



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

Processo n° 10680.725017/2010-03
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.594 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de setembro de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente AMT TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2007 a 01/07/2008

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMALIZAÇÃO IRREGULAR.

RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS LEGAIS A QUE SE DEIXOU DE ATENDER. DIREITO CREDITÓRIO A QUE SE VEDA O RECONHECIMENTO, POIS AUSENTE SEUS PRESSUPOSTOS LEGAIS. VERIFICOU-SE QUE HÁ TRABALHADORES QUE ESTÃO AUSENTES DAS GFIP'S E FOLHAS DE PAGAMENTO. DEIXOU-SE DE PROVAR A OCORRÊNCIA DE RECOLHIMENTO EM RAZÃO DESTES TRABALHADORES.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

Os presentes autos cuidam de Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação –PER/DCOMP, referente a retenção de 11%, da Lei 9.711/1998, para as competências 11/2007; 12/2007; 01/2008; 03/2008; 05/2008 e 06/2008, conforme pedidos, de fls. 01 a 51.

A DRF da circunscrição do contribuinte remeteu-lhe a intimação, de fls. 52 recebida, em 17/12/2010, AR, fls. 53, onde, lhe faz diversas exigências.

O contribuinte foi cientificado do Despacho Decisório Nº 662/2010, que não reconheceu o direito à restituição, em 31/08/2010, conforme AR, de fls. 34.

Penso eu que a requerente em razão da intimação tenha apresentado os documentos, de fls. 54 a 209; 212 a 358.

A DRF da circunscrição do contribuinte voltou a intimá-lo, de fls. 371 recebida, em 10/03/2011, AR, fls. 372, onde, lhe faz diversas exigências.

A empresa requerente respondeu a intimação por meio dos documentos, de fls. 373 a 463; 467 a 482.

A DRH – Belo Horizonte emitiu o Despacho – Decisório Nº 520, fls. 483 e 484, através do qual indeferiu o pedido de restituição.

A requerente, em 19/05/2011, apresentou a Manifestação de Inconformidade, de fls. 487 a 502, acompanhada dos documentos, de fls. 503 a 509.

A empresa apresentou a petição, de fls. 530

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-42.218 - 8ª Turma da DRJ/BHE, em 23/01/2013, fls. 533 a 537, pelo qual a Manifestação de Inconformidade foi considerada improcedente e o direito crédito não foi reconhecido.

A empresa requerente tomou conhecimento do Acórdão, conforme AR, as fls. 539, recebido, em 14/03/2013.

A empresa apresentou Recurso Voluntário, em 08/04/2013, conforme petição, de fls. 543, com razões recursais, as fls. 544 a 559, desacompanhado de qualquer documento.

As razões recursais são assim resumidas.

Mérito.

- que o crédito se origina de retenção de onze por cento sobre notas fiscais de prestação de serviços, após a compensação destas com os recolhimentos da folha de salários, devendo ser restituído o

remanescente, não havendo dúvidas de que a recorrente sofre retenção sobre as notas fiscais emitidas;

- que despesas de viagens e estadias não sofrem incidência tributária, sendo irrelevante a sua menção no despacho decisório, ainda, que as despesas de viagem e estadia fossem pagas como ajuda de custo, não seriam tributadas, pois não possuem caráter salarial ou retributivo, cita MGD, comentando o artigo 457, da CLT, para quem a diárias independentemente do valor não tem caráter retributivo, cita o entendimento do TST sobre ajuda de custo especial, para quem, ainda, que essa seja superior a 50% do salário não se inclui no salário;
- que o despacho decisório é baseado em ficções e presunções, cita JESM; GA;FF; GUC; SM, cabendo ao sujeito ativo, nos termos do artigo 142, do CTN, o ônus de provar a indevidão praticado com todos os seus detalhes, o que não ocorreu no presente caso, cita IGSM e volta a citar SM, que cabe ao fisco constituir e provar o direito ao crédito tributário
- que a empresa provou a utilização de mão de obra na execução de seus serviços de forma clara e objetiva e que a alegação da relatora *a quo* é inverídica “a contribuinte não discorda da fiscalização quando fala do pagamento de despesas a pessoas que não figuravam nas folhas de pagamento e GFIP”, devendo a RFB apurar o suposto débito da recorrente e restituir a diferença;
- que houve enriquecimento ilícito da fazenda ao imputar a recorrente débito baseado em ficções e presunções, uma vez que não produziu provas cabais quanto a existência de débito, cita MHD; ocorrendo tal enriquecimento, pois a fazenda indeferiu o pedido de restituição, sem apurar o débito da recorrente, sem abatê-los dos PER/DCOMP apresentados;
- Dos pedidos e requerimentos: a) que seja reformada a decisão recorrida, conhecido e provido o recurso, cancelando-se todas as exigências contidas na notificação; b) a restituição das quantias pleiteadas nos PER/DCOMP; c) protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos em direito; d) que a decisão seja motivada e fundamentada e comunicada à autuada, por escrito; e) acolhimento das razões para que seja julgado extinto o presente feito.

