



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

Processo nº 14033.000688/2010-35
Recurso nº 14.033.000688201035 Voluntário
Resolução nº **2803-000.197 – 3ª Turma Especial**
Data 17 de julho de 2013
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CONSTRUTORA RV LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência para: (1) indiferentemente da relação massa salarial e faturamento, analise se a contribuinte apresentou pedido de restituição que cumpre todos os requisitos para o reconhecimento do direito, condições para a restituição e o valor de restituição, conforme a legislação de regência; (2) havendo qualquer carência de requisitos ou documentos, que seja informada a requerente, instruindo-a de como retificar, e concedido prazo para realizar a retificação; (3) após, emita informação fiscal analítica e motivada, observando os itens anteriores, inclusive sobre o valor a ser restituído, sendo a contribuinte intimada para manifestar-se, no prazo de 30 (trinta) dias, retornando os autos para apreciação da presente Turma Especial. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima que vota pelo provimento parcial para que a autoridade fiscal lançadora apure o valor correto das contribuições sociais devidas, considerando os documentos, livros contábeis e os recolhimentos efetuados pela empresa e suas obras, restituindo os valores se devidos. Outros eventos ocorridos: Sustentação oral Advogado Dr Eurides Veríssimo de Oliveira Junior, OAB/MG nº00699160.

(Assinado Digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato (vice-presidente), Eduardo de Oliveira, Fábio Pallaretti Calcini, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

Trata-se de Recuso Voluntário apresentado pela contribuinte contra a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento que manteve o indeferimento ao Pedido de Restituição de valores retidos sobre notas fiscais de prestações de serviços (11% NFS), na forma do art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, referente à competência 06/2007.

O pedido de restituição foi requerido pelo sujeito passivo mediante utilização do programa Pedido de Restituição, Ressarcimento ou Reembolso e Declaração de Compensação (PER/DCOMP), em 18/12/2009.

Foi emitido o Despacho Decisório n. R54/SRFB/DRF/BSA, em 29/09/2010, com a decisão de não reconhecimento do direito creditório do contribuinte frente à Fazenda Pública, tendo por fundamento, nos termos do enquadramento legal elencado: não haver GFIP para competência 06/2007, da CEI n. 38.720.05895/70, sendo que a última GFIP entregue foi a de competência 01/2007, sem movimento; não haver GFIP para a competência 06/2007, da CEI n. 50.047.09467/77, sendo que a última GFIP entregue foi a de 03/2007, sem movimento, sem movimento; não haver GFIP para a competência 06/2007, da CEI n. 50.075.02434/73, sendo que a última GFIP entregue foi a de competência 04/2007-sem movimento; e que em todos os casos a impossibilidade de execução dos serviços pelo número de segurados, de acordo com o Sistema Restituição WEB 2.0, sequencial 2850, a relação massa salarial/faturamento corresponde a 9,44%, o que corrobora incongruências de informações do CAGED/GFIP.

Dessa decisão monocrática, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade tempestiva, que também foi julgada improvida pela DRJ, pelos mesmos motivos.

Do acórdão da DRJ, apresentou Recurso Voluntário, repetindo os argumentos da manifestação de inconformidade, nos seguintes termos reduzidos:

- durante o procedimento de fiscalização a Recorrente atendeu criteriosamente todas as solicitações realizadas pelo Fisco apresentando toda a documentação requerida, inclusive conciliando as informações apresentadas com o seu movimento contábil, afastando, assim, qualquer possibilidade de arguição de omissão, fraude ou simulação por parte da Recorrente em virtude de apresentação inidônea, não apresentação ou apresentação deficiente de documentos solicitados pelo Fisco;

- os documentos que foram apresentados dizem respeito única e exclusivamente à situação fiscal, vez que em nenhum momento existiu, por parte do Fisco, solicitação de documentos relativos à subcontratação de mão de obra ou de terceiros, motivo pelo qual não foram apresentados;

- deve-se anular a decisão recorrida, nos termos do art. 53 da lei 9.784/99, reconhecendo o direito creditório e concedendo a restituição pleiteada;

- a não observância dos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade pela fiscalização;

- a inaplicabilidade do artigo 447, IV, "c" da IN RFB 971/09 ao caso, vez que as informações constantes nos documentos descaracterizados pelo Fisco são as mesmas que embasaram tal decisão acarretando um confronto de fundamentação (folha de pagamento, GFIP, notas fiscais e o contrato apresentado);

- não obstante existirem valores retidos dos subcontratados, a Recorrente não utilizou da faculdade de deduzir na nota fiscal emitida ao seu contratante, o valor da retenção já efetuada dos seus subcontratados (art. 127 da IN/RFB 971/09);

- Com o objetivo de cumprimento das normas de direito tributário que disciplinam sobre procedimento de restituição, bem como para afastar a possibilidade de agressão aos princípios gerais do direito e, por sua vez, evitar o enriquecimento sem causa por parte da União, a Recorrente requer o reconhecimento do direito creditório pleiteado mediante formalização, que está em debate, sendo imprescindível o deferimento do pedido de restituição ora em apreço;

- a partir das premissas aqui construídas, notadamente, (i) a apuração do Sistema de Restituição WEB 2.0 se vale apenas dos valores de folha de pagamento ou GFIP própria da Recorrente, descartando qualquer valor de mão de obra subcontratada; e (ii) de que a chamada de massa salarial na verdade é apenas uma parcela dos proventos integrantes da folha de pagamento vez que considera apenas os dados inseridos em GFIP, (iii) conclui-se que toda a sistemática utilizada pela administração fazendária inclusive o Sistema de Restituição WEB 2.0 são falhos, devendo toda e qualquer apuração através deste ser desconsiderada em sua totalidade;

- as preliminares suscitadas devem ser acolhidas, dando provimento ao presente recurso em razão da inaplicabilidade do instituto do arbitramento/aferição indireta, conforme restou comprovado, anulando o acórdão recorrido, nos termos do art. 53 da lei 9.784/99, reconhecendo o direito creditório da recorrente e consequentemente deferindo o pedido de restituição de valores referentes à retenção de Contribuições Previdenciárias pleiteado, determinando, por fim, o cancelamento da solicitação de inclusão da Recorrente no Planejamento Fiscal uma vez que inconcebível, por inexistir créditos tributários a serem verificados e/ou lançados;

- quanto ao mérito, admitido em respeito ao princípio da eventualidade, seja reconhecido o direito creditório da Recorrente em face da legitimidade comprovada através do fiel e criterioso adimplemento de todas as obrigações tributárias concernentes às Contribuições Previdenciárias, bem como às relativas à formalização do Pedido Eletrônico de Restituição (PER/DCOMP), anulando o acórdão recorrido, nos termos do art. 53 da lei 9.784/99 e, consequentemente, deferir o pedido de restituição de valores referentes à retenção de Contribuições Previdenciárias pleiteado, determinando, por fim, o cancelamento da solicitação de inclusão da Recorrente no Planejamento Fiscal uma vez que inconcebível, por inexistir créditos tributários a serem verificados e/ou lançados.

- na remota hipótese de não acolhimento dos requerimentos já realizados, seja dado provimento ao presente recurso em virtude da ilegitimidade dos fundamentos que sustentam o acórdão recorrido, anulando o acórdão recorrido, nos termos do art. 53 da lei 9.784/99;

Processo nº 14033.000688/2010-35
Resolução nº **2803-000.197**

S2-TE03
Fl. 651

- nos termos do art. 58, II do anexo II do Regimento Interno deste Conselho, requer, desde já, seja reconhecido o direito da Recorrente de sustentar oralmente toda a fundamentação ora expendida, quando do julgamento do presente Recurso;

- requer a reunião dos processos de restituição, nos termos do art. 47 do Regimento Interno do CARF.

O contribuinte apresentou memoriais ratificando a impugnação e recurso voluntário.

É o relatório.

Voto**Conselheiro Gustavo Vettorato - Relator**

O recurso voluntário é tempestivo, devendo ser conhecido.

Em que pese as alegações da decisão recorrida, em que a verdadeira base para o indeferimento ao pedido de restituição foi a relação de massa laboral, abaixo do valor de 40% do disposto no art. 450, I, da IN SRFB n. 971/2009, sem análise de qualquer um dos documentos ou outras formalidades para o pedido de restituição, o mesmo não pode ser aplicado isoladamente, sem qualquer outro elemento de levantamento, de forma a desconsiderar toda a documentação trazida pelo contribuinte.

Observe-se que o instrumento de aferição indireta utilizado é um instrumento de lançamento do crédito tributário, não do processo de restituição. Inclusive, em momento algum, a primeira decisão fundamentou-se na legislação ordinária para fins de fundamentar o indeferimento, não demonstrando o fenômeno da subsunção da norma individual e concreta com base na legislação ordinária, ou em decreto regulamentador. Inclusive, o disposto no art. 447, 450 460, da IN n. 971/2009, são balizas interpretativas para casos em que há realmente necessidade de desconsideração da documentação apresentada pelo contribuinte em casos de apuração do crédito tributário. Ainda, na decisão da autoridade fiscal, não houve a demonstração da ocorrência da hipótese de incidência do art. 33, §§ 3º e 6º, da Lei n. 8.212/1991, nem do art. 148 do CTN, que disciplinam a possibilidade de aferição indireta ou arbitramento nos casos que haja negativa do contribuinte de apresentar documentos hábeis e confiáveis a fiscalização quando solicitado. Essa indicação foi feita apenas na decisão da DRJ, inovando a motivação do ato administrativo, o que já é uma infração ao princípio da segurança jurídica. A fundamentação em atos infralegais deve ser sempre ponderada com as normas de hierarquia superiores, sob pena de violação à legalidade.

Primeiro, até o presente momento, não há indicativo de qualquer lançamento de crédito tributário contra a contribuinte no que tange os períodos questionados, se o fiscal alega a existência descumprimento à legislação tributária, e a fiscalização não tomou as providências cabíveis até hoje, a falta é do mesmo que incorre em descumprimento de obrigações de pena funcional conforme o art. 142, do CTN. Segundo, nos autos até onde se verificou, não houve qualquer solicitação da fiscalização ou indicação de necessidade de retificações por parte da fiscalização, conseqüentemente, a sua negativa também não ocorreu. Terceiro, a simples alegação da pouca massa salarial em comparação do faturamento, na atualidade considerando as diversas formas da atividade da construção civil (ex.: construções pré-moldadas, as partes do edifício já saem praticamente prontas da fábrica) como o único argumento de rejeição do pedido de restituição, o que abalroa a verdade material e legalidade. Quarto, a não entrega ou entrega incorreta de GFIP pode ser retificada a qualquer tempo, inclusive durante o procedimento de restituição, não é motivo final de não indeferimento de restituição; inclusive, a retificação pode ser por ofício (art. 257, §8º, do Regulamento da Previdência social, do Dec. n. 3048/1999).

Em casos semelhantes, esta Turma Especial já decidiu pela possibilidade da restituição, como o caso (ainda não publicado) do , o qual se transcreve o voto condutor da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Eduardo de Oliveira, nos autos do processo n. 10020.004375/2008-92:

A DRF – origem após o contribuinte ter retificado as GFIP's e retransmitidas estas considerou que as falhas do requerimento e da instrução processual devidas a falta de comprovação das alegações foram sanadas e reconheceu parte do pedido do contribuinte como esclarecido na Informação Fiscal, de fls. 131.

Desta forma, com base na informação citada o direito creditório foi, assim, reconhecido.

(...)

Desta forma, atendidas as exigências por parte do requerente faz ele jus ao direito creditório reconhecido pela Informação Fiscal citada, conforme consta da tabela cima.

A DRF – origem deve averiguar nos termos da legislação que rege a matéria, se o contribuinte faz jus a restituição, uma vez que reconhecer a existência do direito creditório, não implica e determinar a restituição de plano.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso para no mérito dar-lhe provimento parcial, nos termos da Informação Fiscal prestada pela DRF – origem, reconhecendo o direito creditório da recorrente. Porém, cabendo à DRF – origem verificar o preenchimento das condições para a restituição, conforme legislação de regência.

Contudo, o presente caso demanda algumas particularidades, como se há realmente outro motivo para negativa ao pedido, pois nem sequer foi apontada falha ou irregularidade da documentação apresentada.

Assim, cabe uma solicitação de diligência à autoridade fiscal para que, indiferentemente da relação massa salarial e faturamento, analise se a contribuinte apresentou pedido de restituição que cumpre todos os requisitos para o reconhecimento do direito e condições para a restituição conforme a legislação de regência, havendo qualquer carência de requisito (ex.: preenchimento incorreto de formulário, GFIP, etc) que seja informado a requerente, instruindo-a de como retificar, concedido prazo para realizar a retificação, após emita informação fiscal a respeito, sendo a contribuinte intimada para se manifestar no prazo de 30 (trinta) dias, retornando os autos para apreciação da presente Turma Especial. Tudo conforme o que estabelece o art. do RICARF/MF.

Conclusão

Isso posto, voto por converter o presente julgamento em diligência para solicitar à autoridade fiscal para que:

(1) indiferentemente da relação massa salarial e faturamento, analise se a contribuinte apresentou pedido de restituição que cumpre todos os requisitos para o reconhecimento do direito, condições para a restituição e o valor de restituição, conforme a legislação de regência;

(2) havendo qualquer carência de requisitos ou documentos, que seja informada a requerente, instruindo-a de como retificar, e concedido prazo para realizar a retificação;

Processo nº 14033.000688/2010-35
Resolução nº **2803-000.197**

S2-TE03
Fl. 654

(3) após, emita informação fiscal analítica e motivada, observando os itens anteriores, inclusive sobre o valor a ser restituído, sendo a contribuinte intimada para manifestar-se, no prazo de 30 (trinta) dias, retornando os autos para apreciação da presente Turma Especial.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator