



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

Processo n° 10855.724155/2014-41
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-005.553 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente EMPRESA SAO LUIZ VIACAO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

GLOSA. COMPENSAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS.

Podem ser compensadas as contribuições sociais cujo pagamento ou recolhimento foi indevido ou a maior, devendo ser glosados os valores compensados em desacordo com legislação.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Nos termos da Súmula CARF n° 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

MULTA ISOLADA. FALSIDADE DA COMPENSAÇÃO DECLARADA EM GFIP

A compensação indevida na hipótese de falsidade na declaração apresentada acarreta imposição de multa isolada ao sujeito passivo.

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. PRESTAR INFORMAÇÕES E ESCLARECIMENTOS.

Constitui infração ao disposto no art. 32, inciso III, da Lei n.º 8.212/91, c/c o art. 225 do RPS, deixar a empresa de prestar a Secretaria da Receita Federal do Brasil, todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização

TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, ônus probatório a cargo do Fisco.

Elididos os fatos que lhes deram causa, os termos de sujeição passiva solidária devem ser afastados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso voluntário, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

João Bellini Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Júnior (Presidente), Marcelo Freitas de Souza Costa, Thiago Duca Amoni (suplente convocado), Antônio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, João Maurício Vital e Wesley Rocha. Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização em face da empresa em epígrafe, que de acordo com o Relatório Fiscal, refere-se a Autos de Infração por descumprimento de obrigação principal e acessória a seguir relatados:

- AI DEBCAD 51.049.288-6, importando R\$ 6.909.510,93, motivado pelo lançamento de glosa de compensação (rubrica 19), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, período 01/2010 a 12/2010;

- AI DEBCAD 51.049.289-4, importando R\$ 5.966.128,27, incidindo a multa isolada (rubrica 39, alq. 150%), com lastro em fundamentação legal contida no respectivo relatório FLD, período de 02/2010 a 12/2010;

- AI DEBCAD nº 51.049.287-8, importando R\$ 18.128,43, em razão de ter deixado a empresa de prestar à RFB todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, com lastro em fundamentação legal contida na folha de rosto do AI – Código de Fundamentação Legal - CFL 35.

Inconformada com a autuação, cientificada por via postal em 07.11.2014, apresentou a empresa impugnação em 01.12.2014 no seguinte sentido:

- a autuação ora impugnada é clara no sentido de que o lançamento refere-se ao não acatamento de compensações;

- a DRF de Sorocaba e mesmo a DRF São Paulo não têm competência para lançamentos como o que ora se impugna, conforme Art. 222 do Regimento Interno da RFB,

que atribui tal competência à DERAT – Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária;

- tal fato acarreta nulidade, consoante art. 59, I, do PAF e art. 12 do Decreto 7.574, de 29.09.2011;

- O lançamento fora efetuado sob emissão de MPF-Fiscalização, contudo, o art. 10, IV, da Portaria 3.014, da RFB, afirma que não será emitido MPF nos casos relativos a revisão interna da declaração;

- foi apresentado relatório justificando a compensação, mormente em relação ao Auto de Infração 19311.720413/2011-90 emitido em face da Secretaria de Transportes do Município de São Paulo/São Paulo Transportes, sendo que o Consórcio Sete, do qual é a Viação Campo Belo Ltda a empresa líder e o ora Impugnante participante;

- foram apresentadas as folhas de pagamento, o MANAD, a escrituração contábil, inclusive via SPEED, a GFIP e vasto relatório com detalhes dos valores que o contribuinte tem direito como compensação, que, inclusive, integra o presente processo administrativo fiscal;

- não houve qualquer prejuízo à fiscalização;

- o lançamento não pode prosperar, tendo em vista que possui créditos a compensar, através de GPS pagas, de compensação informada em GFIP e lançamento posterior de débito junto à Secretaria Municipal de Transportes para o mesmo período, em que foi alçado à qualidade de sujeito passivo tributário, como solidário, em relação à retenção de 11 % instituída pela Lei 9.711/98 que deu nova redação ao artigo 31, da Lei 8.212/91;

- o contribuinte tem créditos a compensar e integra o Consórcio Sete;

- a multa é confiscatória, pois alcança 170%, sendo 20% de multa de mora e 150% da multa isolada;

- assim foi decidido pelo STF em sede de repercussão geral;

- os fatos jurídicos indispensáveis à ocorrência do fato gerador previsto no art. 31, da Lei nº 8.212/91 não estão presentes na exação;

- houve recolhimento de todas as contribuições cabíveis;

- o lançamento deu-se com base em presunções, que somente é cabível quando expressamente previsto em lei;

- o lançamento deixa de informar o salário de contribuição, apuração das contribuições, valor devido por segurados, de GILRAT e bases de cálculo;

- há confronto entre relatório fiscal e Fundamentação Legal do Débito, pois aquele prescreve que o lançamento deu-se com fundamento no art. 22, I e II, da Lei nº 8.212/91, enquanto que este aponta o art. 89, da mesma lei, relativo à compensação indevida;

- a empresa integra o Consórcio Sete, sendo solidária em dois processos:

- em ambos, houve entendimento de prestação de serviços via cessão de mão de obra, sendo o município de São Paulo, o tomador dos serviços;

- a impugnante opera junto à São Paulo Transportes S/A e a Procuradoria Geral Federal entende que há cessão de mão de obra, o que implica em que cabe à São Paulo Transportes proceder à retenção;

- tais retenções geraram créditos compensáveis pela impugnante e demais integrantes do Consórcio Sete;

- os créditos compensáveis são consideravelmente superiores aos lançados como compensação indevida no DEBCAD 51.049.288-6;

- há prova inequívoca de que a Receita Federal do Brasil já procedeu à autuação do Município de São Paulo, para o período objeto do auto de infração ora impugnado, de janeiro de dezembro de 2010 em valor de R\$ 29.656.858,43, relativo à retenção de 11% incidente sobre o faturamento das empresas prestadoras do serviço de transporte urbano municipal no CONSÓRCIO SETE, do qual a Impugnante é integrante, não se justificando a glosa de R\$ 4.312.245,65 e seus reflexos e a MULTA ISOLADA de 150% do valor por suposta ação fraudulenta. Este valor diz respeito apenas ao Consórcio em que a Impugnante, EMPRESA SÃO LUIZ VIAÇÃO LTDA E VIAÇÃO CAMPO BELO LTDA integram, qual seja, Consórcio SETE. Como o valor da autuação, no principal foi de R\$ 4.312.245,65 para empresa, o valor do crédito havido pelo AUTO DE INFRAÇÃO debcad 37.323.343-4 processo 19311.720413/2011-90 é infinitamente superior, demonstrando o impugnante a ocorrência não apenas do "bis in idem", mas excesso de exação fiscal, de vez que a impugnante é também sujeito passivo solidária em relação ao Município de São Paulo em relação à exação relativa à retenção de 11% sobre o faturamento do prestador de serviços, processo retro mencionado e cujas copias estão sendo anexadas à presente impugnação. Quando a Receita Federal do Brasil autuou o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO com a assertiva de que o contrato de CONCESSÃO era nos moldes do artigo 31 da Lei 8.212/91, com CESSÃO DE MÃO DE OBRA, assegurou a alocação dos valores da retenção aos reais prestadores de serviço. Assim, quando da alocação dos valores dos autos de infração emitidos em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO para os prestadores de serviço, devendo a RECEITA FEDERAL DO BRASIL diligenciar para que os valores lançados em face da Municipalidade sejam alocados para os reais prestadores de serviço.

- o artigo 113, da IN RFB 971, sustenta o entendimento supra;

- caso feita a alocação dos créditos dos autos emitidos em face do Município de São Paulo, não há débito a ser ora lançado;

- conforme Parecer Público PGFN/CAT nº 466/2014, há de ser considerado o crédito retido pela São Paulo Transportes S/A;

- ao contrário do alegado no relatório fiscal, a fiscalizada informou ao auditor a natureza da compensação, inclusive apresentado a Nota Técnica da PGFN sobre substituição das contribuições previdenciárias;

- a prova de que o contrato entre São Paulo Transportes e a atuada não é de concessão e sim de prestação de serviços vem da própria Procuradoria Federal Especializada do INSS, que entendeu que deveria se proceder à retenção de 11% da nota fiscal de prestação de serviços;

- a fiscalização deixou de apropriar créditos da impugnante, qual seja, os valores retidos pelo tomador dos serviços;

- O contrato de Concessão entre a Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo e empresa líder do Consórcio já prevê, conforme a cláusula 19.1.25. fls. 29/33, o desconto da parcela da remuneração de cada Concessionária a ser destinado ao pagamento do INSS, cláusula esta integralmente pelo período de transição de 90 dias, contados de 21/07/2003, aplicando-se integralmente, portanto, ao período fiscalizado e com lançamento de créditos previdenciários.

- o valor do faturamento das empresas prestadores de serviço à São Paulo Transportes S/A é público e pode ser acessado via internet;

- incabíveis os valores de multa e juros, pois confiscatórios;

- a multa deve ser reduzida para 2%, sob pena de violação ao princípio do não confisco;

- caso a contribuição seja declarada em GFIP, a multa de mora deverá ser reduzida em 50%;

- com a alteração da legislação em momento posterior ao da infração, não pode o impugnante suportar maior gravame na multa;

- o Auditor Fiscal informa no relatório que a impugnante já havia declarado o débito em GFIP e procedido ao pagamento do valor declarado via GPS;

- o tema está disciplinado no art. 118, inciso XVIII, da IN RFB 971/09;

- a RFB já autuou a São Paulo Transportes S/A, tomadora dos serviços, responsável pelo recolhimento das prestadoras;

- o débito já estava declarado em GFIP;

- a compensação não pode ser atacada via auto de infração de ofício, mas homologação ou não homologação do direito creditório, conforme art. 226, do Regimento Interno da RFB;

- a não homologação é ato privativo da DERAT/SP, o que gera nulidade nos termos do art. 59, I, do PAF e do art. 31, do Decreto 7.574;

- reitera conflito no relatório fiscal e relatório Fundamentos Legais do Débito, pois se não há apuração das contribuições, houve homologação dos valores lançados em GFIP, não restando qualquer ato a ser praticado por Auditor da DEFIS/SP, cuja competência está declinada no art. 227, da Portaria MF 203/2012;

O Acórdão da DRJ (fls. 542 e ss.) julgou a impugnação improcedente, recebendo a seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

GLOSA. COMPENSAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS.

Podem ser compensadas as contribuições sociais cujo pagamento ou recolhimento foi indevido ou a maior, devendo ser glosados os valores compensados em desacordo com legislação.

MULTA ISOLADA. FALSIDADE DA COMPENSAÇÃO DECLARADA EM GFIP

A compensação indevida na hipótese de falsidade na declaração apresentada acarreta imposição de multa isolada ao sujeito passivo.

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. PRESTAR INFORMAÇÕES E ESCLARECIMENTOS.

Constitui infração ao disposto no art. 32, inciso III, da Lei n.º 8.212/91, c/c o art. 225 do RPS, deixar a empresa de prestar a Secretaria da Receita Federal do Brasil, todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização

TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIO-ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, ônus probatório a cargo do Fisco.

Elididos os fatos que lhes deram causa, os termos de sujeição passiva solidária devem ser afastados.

Irresignada, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 588 e ss., assim como 632 e ss) arguindo (i) a nulidade do lançamento em decorrência do descumprimento dos termos do mandado de procedimento fiscal; (ii) a desconstituição dos créditos tributários decorrentes da glosa de compensação de 11% do art. 31 da Lei 8.212/91, tendo em vista que a Recorrente não é a responsável por esta exação tributária, mas sim a empresa tomadora de serviços SPTRANS; (iii) o caráter confiscatório da multa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto - Relator

O recurso é tempestivo, no entanto, há menção à inconstitucionalidade da multa devido à potencial ofensa ao princípio de vedação ao confisco (fls. 608).

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso voluntário, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade supramencionada relativa a potencial ofensa ao princípio da vedação ao confisco.

Preliminar de Nulidade

Em seu Recurso Voluntário, a Recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração, diante do descumprimento dos termos do mandado de procedimento fiscal.

O regime jurídico da nulidade do processo administrativo está previsto nos artigos 59 e 60 do Decreto-Lei n. 70.235/71, nos seguintes termos:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

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.

Como se vê, as hipóteses de nulidade se restringem aos atos e termos lavrados por pessoa incompetente e aos despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No caso em tela, não há que se falar em preterição do direito de defesa, uma vez que a Recorrente conseguiu apresentar com precisão todos os argumentos de sua defesa.

Ante o exposto, enfatizando que o caso em exame não se enquadra nas hipóteses de nulidade previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, é incabível a pretendida nulidade, por não se vislumbrar qualquer vício capaz de invalidar o procedimento administrativo adotado.

Da Questão do Crédito oriundo de Retenção

Tal qual decidido no âmbito da DRJ, em que pese o enorme esforço argumentativo do recurso voluntário, vê-se que a impugnante preocupa-se em provar que se trata de uma prestadora de serviço com cessão de mão-de-obra na relação empresarial da qual se diz fazer parte do Consórcio Sete para prestação de serviços rodoviários de transporte de passageiros junto à empresa pública São Paulo Transportes do Município de São Paulo.

Com base nisso, insiste que o referido crédito previdenciário seria improcedente tendo em vista as disposições do artigo 31, da Lei 8212/91, que responsabiliza o tomador do serviço a realizar a retenção de 11% do valor da fatura ou notas fiscais e recolher o montante em nome da prestadora. Considera que tais valores seriam suficientes para a quitação do débito e que os utilizou como créditos de compensação quando do envio de suas GFIP, operação que, no cãso não foi considerada pela fiscalização que promoveu a glosa de tais valores.

Entretanto, para o período auditado, a fiscalização verificou que empresa informou em suas GFIPs a título de compensação, valores que não puderam ser validados em virtude da falta de documentação comprobatória.

Também aqui não assiste razão ao contribuinte, pois não faz juntar aos Autos prova dos créditos que diz ser oriundos da retenção de 11% sobre os contratos de prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros através do consórcio sete do qual faz parte. Examinando-se a documentação acostada aos autos não se encontra faturas ou notas fiscais emitidas pela impugnante que espelhem o destaque da referida retenção para que, assim atendidos os requisitos legais, possa-se presumi-la feita.

Ainda, consultando-se a conta corrente da empresa nas bases de dados da RFB, não se encontra para o período nenhum recolhimento em seu nome a título de retenção de 11% sobre a prestação de serviço com cessão de mão de obra.

A legislação pertinente à época dos fatos geradores prescrevia as formalidades a serem cumpridas pela empresa contratada para prestação de serviço a fim de se reconhecesse o seu direito à compensação dos valores eventualmente retidos, conforme abaixo se transcreve:

Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009:

Art. 112. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter 11% (onze por cento) do valor brutovda nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 79 e no art. 145.

§ 1º Para fins do disposto no caput, a empresa contratada deverá emitir nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços específica para os serviços prestados em condições especiais pelos segurados ou discriminar o valor

desses na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

[...]

Art. 113. O valor retido na forma do art. 112 poderá ser compensado com as contribuições devidas à Previdência Social ou ser objeto de pedido de restituição por qualquer estabelecimento da empresa contratada, na forma da Instrução Normativa RFB N°900, de 30 de dezembro de 2008(Nova redação dada pela IN RFB N° 1.071, de 16/09/2010)

[...]

Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008:

Art. 48 . A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, poderá compensar o valor retido quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, inclusive as devidas em decorrência do décimo terceiro salário, desde que a retenção esteja:

I - declarada em GFIP na competência da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços; e (Redação à época dos fatos geradores I - declarada em GFIP na competência da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, pelo estabelecimento responsável pela cessão de mão-de-obra ou pela execução da empreitada total; e (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 973, de 27 de novembro de 2009)

II - destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços ou que a contratante tenha efetuado o recolhimento desse valor.

§ 1º A compensação da retenção somente poderá ser efetuada com as contribuições previdenciárias, não podendo absorver contribuições destinadas a outras entidades ou fundos, as quais deverão ser recolhidas integralmente pelo sujeito passivo.

§ 2º Para fins de compensação da importância retida, será considerada como competência da retenção o mês da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

§ 3º O saldo remanescente em favor do sujeito passivo poderá ser compensado nas competências subsequentes,

devendo ser declarada em GFIP na competência de sua efetivação, ou objeto de restituição, na forma dos arts. 17 a 19.

[...]

Desta forma tanto a fiscalização como este julgador estão impedidos de considerar para abatimento do débito possíveis créditos de retenção que a ora recorrente alega ter, já que não atendeu à formalidade exigida nos dispositivos acima transcritos, nem elaborou a correta declaração das informações e dos fatos geradores previdenciários em GFIP.

Vê-se que a compensação efetuada não possuía respaldo documental ou judicial para ser realizada, sendo hígida a glosa nos moldes efetuados.

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer em parte do recurso voluntário, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade e, na parte conhecida, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Alexandre Evaristo Pinto