



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

Processo nº 12045000545/2007-63
Recurso nº 250.941
Resolução nº **2301-000.130 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 08 de junho de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente MANOEL BENEDITO DE ARAÚJO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Turma, por maioria de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, que votou em dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator.

Participaram, do presente julgamento, a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, bem como os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Adriano González Silvério, Mauro José Silva e Marcelo Oliveira.

Relatório:

Trata-se de Pedido de Restituição, fls. 01, no qual o interessado, firma individual, requer a restituição das contribuições retidas em excesso em relação às competências 06/2002 a 12/2002, 03/2003 a 12/2003.

A DRP- Cuibá/MT indeferiu o pedido por entender que a interessada, por não possuir contabilidade regular, deveria ser submetida à aferição indireta para apurar as contribuições devidas nos respectivos períodos. O Auditor-Fiscal, em despacho de fls. 843/845, justificou a necessidade de realizar a aferição indireta e a realizou de modo a apurar que não havia saldo a restituir e sim valor a pagar, segundo o resultado da aferição indireta.

O interessado foi cientificado desta decisão em 19/04/2005.

O Recurso Voluntário foi apresentado em 16/05/2005, fls. 859, com os argumentos que resumimos a seguir.

Alega que prestou serviços de pintura em imóveis, que sua escrituração contábil é regular e que está disposto a fornecer quaisquer documentos necessários.

É o relatório.

Voto:

Conselheiro Mauro José Silva, Relator

Reconhecemos a tempestividade do recurso apresentado e dele tomamos conhecimento.

O direito à restituição do tributo pago indevidamente tem sua base legal no art. 165 do CTN e, no caso de contribuições previdenciárias retidas em casos de cessão de mão de obra, no §2º do art. 31 da Lei 8.212/91.

O contratado em regime de cessão de mão de obra deve apresentar as notas fiscais com destaque da retenção e fazer prova que a contribuição previdenciária incidente sobre a respectiva folha de pagamento individualizada atingiu montante inferior a que lhe foi retido. Assim procedendo, terá o interessado demonstrado que suportou a contribuição – está destacada a retenção na nota fiscal – e que o tributo é indevido – a folha de pagamento demonstra isso. Estaria, assim, perfeitamente caracterizado a existência de um tributo indevido. Se o contratado teve retido o tributo, mas a contratante não recolheu o que reteve, tal situação não afeta o direito do contratado à restituição.

Apresentado o pedido de restituição, o fisco pode demonstrar que o tributo não foi recolhido ou que, se o foi, não se trata de tributo indevido. Ou seja, o fisco deve demonstrar que para aquele período e para aquele fato gerador o tributo devido é igual ou maior ao que foi retido. Ocorre que se o fisco conclui que o valor retido foi menor que o devido, conforme apuração direta ou aferição indireta, deve realizar o respectivo lançamento para constituir o crédito tributário de modo a permitir que o contribuinte tenha preservado seu direito à ampla defesa nas duas instâncias administrativas, caso tal circunstância não esteja constante da GFIP. Não basta apenas apurar em despacho que a aferição indireta é justificada ao caso e que a retenção foi inferior ao devido. É preciso que exista um lançamento e que este siga o rito normal do processo administrativo fiscal, ressaltando aquilo que já consta em GFIP. Nesse caso, o processo relativo à compensação deveria ficar sobrestado até a decisão definitiva sobre o crédito tributário constituído com o lançamento. Do contrário, o crédito tributário alegado pelo fisco relativo àquele período e àquele fato gerador objeto do pedido de restituição não foi constituído e remanesce sem óbices juridicamente válidos o direito da contratada à restituição do que alega indevido.

Entendo ser este justamente o caso dos autos.

A fiscalização, conforme simplesmente relatado em despacho, afirma que, por meio de aferição indireta, não haveria tributo retido e recolhido indevidamente, pois, ao contrário, haveria saldo a pagar. Porém, não consta dos autos que tenha havido lançamento de tal crédito tributário. Houve apenas um levantamento sem que tenha sido obedecido aos requisitos do art. 142 do CTN e sem que a pretensão do fisco tenha tido o suporte físico apropriado – Notificação Fiscal de Lançamento. Um simples despacho não constitui crédito tributário. Ademais, se houvesse sido constituído o crédito tributário, não há notícia de que este foi submetido ao contraditório e à ampla defesa.

No entanto, apesar de a recorrente ter instruído adequadamente seu pedido, fls. 534/882, não podemos concluir que o pagamento é indevido sem que haja uma verificação nas GFIPs e na escrita contábil da recorrente de modo a relacionar a mão de obra empregada nas

Processo nº 12045000545/2007-63
Resolução nº **2301-000.130**

S2-C3T1
Fl. 889

prestações de serviços com os valores retidos. Somente a diligência poderá concluir se a individualização é possível e, em caso positivo, se o valor declarado em GFIP é menor que o valor retido da contratada.

Por todo o exposto, voto no sentido de **CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA**, solicitando que a autoridade fiscal, sem considerar a aferição indireta, proceda uma verificação nas GFIPs e na escrita contábil da recorrente de modo a relacionar a mão de obra declarada como empregada nas prestações de serviços com os valores retidos. Após a diligência, deve a recorrente ser intimada, concedendo-lhe prazo para aditar seu recurso voluntário, se desejar.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator