo tal omissão ser sanada por pedido de diligência.

Mérito

No mérito são duas alegações centrais: que o procedimento declarado em GFIP não seria “compensação” e que haveria erro na declaração da base de cálculo da GFIP pois a decisão a quo não teria enfrentado a questão da existência de medida judicial que lhe seria favorável no processo nº 0021417-32.2010.4.01.3900. em tramite na Justiça Federal da 1ª Região, que teria reconhecido a seu favor diversas verbas como de natureza indenizatória, motivo pelo qual sua base de cálculo era menor do que a declarada em GFIP.

Quando da apresentação da GFIP, com os dados da retenção, estamos diante de pagamento das contribuições previdenciárias, pois os valores ali informados, correspondem, nada mais, que uma antecipação daquilo que seria devido sobre a folha de salários.

Note-se que, nas GFIP's apresentadas, **inexiste valor de compensação**, apenas de retenção – fls. 43.

Diante dessas considerações, **não caberia a fundamentação legal utilizada, como glosa de compensação**, mas sim, a tipificação quanto às contribuições previdenciárias, auto de infração e demais questões correlatas, sendo, nesse sentido, nulo o lançamento, devendo o mesmo ser refeito.

(...)

No item final da peça de impugnação a autuada diz que tem sobre as verbas de natureza indenizatórias e eventual, decisão favorável no processo n. 0021417-32.2010.4.01.3900, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no entanto, **além de não constar registro desta informação nos documentos gerados durante a ação fiscal, nesta fase não apresentou nenhum documento relativo à referida ação judicial, que permitissem a constatação de identidade de objeto com a impugnação, conforme exigido pelo art. 16, inciso V, do Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal** (grifei)

Quanto a compensação ela é um instituto regulado pelo art. 170 do CTN:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de **créditos tributários** com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, **do sujeito passivo contra a Fazenda pública**. (grifei)

Ademais a retenção e posterior compensação estão estipulados no art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, **deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços** e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

§ 1º **O valor retido** de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, **poderá ser compensado** por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, **por ocasião do recolhimento das contribuições** destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 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 legislação não deixa qualquer dúvida, as informações prestadas na GFIP de valores de retenção realizados tratam-se sim de compensação, nos exatos termos prescritos pelo CTN, crédito do contribuinte contra a Fazenda pública.

Quanto a decisão judicial apontada, ressalta-se que não foi apresentado pelo contribuinte qualquer documento que pudessem suscitar a identidade de objeto entre a lide do processo administrativo e do judicial.

A decisão recorrida menciona o andamento da citada ação judicial para demonstrar que não havia trânsito em julgado e destaca a Solução de Consulta Cosit. Nº 119, de

2017 que trata da compensação do art. 170-A do CTN que impõem o transitio em julgado da decisão.

Todavia, o indeferimento do pedido de compensação não abordou a questão do valor das contribuições previdenciárias declaradas.

Nos termos do Despacho Decisório, o indeferimento ocorreu por falta de comprovação:

Por meio dos Termos de Intimação Fiscal de números 3 a 7, foi oportunizado ao sujeito passivo esclarecer ou comprovar a legitimidade dos valores compensados, **inclusive foram solicitadas as notas fiscais de prestação de serviços que serviram de suporte para os registros contábeis contidos na conta nº 1.1.4.01.0001 – INSS a Recuperar. Porém, até o encerramento do procedimento fiscal não houve qualquer manifestação às intimações, deduzindo-se pelo assentimento da empresa em relação ao lançamento procedido.**

Tendo em vista a **não apresentação das informações solicitadas, foi elaborado o Relatório Fiscal de fls. 10/15, no qual é relatado que a compensação não foi comprovada** no curso do procedimento fiscal acarretando o lançamento da multa prevista no § 10 do art. 89 da Lei 8.212/91, lançada no processo n.º 10280-722.462/2018-73.

Dessa forma, **sem os documentos que comprovem a origem dos créditos utilizados nas compensações informadas em GFIP, só resta considerá-las indevidas,** sujeitando-se o postulante à incidência das penalidades constantes dos já transcritos artigos 85 e 86 da IN RFB n.º 1.717, de 2017, sem prejuízo de outras penalidades

(grifei)

Em momento algum a fiscalização aborda os valores declarados em GFIP. Ela simplesmente os considera no cálculo das retenções informadas. Neste contexto era irrelevante a existência da ação judicial, ainda mais por não haver o transitio em julgado.

Ademais, o contribuinte se limita a aventar a existência da ação judicial e o possível erro na declaração dos valores das contribuições previdenciárias nas GFIP's apresentadas, sem contudo trazer qualquer prova do alegado.

Também não faz prova, através de documentos aptos, para demonstrar a regularidade das retenções declaradas, em especial as notas fiscais que sofreram a retenção, assim não infirma a conclusão da fiscalização da inexistência do direito creditório.

Os valores informados em GFIP tem natureza declaratória de constituir o crédito tributário, e, deste modo, sua retificação deve vir acompanhado de provas que demonstrem o erro, também ônus do contribuinte

A DRJ faz uma longa análise das alegações de valores que seriam de natureza indenizatória, contudo tal apreciação é desnecessária, posto que só em tese teria algum reflexo, ainda que indireto, já que não foi o motivo do indeferimento e não há qualquer elemento de prova do alegado.

Deste modo, não há qualquer demonstração da existência de erro na decisão tomada no Despacho Decisório que justifique sua alteração.

Juro aplicados e juros sobre multa

Há alegação de que os juros aplicados não deveriam ser a SELIC. Tal assunto é pacífico no âmbito deste Conselho

Súmula CARF n.º 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Também é pacífico a incidência de juros sobre multa de ofício.

Súmula CARF n.º 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (Vinculante, conforme Portaria ME n.º 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Multa Confiscatória

Por fim alega-se que a multa aplicada seria confiscatória. Tal argumentação importa a declaração de inconstitucionalidade da norma instituída da multa, assunto que não pode ser abordado no âmbito de discussão administrativa.

Súmula CARF n.º 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por CONHECER em parte o recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Flavia Lilian Selmer Dias