



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	18088.720077/2012-94
ACÓRDÃO	2301-011.309 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	04 de junho de 2024
RECURSO	DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	ANDRITZ HYDRO INEPAR DO BRASIL S/A E FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/2008 a 31/10/2008

CERCEAMENTO DA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Somente se caracteriza o cerceamento da defesa quando ocorre omissão de informações importantes acerca das obrigações exigidas, o que não se verificou na presente situação.

RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, assim entendida como sendo a do pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

SELIC. LEGALIDADE.

É legítima a aplicação da SELIC para fixação dos acréscimos incidentes sobre o crédito previdenciário lançado pela fiscalização.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a legalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa exclusivamente ao Poder Judiciário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso de ofício e negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Diogo Cristian Denny - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Rigo Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Diogo Cristian Denny, Flávia Lilian Selmer Dias, Vanessa Kaeda Bulara de Andrade e Rodrigo Rigo Pinheiro.

RELATÓRIO

Conforme reporta o relatório do Acórdão recorrido, trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, Debcad n.º 37.341.460-9, no valor de R\$ 1.683.078,25 (um milhão, seiscentos e oitenta e três mil, setenta e oito reais e vinte e cinco centavos), lavrado em 22/03/2012 e com ciência do sujeito passivo, em 26/03/2012, relativo a glosa de compensações efetuadas de forma indevida.

Segundo o Relatório Fiscal - RF (fls. 11/16), em análise das Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP e nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, verificou-se que a empresa informou e efetuou compensações no período de 06/2008 a 10/2008. Intimada, autuada apresentou arquivos digitais contendo demonstrativos (planilhas), por competência, de valores compensados, notas fiscais de serviço, planilha intitulada “Fatura Pró-Forma”, cujos valores constam nos demonstrativos de valores compensados e cópias do razão-analítico de determinadas contas contábeis.

Questionada quanto à não apresentação das faturas pró-forma, o sujeito passivo esclareceu tratar-se de um controle, emitido apenas em meio digital, inexistindo documentos fiscais naqueles valores.

Ainda de acordo com o RF, não foram localizados, nos Razões apresentados, lançamentos de notas fiscais nos valores das faturas. Analisando os documentos apresentados, a fiscalização apurou as seguintes ocorrências, devidamente detalhadas nos anexos I a III do RF (fls. 17/29):

- - para 06/2008 a 08/2008 (a totalidade) e 09/2008 (parte), as compensações informadas referem-se a notas fiscais de períodos anteriores a 12/2002, estando prescrito o direito de compensar os valores nelas retidos;
- - em 09/2008, também foi compensado parte do valor retido na nota fiscal 13742, a qual não apresenta o destaque da retenção e cujo recolhimento não consta nos sistemas da RFB;
- - em 10/2008, o valor compensado informado refere-se a: i) parte do retido na nota fiscal 13742 e o total retido na nota fiscal 13740, nas quais não houve o destaque da retenção e cujos recolhimentos não constam nos

sistemas da RFB e ii) retenções que teriam sido efetuadas em faturas pró-forma, consideradas sem valor fiscal, e também sem informação de retenção;

- - em 04/2009, parte da compensação efetuada refere-se a faturas pró-forma;
- - em 05/2009, parte da compensação efetuada refere-se a faturas pró-forma. Constatam duas notas fiscais que, embora não tivessem destacado o valor da retenção, tiveram o recolhimento confirmado nos sistemas da RFB;
- - em 06/2009, a compensação efetuada refere-se a faturas pró-forma;
- - em 07/2009, parte da compensação efetuada refere-se a faturas pró-forma e, a outra parte, a notas fiscais sem destaque da retenção e com recolhimentos inexistentes;
- - em 04/2009 e 05/2009, restou comprovado o direito à compensação de recolhimentos efetuados em duplicidade nas competências 02/2007, 03/2007 e 05/2007; e
- - em 08/2009, a compensação efetuada refere-se à nota fiscal emitida em 05/2004, com direito de compensação prescrito em 06/2009.

Os valores das glosas apuradas, para o período de 06/2008 a 10/2008, foram lançados no AIOP em tela, ao passo que aqueles referentes às demais competências, ou seja, de 04/2009 a 08/2009, foram lançados no AIOP Debcad n.º 51.010.223-9, integrante do processo de n.º Comprot 18088.720078/2012-39, que foi e será analisado em conjunto com o presente.

Por fim, informa o RF a formalização de Representação Fiscal para Fins Penais, com comunicação à autoridade competente.

O sujeito passivo apresentou impugnação, tempestiva (fls. 435/470), na qual, inicialmente, traçou histórico da instituição da retenção de 11% sobre o valor de notas fiscais ou faturas de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada, trazida pela Lei n.º 9.711/98 e afirmou que realizou, no período de 06/2008 a 10/2008, compensações com os valores retidos de empresas tomadoras de seus serviços.

