



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.008989/2007-19
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2201-009.163 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de setembro de 2021
Recorrente DUCOL ENGENHARIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/11/2005

ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Os atos administrativos possuem presunção de legitimidade. Há transferência do ônus da prova para o contribuinte, que deve mencionar em sua defesa as razões e provas que possuir.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto de Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fernando Gomes Favacho - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega (Suplente convocado), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata o Auto de Infração DEBCAD 35.810.243-0, com valor consolidado em 10/05/2006, de R\$ 1.079.757,59 (fls. 02), com as rubricas Contribuição da empresa sobre a remuneração de empregados, Contribuição da empresa sobre as remunerações pagas, distribuídas ou creditadas a autônomos e contribuintes individuais, Retenção pela tomadora de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada, Contribuição para financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa, Terceiros: Salário Educação, Inca, SENAI, SESI, SEBRAE, multa e juros.

Conforme Relatório Fiscal da LDC n.º 35.810.243-0 (fls. 324 a 327), o período fiscalizado foi de 01/2002 a 09/2005. Nele constam (a) 20% sobre das remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados a seu trabalho no período de 01/2002 a 09/2005; (b) 3% sobre remunerações pagas a segurados empregados a título de SAT/GILRAT, no período de 01/2002 a 09/2005; (c) 5,8% sobre remunerações pagas a segurados empregados destinadas ao FPAS 507 (terceiros) no período de 01/2002 a 09/2005, e; (d) 20% sobre total das remunerações pagas aos contribuintes individuais, no período de 02/2002 a 09/2005.

A DUCOL ENGENHARIA LTDA apresentou, em 31/05/2006, impugnação parcial (fls. 346 a 368) à NFLD n.º 35.810.243-0. Alega que o Auditor Fiscal deixou de considerar valores de retenção destacados em Notas Fiscais emitidas, guias de recolhimento pagas, usou indevidamente Notas Fiscais de serviços tomados como sujeitos a retenção e apurou base de cálculo de retenção com taxas diversas da legislação. Aduz que, quanto aos serviços tomados pela impugnante sujeito a retenção, o art. 219, §2º, do Decreto 3.048/1999, é exaustivo, não comportando a inclusão de outras atividades, ainda que similares. Em seguida, traz longa lista de notas fiscais as quais contesta a retenção – seja por ela ter de fato existido, pela necessidade de retenção de apenas 50%, falta de previsão legal ou por isenção. Solicita que as Autoridades Fiscais façam as devidas correções, além de operação concomitante do valor residual da NFLD, tendo em vista os inúmeros pedidos de restituição dos saldos das retenções feitas e não compensadas pela Empresa. Traz relação discriminativa.

A Seção de Contencioso Administrativo se manifestou em 17/07/2006 (fls. 537) pela diligência. A Delegacia da Receita Previdenciária – DRP/São Luís – MA (fls. 541) informa que a empresa se enquadra na condição de Tomadora e Prestadora de serviço e consta em levantamentos distintos; que os fatos geradores foram lançados na competência em que ocorreram, mas os recolhimentos atinentes às retenções *não casam com os mesmos*, e que os créditos em sua grande parte foram solicitados pelo contribuinte através de processo de restituição, e que *por via de regra foram indeferidos por estarem em desacordo com a legislação*.

Recebido despacho de encaminhamento em 09/11/2006, o contribuinte não se pronunciou.

Encaminhado para a DRJ, foi mais uma vez remetido para diligência em 26/12/2007 (fls. 554 a 563), informando-se que a análise dos autos evidencia a possibilidade de que valores retidos nas notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela notificada (prestadora de serviço) não tenham sido de fato consideradas na apuração e lançamento das contribuições devidas. Concluiu-se com a necessidade de novo encaminhamento dos autos à fiscalização, com a solicitação de que sejam esclarecidas as questões: *se procede ou não a alegação de que o valor retido de R\$ 3.544,15 (além de outros discriminados às fls 342 a 352) não foram considerados na apuração, e quanto aos processos de restituição, quais as informações disponíveis para cada um dos processos relacionados nas fls. 360 e 361*.

Em resposta à diligência (fls. 566) o auditor afirma que os documentos solicitados e apresentados pela fiscalização não comprovam os argumentos do contribuinte, dado que não consta, através de verificação no relatório CONRET (Consulta de valores de Retenção de 11%), retenção nas competências citadas – não consta retenção referente a nota fiscal no valor de R\$ 3.554,15). Diz também:

3-Diante dos exemplos apresentados e que esta fiscalização solicitou a referida empresa através de TIAF (aviso de recebimento em anexo) que apresentasse os documentos conforme suas alegações, que mais uma vez os documentos apresentados não comprovam seus argumentos conforme podemos verificar.

Com relação aos processos de restituição também foi solicitada a empresa em questão, em época própria, que apresentasse as correções necessárias, o que não foi feito.

O Acórdão 15-20.492 – 5ª Turma da DRJ/SDR (fls. 579 a 596) faz extensa análise sobre o que fora aplicada sobre o valor total das notas fiscais. Em suma, considera que parte das alegações não procedem, pois trata-se de serviços suscetíveis de retenção de 11%, não consta discriminação de material separadamente, não foi apresentado contrato ou não informa o valor que teria sido pago, sem produzir prova suficiente para elidir a incidência de retenção. Em outros não foi aplicada retenção pois se trata de serviço executado por pessoa física.

Já em outros casos julga que procede a alegação da impugnante, dada a isenção, sem que haja previsão de retenção, ou quando não há trabalhador à disposição da Ducol. Também em caso de retenção levantado em cima de depósito bancário e serviço prestado por cooperativa.

Após impugnação provida parcialmente, o valor consolidado em R\$ 1.354.531,20 teve o valor reduzido para R\$ 631.125.50.

No Recurso Voluntário, protocolizado em 03/02/2010 (fls. 688 a 704), a ora Recorrente pugna pela improcedência da Notificação de Lançamento Fiscal de Débito. Aduz que que a NFLD é insuficiente de provas, e que o ônus é da Administração a prova da ocorrência dos fatos. Destaco (fls. 694 e 702):

14. (...) observa-se que a Autoridade Julgadora, para conferir se os valores retidos não haviam sido considerados na apuração do débito lançado, conforme alegado na impugnação, tomou, a título de amostragem, a retenção no valor de R\$ 3.544,15, correspondente a serviços prestados pela Recorrente na competência março/2003, e constatou que a referida retenção não havia sido considerada na apuração dos débitos lançados, confirmando assim o alegado pela Impugnante e a possível repetição do fato nos demais casos.

36. (...) os citados documentos (GPS) fazem parte dos acervos fisco-contábeis de outras empresas, aos quais a Recorrente não tem acesso, daí o caráter de força-maior, que inviabilizou a apresentação das GPS no momento da impugnação. Além do mais, o registro, o controle e a identificação de tais recolhimentos é função da Recorrida.

A Recorrente apresenta a GPS que aduz provar que tanto a retenção questionada pela DRJ a título de amostragem (no valor de R\$ 3.554,15, relativa à Nota Fiscal nº 11.783), como aquelas escolhidas aleatoriamente pelo Fiscal encarregado da diligência, correspondentes às Notas Fiscais nº 10911, 13670 e 13669, foram efetivamente recolhidas.

Também reforça que as diligências não foram adequadamente cumpridas:

(...) uma vez que **apenas consultou o sistema CONRET para se certificar se constava ou não a retenção** (...) é certo que, para se ter uma precisa resposta quanto ao recolhimento ou não de contribuição retida, imprescindível se faz a consulta à empresa tomadora dos serviços, guardiã natural da respectiva GPS (...)

É o relatório.

Fl. 4 do Acórdão n.º 2201-009.163 - 2ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10380.008989/2007-19

Voto

Conselheiro Fernando Gomes Favacho, Relator.

Preliminarmente, conheço do Recurso Voluntário, em especial dada sua tempestividade.

Ônus da prova

No Recurso Voluntário a ora Recorrente pugna pela improcedência da NFLD, posta a insuficiência de provas. Aduz que o ônus é da Administração a prova da ocorrência dos fatos. Apresenta a GPS que aduz provar a retenção questionada pela DRJ a título de amostragem.

O contribuinte alega força-maior que inviabilizou a apresentação das GPS no momento da impugnação, dado que fazem parte dos acervos fiscais-contábeis de outras empresas, aos quais a Recorrente não tem acesso (fls. 702-703):

37. Assim, a Recorrente apresenta, em anexo, as GPS que provam que tanto a retenção questionada pelo Julgador de 1º grau, a título de amostragem, no valor de R\$ 3.533,15, relativa à Nota Fiscal nº 11.783, como aquelas escolhidas aleatoriamente pelo Fiscal encarregado da diligência, correspondentes às Notas Fiscais nº 10911, 13670 e 13669, foram efetivamente recolhidas, nas devidas competências (...).

38. De todo o contexto, extrai-se que, se o nobre julgador de 1ª instância concluiu pela manutenção da Notificação de Lançamento, a partir de amostragem aleatória de valores que entendia não terem sido recolhidos, sendo induzido a erro por equivocada informação da Fiscalização; em sentido oposto, ao constatar o efetivo recolhimento desses valores, através das provas ora carreadas aos autos, esse respeitável órgão julgador haverá de concluir que a Notificação de Lançamento não merece prosperar.

De fato, no Demonstrativo de INSS por Cedente (Fonte) – Analítico (fls. 712) [697 do arquivo] consta registrado o valor de retenção. Tal alegação foi feita tanto em sede de impugnação quanto recursal. Todavia, tal como afirmado em voto de 1ª instância:

A impugnante apresenta Notas Fiscais da Ducol Engenharia com valores de contribuições previdenciárias destacados nas referidas notas fiscais sob a alegação de que tais valores não foram considerados pelo auditor fiscal, ocorre que os lançamentos questionados ora em exame referem-se a retenções a cargo da Ducol, relativas a contribuições previdenciárias retidas ou que deveriam ter sido retidas e não recolhidas pela Ducol relativas às empresas que lhes prestaram serviço mediante cessão de mão de obra.

As notas fiscais da própria Ducol listadas em sua defesa e anexadas às fls. 365 a 730 dos autos não fazem qualquer efeito no lançamento ora em exame.

Conforme visto, tanto na Impugnação quanto no Acórdão, o debate foi minuciosamente analisado.

Em sede recursal, a alegação fora, em suma, de que a informação fiscal possui “evidente caráter genérico” (fls. 692), o que impediria a formação de juízo de certeza.

Não há, entretanto, caráter genérico se são demonstrados os fatos e as provas correspondentes. Os pedidos de diligência, ao invés de infirmar, corroboram o cuidado tido pela

fiscalização, dado que a feitura de várias diligências são justamente parte do processo de livre convencimento da autoridade julgadora (art. 29 do Decreto 70.235/1972).

Esta Turma do Conselho tem enfrentado o tema da inversão do ônus da prova e da legitimidade dos atos da mesma forma (vide Processo n.º 10510.720818/2011-15, Acórdão n.º 2201-006.152 Sessão de 03 de março de 2020, Relator Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra; e Processo n.º 14333.000490/2007-71, Acórdão n.º 2201-006.316, Sessão de 2 de junho de 2020, Relator Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya).

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração. Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca.

Consta no Decreto-lei 70.235/1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará: III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui; (Redação dada pelo art. 10 da Lei n.º 8.748/1993)

No caso em concreto, as razões já expostas permitem concluir que o ônus da prova incumbe à postulante, a quem foram fornecidos todos os meios a ela inerentes para o exercício do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, sendo-lhe facultada a oportunidade em ser ouvida e a produzir provas.

Cabe ao contribuinte apresentar comprovação de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito de crédito constituído pelo Fisco. A interessada tem o ônus de comprovar que apresentou tempestivamente os documentos solicitados e que esses estão de acordo com as normas de regência.

Conclusão

Nestes termos, conheço do Recurso Voluntário e, no mérito, voto por seu total improvimento.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Gomes Favacho

Fl. 6 do Acórdão n.º 2201-009.163 - 2ª Seção/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10380.008989/2007-19