O órgão preparador não reconheceu a tempestividade do recurso, mas a indicou, fls. 560.

O autos foram remetidos ao CARF, fls. 560.

A DRF – origem remeteu via memorando nº DRF/BHE/CAC – Contorno/EAT – PRO nº 1.585, de 22 abril 2013, nova petição da empresa pela qual requer a **juntada de instrumento de mandato**.

Processo nº 10680.725017/2010-03
Acórdão n.º **2803-003.594**

S2-TE03
Fl. 572

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 20/03/2014,
Lote 01, fls. 568.

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira – relator.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

O fisco não discorda de que o pedido de restituição se refere ao excedente das retenções da Lei 9.711/98, mas, por outro lado não confirma a existência do suposto crédito alegado pela recorrente, uma vez que os documentos apresentados não comprovaram a regularidade das contribuições devidas a seguridade social.

A restituição só existe se o contribuinte comprovar o seu direito a ela, nos termos do artigo 89, *caput*, da Lei 8.212/91 c/c as exigências da IN/RFB 900/2008, ato normativo em vigor quando do requerimento desta restituição, muito menos duvidou o fisco que não há retenções em face da prestação do serviços e das notas apresentadas, este não é o foco da questão.

O artigo 28, parágrafo 8º, alínea “a”, da Lei 8.212/91, a seguir transcrito, é claro em dizer que as diárias integram a remuneração pelo seu valor total, quando excederem a cinquenta por cento desta.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

§ 8º Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

a) o total das diárias pagas, quando excedente a cinquenta por cento da remuneração mensal; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Dessa forma, sendo um comando legal qualquer outra interpretação é irrelevante, pois a Administração Pública, na qual inclui-se o fisco tem do dever constitucional de observar as leis, artigo 37, *caput*, da CRFB/88.

A ajuda de custo mencionada pela recorrente tem outra finalidade e não visa a suprir as necessidades de despesas em razão de viagem, basta ler a alínea “g”, do parágrafo 9º, do artigo 28, da Lei 8.212/91 e mesmo que o contribuinte recorrente chamasse de ajuda de custo, aquilo que é pago para suprir as necessidades do trabalhador quando em viagens a serviço, tal parcela em verdade é diária, pois não importa o *nomem iuris*, nas sim natureza jurídica da verba, artigo 4º, I, da Lei 5.172/66.

As decisões do TST citadas pelo contribuinte, buscando demonstrar que a diária não é base de cálculo da contribuição leva a interpretação diametralmente oposto, baste ler a citação feita pela recorrente que ora transcrevo, pois a decisão do TST muito bem separa ajuda de custo e diárias, deixando claro que essas últimas quando excedente de cinquenta por cento da remuneração integra a base de cálculo da contribuição.

Definido que a parcela tenha natureza jurídica de ajuda de custo, não terá ela seu valor incluído no salário para nenhum efeito, independentemente de exceder a 50% do valor dele, já que essa condição só se refere às diárias. (TST. E-RR 18.448/90.2. Manoel de Freitas, AC 3º T. 3.970/91 – por citação de Valentim Carrion, pg. 457).