Apresentou, a seguir, as alegações abaixo resumidas:

1) Preliminar – Nulidade do Auto de Infração

Após tecer comentários sobre a relação do fisco com o contribuinte durante a ação fiscal, afirmou que o relatório fiscal e seus anexos não fornecem elementos lógicos suficientes para a conclusão a que chegou a fiscalização e também não possibilita à impugnante exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa.

A auditoria limitou-se a afirmar que a quase totalidade das compensações efetuadas em 10/2008 seriam relativas a faturas pró-forma, que não teriam valor como

documento fiscal, não apresentando qualquer motivo para afastar a validade de tais documentos, sendo que o art. 31 da Lei n.º 8.212/91, o qual transcreve, expressamente reconhece a fatura como documento com valor fiscal sobre o qual deverá incidir a retenção de 11%.

Não há questionamento, por parte do Fisco, sobre a existência de pagamento do valor de 11% retido pela tomadora dos serviços, mas apenas a alegação de que as faturas pró-forma emitidas pela impugnante não seriam documentos com valor fiscal.

A comprovação do pagamento da retenção faz nascer à defendente o direito de utilizar esse valor para compensar as contribuições previdenciárias.

Assim, transcrevendo ementas de acórdãos do CARF, concluiu pela necessidade de anulação integral do auto de infração lavrado em razão da precariedade da ação fiscal.

2) Mérito – Faturas Pró-Forma – Documentos com Valor Fiscal

No mérito, a impugnante, retomando a questão das faturas pró-forma, teceu considerações sobre suas atividades – fornecimento de equipamentos de geração de energia elétrica (turbinas e geradores), bem como prestação de serviços relacionados a tais fornecimentos, afirmando que se trata de serviços de alta complexidade, realizados mediante contratos de empreitada de longa duração, que incluem serviços de reparo e manutenção dos produtos fornecidos. Para a cobrança dos valores devidos pelas contratantes, a autuada, de acordo com a finalização de cada etapa da obra, emite as faturas. Transcreve cláusulas de contrato que prevê a emissão, para fins de cobrança, de nota fiscal, nota fiscal fatura e recibo ou fatura pró-forma.

Transcreve o art. 1º da Lei nº 5.474/68, que expressamente prevê a obrigatoriedade de emissão de fatura para contratos com prazo superior a 30 dias e do art. 31 da Lei nº 8.212/91, que prevê a retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e afirma que, se as faturas são aceitas no ordenamento pátrio como documentos fiscais, não há motivos para a fiscalização não homologar as compensações efetuadas, com o fundamento de que as faturas pró-forma não teriam validade fiscal.

Afirma que as faturas pró-forma BRH 104924, BRH 104925 e BRH 103958, utilizadas na compensação efetuada em 10/2008, embora não contenham o destaque da retenção de 11%, estão acompanhadas dos comprovantes de pagamentos da retenção efetuados em seu nome, dos quais anexa cópias, devendo-se lhe garantir o direito de compensação com as contribuições previdenciárias patronais. Transcreve ementa de acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF bem como o item 12 do Relatório Fiscal que apontam nessa direção.

3) Comprovação do Recolhimento Efetuado Pelo Tomador em Nome da Impugnante em Relação às Notas Fiscais Que Deram Origem à Compensação Efetuada em 09/2008 e 10/2008

Neste tópico a defendente trata da glosa de parte das compensações efetuadas nas competências 09/2008 e 10/2008, referentes a notas fiscais de serviços sem o destaque da retenção e sem comprovação de seu recolhimento, aduzindo ter ocorrido o recolhimento da contribuição de 11% pelo tomador dos serviços em seu nome.

Afirma que não houve o destaque da retenção por seu entendimento que o serviço executado não estaria sujeito à retenção de 11% prevista no art. 31 da Lei n.º 8.212/91, por não corresponder a serviço executado mediante cessão de mão de obra ou empreitada, mas sim a serviços especializados, realizados por seus empregados, que não são ou ficam subordinados ao contratante, isto é, não ocorre a colocação de trabalhadores da impugnante à disposição da tomadora.

Não obstante, a contratante, de forma conservadora, efetuou a retenção de 11% sobre os valores das notas fiscais n.º 13742 e 13740/1 e seu pagamento em nome da atuada, conforme documentos anexados, o que é suficiente para garantir o direito da prestadora dos serviços de compensar tais valores. Transcreve ementa de acórdão do CARF e solução de consulta emitida pela 9.ª Região Fiscal, ambas no sentido de que, no caso de não destaque da retenção de 11% em nota fiscal, a comprovação de recolhimento do valor retido autoriza a efetivação da compensação desse valor.

4) Inocorrência da Prescrição dos Créditos Utilizados Para Compensação no Período de 06/2008 a 08/2008 e Parte de 09/2008

Neste tópico a empresa combate a justificativa da fiscalização para as glosas das compensações efetuadas nas competências de 06/2008 a 09/2008, referentes a notas fiscais de períodos anteriores a 12/2002, em razão da prescrição do crédito tributário, objetivando demonstrar que a prescrição das contribuições previdenciárias ocorre em 10 anos após a ocorrência dos respectivos fatos geradores, uma vez que são tributos sujeitos ao lançamento por homologação (tese dos 5 anos + 5).

O direito de pleitear a restituição/compensação de tributo indevidamente recolhido, nos termos do art. 168, I do CTN finda-se com o decurso do prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário que, para o caso de lançamento por homologação, não equivale à data do pagamento antecipado, já que a atividade exercida pelo contribuinte está sujeita ao controle do fisco. Caso a Fazenda Pública não se manifeste, a homologação se dará em 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN).

Nos termos do art. 156, VII, combinado com o art. 150, § 4º, ambos do CTN, a extinção do crédito tributário opera-se 5 anos após a ocorrência de sua homologação tácita e, portanto, o prazo para pleitear restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos é de 10 anos após a ocorrência dos respectivos fatos geradores (tese dos 5 + 5).

Portanto, deve-se reconhecer legítima a compensação efetuada pela impugnante no período de 06/2008 a 08/2008 e parte de 09/2008.

5) Excesso na Constituição do Crédito Tributário – Ilegalidade da Incidência de Juros SELIC Sobre a Multa

Argumenta a autuada que, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96, somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias, não se prestando a multa, por sua natureza, a repor o capital alheio, mas sim para punir o não cumprimento da obrigação. Os juros, sim, possuem natureza essencialmente indenizatória, tanto que, diferentemente da multa, incidem no tempo, exatamente para refletir o prejuízo do credor com a privatização do uso de seu capital, devendo incidir apenas sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal, mas não foi.

Ao se admitir a incidência de juros sobre a multa, ambos previstos em norma secundária, estar-se-ia desvirtuando completamente a natureza e a finalidade da norma secundária.

Ademais, a aplicação de percentual, de forma ilimitada, sobre o principal e sobre a multa, acarreta verdadeira afronta ao princípio constitucional do não-confisco, bem como viola o direito de propriedade, já que faz incidir juros exorbitantes sobre o imposto devido e, ainda, sobre a multa aplicada.

Em vista do alegado e dos documentos apresentados pelo sujeito passivo em sua impugnação, fez-se necessária a manifestação da fiscalização, especificamente sobre os motivos que levaram à não aceitação das faturas pró-forma como documentos válidos (parágrafos 29 a 41 e 58 a 93 da impugnação), a alegada comprovação de recolhimento dos valores retidos (parágrafos 94 a 116 da impugnação) e seu possível aproveitamento para abatimento das glosas lançadas.

A Autuada apresenta, também, sua manifestação após diligência fiscal. Os argumentos são aqueles já indicados em sede de Impugnação.

Em 27 de dezembro de 2013, a 7ª Turma da DRJ/POR, por unanimidade de votos, considerou procedente em parte a impugnação, crédito tributário de R\$ 1.683.078,25 para o montante de R\$ 1.227.223,19, consolidado em 22/03/2012, conforme o Voto do Relator.

Embora o valor exonerado no processo não tenha atingido o valor de alçada estabelecido na Portaria MF n.º 3 (DOU de 07/01/2008), o Órgão entendeu por bem pelo envio de ambos para fins do reexame necessário (Recurso De Ofício), por terem sido formalizados com base nos mesmos elementos de prova e circunstâncias fáticas.

Veja-se a ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2008 a 31/10/2008

CERCEAMENTO DA DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Somente se caracteriza o cerceamento da defesa quando ocorre omissão de informações importantes acerca das obrigações exigidas, o que não se verificou na presente situação.

RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, assim entendida como sendo a do pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

SELIC. LEGALIDADE.

É legítima a aplicação da SELIC para fixação dos acréscimos incidentes sobre o crédito previdenciário lançado pela fiscalização.

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE.

A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a legalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa exclusivamente ao Poder Judiciário”.

Às fls. 556/572, a contribuinte apresenta seu Recurso Voluntário reiterando as razões de fato e de direito apresentadas em seu instrumento impugnatório, mormente, os temas de inexistência de prescrição para a compensação dos créditos utilizados; e ilegalidade da Taxa Selic.

Não houve apresentação de contrarrazões pela Fazenda Nacional.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro Rodrigo Rigo Pinheiro, Relator.

Os recursos apresentados são tempestivos. Iniciaremos o deslinde deste julgamento pelo voto do Recurso de Ofício.

1) Do Recurso de Ofício

Conforme avaliado por este Conselheiro, o julgamento de primeira instância reduziu o montante do crédito tributário aqui lançado. A modificação perfaz uma alteração de R\$ 1.683.078,25 para o montante de R\$ 1.227.223,19.

Como é cediço, a Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023 (não vigente à época da decisão recorrida), revogou a Portaria MF nº 63, de 9 de fevereiro de 2017, e estabeleceu um novo limite de R\$ 15.000.000,00 para interposição de recurso de ofícios pelas Turmas da DRJ.

A Súmula CARF n.º 103, a fim de dar cumprimento aos atos de estabelecimento do “teto” de conhecimento de recursos dessa natureza, determinou que: *“Para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância”*.

Considerando, portanto, que o valor cancelado em primeira instância, e ora devolvido a este Conselho, não alcança o limite estabelecido pela citada Portaria, é de rigor o seu não conhecimento por este Conselheiro.

2) Do Recurso Voluntário

a. Sobre a ocorrência (ou não) da prescrição de compensação dos créditos utilizados.

Segundo o Relatório Fiscal - RF (fls. 11/16), em análise das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP e nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, verificou-se que a empresa informou e efetuou compensações no período de 06/2008 a 10/2008.

Nessa monta, o contribuinte pleiteia a aplicação da regra decenal prescricional, porquanto tem como premissa de que a Lei Complementar nº 118/2005, teria aplicação tão-somente a fatos geradores ocorridos a partir de fevereiro de 2005.

O tema chegou até o Supremo Tribunal Federal (Tema 4), em sede de Repercussão Geral, cuja Tese assim dispôs, a fim de orientar os demais Órgãos de aplicação da lei:

“É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”.

A discussão foi alçada ao Órgão Supremo, porquanto, antes da edição da LC 118/2005, havia orientação consolidada do Superior Tribunal de Justiça de que, nesse cenário, o prazo para requerer a repetição do indébito totalizava 10 (dez) anos, os quais seriam contados a partir do pagamento antecipado (a conhecida “tese dos cinco mais cinco”).

O racional do Superior Tribunal de Justiça se dava com fundamento nos artigos 168, inciso I; 150, §4º e 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, que, conjugados, deram azo à seguinte interpretação:

“o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou

tácita – do lançamento”, que só ocorre 5 anos após o pagamento do tributo (AI nos EREsp 644.736 / PE)

É fato: a LC 118/05 nada interpretou, mas sim inovou o ordenamento ao contrariar a orientação narrada do STJ. Em suma, o cenário restou alterado após a edição da LC 118/05 da seguinte maneira:

- ANTES DA LC 118/2005: crédito tributário é extinto com a homologação, que ocorre 5 anos após o pagamento antecipado; e
- DEPOIS DA LC 118/2005: crédito tributário é extinto com o pagamento antecipado.

A aplicação imediata do novo prazo, determinada pelo artigo 4º da LC 118/05, foi inicialmente analisada pelo STJ, que vinha decidindo no sentido de que, para todos os pagamentos efetuados antes de 09/06/2005, o prazo para restituição/compensação continuaria sendo de 10 (dez) anos a partir do pagamento, limitado a 5 (cinco) anos contados da entrada em vigor da lei complementar.

Dessa forma, todos os pagamentos realizados, previamente a 09/06/2005, teriam como limite para o pedido de restituição ou compensação a data de 09/06/2010.

Ao apreciar essa mesma questão, entretanto, o Plenário do STF alterou o critério, determinando que (Tema 4 acima narrado):

- 1) Se o pedido de restituição/compensação foi apresentado até 09/06/2005: será aplicado o prazo anterior, ou seja, de 10 (dez) anos contados do pagamento;
- 2) Se o pedido de restituição/compensação foi apresentado após 09/06/2005: como o pleito se deu já na vigência da LC 118/05, o STF entendeu que deverá ser aplicado a esses casos o novo prazo de 5 (cinco) anos contados do pagamento.

No presente caso, como a glosa refere-se (item 30-(a) do Relatório Fiscal), a compensações realizadas no exercício de 2008, mesmo que relativas a notas-fiscais de períodos anteriores a 12/2002, seu direito já estava prescrito, conforme Tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, correto o lançamento fiscal que glosou a compensação.

3) Da Taxa Selic

Em relação a este tema, também há posicionamento vinculante que este Conselheiro está obrigado a adotar, conforme regra regimental. É o que se depreende da leitura da Súmula CARF nº 108:

“Súmula CARF nº 108

Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. **(Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019)**”.

Sem razão, também, neste ponto, a Recorrente.

Conclusão

Diante do exposto, voto para:

- Não conhecer do Recurso de Ofício interposto, em função do limite estabelecido pela Portaria MF nº 2, de 17 de janeiro de 2023; e
- Negar provimento ao Recurso Voluntário interposto, pelas razões de fato e de direito expostas neste voto.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Rigo Pinheiro - Relator