O despacho decisório não está baseado em ficções ou presunções, mas na simples constatação feita na documentação apresentada pela recorrente no curso do processo de restituição, de que as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP e as folhas de pagamento não registram e não contém todos os trabalhadores que prestam serviços para a empresa, haja vista que muitos prestadores de serviços foram encontrados na escrituram contábil e fiscal, não se encontram relacionados na GFIP e nas folhas de pagamento, conforme no itens 5 a 9, do DD, de fls. 483 e 484, bem como assevera, ainda, o item 12, que não há restituição a ser feita na competência 01/2008, pois o contribuinte já se compensou desse valor na competência 02/2008, conforme GFIP apresentada.

Desta forma, fica evidente que o rol de doutrinas citadas não se aplicam ao caso, pois não há ficção ou presunção, mas sim situações comprovadas nos documentos apresentados pelo contribuinte, bem como no presente caso não temos lançamento como se demonstrará abaixo.

O contribuinte está equivocado no presente caso não se aplica o artigo 142, da Lei 5.172/66, pois o presente processo não encerra lançamento tributário de ofício, ou seja, lançamento feito pelo fisco, o presente feito gira em torno de pedido de restituição feito pelo contribuinte e neste caso cabe a ele atender ao contido no artigo 89, da Lei 8.212/91 e na IN/RFB 900/2008, ato que disciplina o pedido de restituição.

Assim, o ônus da prova não é do fisco, mas sim do contribuinte, ele é que tem que provar que é detentor do direito creditório que está sendo reclamado, aplicando-se no presente caso, o artigo 333, I, da Lei 5.869/73 c/c o artigo 16, §4º, do Decreto 70.235/72.

Novamente, equivoca-se a recorrente não há alegação inverídica no acórdão *a quo*, pois o fisco não disse que a recorrente requerente da restituição não demonstrou a utilização da mão de obra, até porque não há retenção se não houver cessão de mão de obra isso é inerente a sistemática de tributação, o que o acórdão de primeiro grau afirmou foi o que a DRF constatou a utilização de mão de obra que não está declarada em GFIP e nas folhas de pagamento, o que permite concluir que há recolhimento a menor da contribuição previdenciária em razão dessa omissão.

A recorrente comete mais um equívoco, o fisco não está se enriquecendo de forma ilícita, pois ele não está exigindo contribuição que não lhe é devida, mas sim é o contribuinte que está querendo buscar tal enriquecimento, uma vez que não prova o seu direito a restituição, pois o fisco demonstrou que a recorrente não declara em seus documentos fiscais a totalidade dos trabalhadores que utiliza, bem como a massa salarial e muito menos o recolhimento das contribuições relativas a tais trabalhadores.

O fisco não é órgão consultor do contribuinte cabe a ele contribuinte promover o adequado preenchimento, fornecimento e gerenciamento das informações e documentos fiscais, tributários, trabalhistas, comerciais e contábeis que permitam o correto recolhimento das contribuições

sociais previdenciárias, a ausência de informações corretas e adequadas, como a não declaração de trabalhadores em GFIP e sua não inclusão em folha de pagamento, leva a convicção de que a totalidade das contribuições não estão sendo recolhidas, e, é dever do contribuinte regularizar tal situação e não do fisco e para isso que servem as declarações retificadoras, bem como recolhimento espontâneo de dívidas e a possibilidade de confissão de dívida com seu eventual parcelamento, mas tal regularização é dever do contribuinte, o fisco não tem a obrigação de fiscalizar o contribuinte para regularizar a sua documentação declarada ou preenchida incorretamente.

Cabe ao contribuinte provar a regularidade de sua atuação e seu direito creditório, nos termos exigidos pela legislação.

Assim sendo, não comprovado pelo contribuinte a regularidade das informações, declarações e os recolhimentos previdenciários efetivados e não demonstrado a existência do direito creditório não há como reconhecer o pleito, rejeitando, pois, todos os pedidos da recorrente, exceto o de cientificação escrita, uma vez que essa é a determinação legal e a prática do fisco, sendo pedido desnecessário.

Indefiro o pedido de produção de provas posteriores, pois aplica-se a esse o que determina o artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira – Relator.