

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

PROCESSO	18088.720078/2012-39
ACÓRDÃO	2301-011.310 – 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: 01/06/2009 a 31/10/2010

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 da decisão recorrida, trata-se de Auto de Infração de Multa Isolada, Debcad nº 51.010.223-9, no valor de R\$ 2.125.678,89 (dois milhões, cento e vinte e cinco mil, seiscientos e setenta e oito reais e oitenta e nove centavos) e de Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, Debcad nº 51.010.224-7, no valor de R\$ 504.029,78 (quinhentos e quatro mil, vinte e nove reais e setenta e oito centavos), relativo à glosa de compensações efetuadas de forma indevida, lavrados em 22/03/2012 e com ciência do sujeito passivo em 26/03/2012.

Segundo o Relatório Fiscal - RF (fls. 14/19), 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 e de 04/2009 a 08/2009.

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. Em análise dos documentos apresentados, a fiscalização apurou as seguintes ocorrências, devidamente detalhadas nos anexos I a III do RF (fls. 20/30):

- - 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 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 Debcad nº 37.341.460-9, processo nº Comprot 18088.720077/2012-94, que foi e será analisado em conjunto com o presente.

Afirma ainda o RF que, comprovada a falsidade das declarações apresentadas pelo sujeito passivo, resultando na redução indevida do valor das contribuições previdenciárias devidas, foi aplicada multa isolada de 150%, tendo como base os valores declarados indevidamente no campo “Compensação” das GFIP entregues em 05/06/2009 (GFIP de 06/2008 a 08/2008) e em 29/10/2010 (GFIP de 09/2008, 10/2008 e de 04/2009 a 08/2009). A multa isolada foi aplicada nas competências em que foram entregues as GFIP com as compensações consideradas indevidas, ou seja, 06/2009 e 10/2010.

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

Tempestivamente, o sujeito passivo apresentou impugnação ao Auto de Infração **Debcad nº 51.010.224-7 (fls. 589/625)**, 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 nº 9.711/98 e afirmou que realizou, no período de 04/2009 a 08/2009, compensações com os valores retidos de empresas tomadoras de seus serviços. Apresentou as seguintes alegações, resumidamente:

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 no período de 04/2009 a 07/2009 seriam relativas a faturas pró-forma, que não teriam valor como documento fiscal, que a compensação realizada em 07/2009 seria decorrente de nota fiscal de serviços sem o destaque de retenção e que a realizada em 08/2009, referindo-se a nota fiscal emitida em 14/05/2004, estaria com o direito à compensação prescrito.

A fiscalização não apresentou qualquer motivo para afastar a validade de tais documentos, sendo que o art. 31 da Lei nº 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.

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 ser equivocada a glosa das compensações realizadas no período de 04/2009 a 07/2009, decorrentes de faturas pró-forma que expressamente contêm o destaque da retenção ou estão acompanhadas de documentos que comprovam o pagamento da retenção em nome da impugnante.

Todas as faturas de prestação de serviços emitidas em relação à obra “Bariri – AES Tietê” expressamente contêm o destaque da retenção, conforme exemplo que anexa, o que seria suficiente para comprovar a legitimidade das compensações efetuadas, de acordo com entendimento do CARF (anexa ementa de acórdão do CARF nesse sentido).

Destaca que a fiscalização não questionou a existência de pagamento do valor de 11% retido pela tomadora dos serviços em nome da impugnante em relação às faturas da obra “Bariri – AES Tietê”, mas apenas questiona a validade das faturas pró-forma emitidas, alegando que não seriam documentos com valor fiscal.

Ainda, não obstante conterem o destaque da retenção de 11%, as citadas faturas estão devidamente acompanhadas do comprovante de recolhimento dessa retenção. Anexa cópias de GPS da competência 04/2007.

No tocante à obra “Promissão”, informa a impugnante que, não obstante as faturas não apresentarem o destaque dos 11%, esse valor foi devidamente retido e recolhido em seu nome pela tomadora dos serviços (R\$ 61.380,00), devendo-se lhe garantir o direito de compensação com as contribuições previdenciárias patronais. Transcreve ementa de acórdão do 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 07/2009

Neste tópico a defendente trata da glosa de parte das compensações efetuadas na competência 07/2009, no valor de R\$ 105.741,921 (Obra CESP Jupiá), decorrentes de 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 nº 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 nº 9636, 9638, 9639, 9640 e 9642 e seu pagamento em nome da autuada, 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 em 08/2009

Neste tópico a empresa combate a justificativa da fiscalização para a glosa da compensação no valor de R\$ 9.995,83 efetuada em 08/2009 referente a nota fiscal emitida em 14/05/2004, em razão da prescrição do crédito tributário.

Alega que a prescrição das contribuições previdenciárias ocorre em 10 anos, uma vez que são tributos sujeitos ao lançamento por homologação. 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, § 4.º 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 em 08/2009 com valor retido em 05/2004.

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.

A seguir, em relação ao **Debcad nº 51.010.223-9**, a contribuinte apresenta Impugnação, 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 nº 9.711/98 e afirmou que realizou, no período de 06/2008 a 10/2008 e de 04/2009 a 08/2009, compensações com os valores retidos de empresas tomadoras de seus serviços realizados mediante cessão de mão de obra ou empreitada nos anos de 1999 a 2002 e de 2005 a 2009.

Apresentou as seguintes alegações, resumidamente:

1) Preliminar – Nulidade do Auto de Infração

Após tecer comentários sobre a relação do fisco com o contribuinte durante 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.

Aduz a interessada que auditoria limitou-se a afirmar que as declarações por ela apresentadas seriam falsas, resultando na redução indevida das contribuições previdenciárias devidas, não havendo qualquer fundamento apresentado pela fiscalização no sentido de demonstrar os motivos da falsidade dos documentos que amparam as compensações efetuadas, ao passo que a autuada apresentou notas fiscais de serviços, faturas pró-forma e GPS para comprovar a retenção de 11% pelas tomadoras dos serviços.

2) Mérito – Indevida Aplicação da Multa de 150% ao Presente Caso – Ausência de Documentos Falsos

No mérito, a impugnante contestou a aplicação da multa isolada de 150%, afirmando não haver qualquer falsidade nos documentos por ela apresentados. Trazendo definições de falsidade e de fraude, afirmou nunca ter incluído qualquer informação falsa nos documentos relativos às compensações - faturas pró-forma, notas fiscais, guias de recolhimento e GFIP – com o objetivo de modificar o fato gerador dos tributos de modo a reduzir o valor devido.

O que se observa é que a fiscalização objetivou afirmar que divergências jurídicas seriam suficientes para demonstrar a falsidade nos documentos. Mesmo que se reconheça que as faturas pró-forma não têm valor fiscal, esse fato não tem o condão de caracterizar as informações ali prestadas como falsas, o mesmo ocorrendo com as notas fiscais emitidas sem o destaque da retenção de 11%, cujos serviços, no entendimento da impugnante, não se caracterizam como cessão de mão de obra e, por isso, não estariam sujeitos à retenção, entendimento não compartilhado pelas tomadoras, que procederam à retenção e efetuaram o recolhimento em nome da prestadora.

2.1) Faturas Pró-Forma

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 tratam 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. Transcreveu cláusulas de contrato que prevê a emissão, para fins de cobrança, de nota fiscal, nota fiscal fatura e recibo ou fatura pró-forma.

Ilustra seu raciocínio detalhando a fatura BRH 103472, remetendo ao seu respectivo contrato para demonstrar que todas as informações nela contidas correspondem à realidade das operações praticadas, não havendo que se falar em falsidade nas faturas pró-forma.

2.2) Notas Fiscais Sem Retenção de 11%

Com relação às notas fiscais não aceitas pela fiscalização em parte da compensação realizada em 09/2008, 10/2008 e 07/2009, após relacioná-las, analisa a de n.º 9636, relacionando-a com a respectivo contrato de prestação de serviços, no sentido de demonstrar a inocorrência de qualquer tipo de falsidade nas informações nela contidas, esclarecendo que não foi destacada a retenção por entendimento, por parte da autuada, de não tratar-se de serviço realizado mediante cessão de mão de obra.

Não obstante, a contratante, de forma conservadora, efetuou a retenção de 11% sobre os valores das notas fiscais nº 9636, 9638, 9639, 9640 e 9642 e seu pagamento em nome da autuada, 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 9ª 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.

3) Excesso na Constituição do Crédito

Sob este título, a empresa alega que a presente autuação se mostra excessiva, na medida em que incluiu no cálculo da multa isolada os valores das compensações efetuadas no período de 06/2008 a 08/2008 e 08/2009, glosadas pela fiscalização com fundamento na ocorrência da prescrição, não sendo questionada a legitimidade dos documentos apresentados.

Assim, em razão do não questionamento quanto à legitimidade dos documentos que amparam as compensações em tela, jamais esses valores poderiam ter sido incluídos no cálculo da multa isolada, aplicada com fundamento na suposta falsidade dos documentos, uma vez que o questionamento quanto à ocorrência da prescrição decorre de divergência jurídica quanto ao prazo de aplicação da regra prescricional para as contribuições previdenciárias.

Reitera os mesmos argumentos relativos à prescrição decenal.

Em vista do alegado e dos documentos apresentados pelo sujeito passivo em sua impugnação, **fez-se necessária a manifestação da fiscalização, especificamente sobre:** i) os motivos que levaram à não aceitação das faturas pró-forma como documentos válidos (parágrafos 30 a 42 e 58 a 110 da impugnação ao auto de infração Debcad nº 51.010.224-7-9), ii) a alegada comprovação de recolhimento dos valores retidos (parágrafos 111 a 122 da impugnação ao auto de infração Debcad nº 51.010.224-7) e seu possível aproveitamento para abatimento das glosas lançadas e iii) a alegada aplicação indevida da multa isolada de 150% (parágrafos 31 a 79 da impugnação ao auto de infração Debcad nº 51.010.223-9).

Tendo sido o processo enviado ao órgão de origem através do Despacho nº 25/2012 (fls. 924/927), a fiscalização manifestou-se por meio da informação fiscal de fls. 932/935, através da qual, inicialmente, discorreu sobre as diferenças entre a fatura pró-forma e a fatura comercial, concluindo pela inaplicabilidade da emissão de fatura pró-forma no presente caso.

Em função da comprovação dos recolhimentos trazidos aos autos, elaborou demonstrativo para a retificação dos valores levantados no AIOP Debcad nº 51.010.224-7, passando este a ter o valor originário de R\$ 266.336,04.

Com relação ao Auto de Infração de Multa Isolada Debcad nº 51.010.223- 9, afirmou o auditor fiscal que ficam mantidas as argumentações apresentadas pela auditora autuante, apenas alterando-se seu valor para R\$ 1.568.727,88 em função das retificações promovidas nos AIOPs Debcad nº 37.341.460-9 e nº 51.010.224-7.

Cientificado do resultado da diligência, o contribuinte, tempestivamente, se manifestou por meio de nova impugnação (fls. 941/963), trazendo as alegações:

1) Faturas Pró-Forma – Documentos com Valor Fiscal

A impugnante, retomando a questão das faturas pró-forma, afirma que, *mesmo não tendo sido apresentados os comprovantes de recolhimento, as faturas pró-forma (...) são documentos que possuem valor fiscal, o que demonstra a validade da integralidade das compensações realizadas pela Impugnante em relação aos meses de abril de 2009 a julho de 2009.*

Cita o recolhimento referente a retenções no valor de R\$ 61.380,00 efetuadas em três faturas de junho de 2007, relacionadas à obra “Promissão”, compensado em maio de 2009 e que foi objeto de glosa no presente AIOP.

Alega ainda que, mesmo em relação às faturas para as quais não foram apresentados os comprovantes de recolhimento, devem ser reconhecidas as compensações, uma vez que as faturas pró-forma são documentos fiscais e contábeis hábeis a comprovar a retenção de 11%, pois a legislação não traz nenhuma distinção entre fatura pró-forma ou fatura comercial, não havendo sequer menção a esse documento na legislação ou na IN nº 971/09.

Afirma ser entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que as faturas são documentos que trazem como obrigação a necessidade de retenção de 11% pelas empresas tomadoras de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada, razão pela qual se mostra equivocada a glosa de compensações por ela realizadas nos meses 04/2004 a 07/2004 decorrentes de faturas pró-forma, uma vez que elas contêm expressamente o destaque da retenção. Exemplifica citando faturas da obra “Bariri – AES Tietê”, que contêm o destaque da retenção.

O sujeito passivo cita ainda a compensação efetuada em 07/2009, no valor de R\$ 105.741,92, relativa a notas fiscais sem destaque da retenção, mas para as quais houve o recolhimento da contribuição de 11% pelo tomador dos serviços em seu nome.

2) Da Inocorrência da Prescrição dos Créditos Utilizados para Compensação em Agosto de 2009

A seguir, o contribuinte, relativamente ao AIOP DebCAD nº 51.010.224-7, novamente aborda a questão da glosa da compensação no valor de R\$ 9.995,83 efetuada em 08/2009 referente a nota fiscal emitida em 14/05/2004, em razão da prescrição do crédito tributário, trazendo os mesmos argumentos apresentados quando da impugnação daquele auto de infração (tese dos 5 + 5).

3) Indevida Aplicação da Multa de 150% ao Presente Caso – Ausência de Documentos Falsos

Tendo sido aplicada multa isolada de 150% fundamentada na suposta existência de falsidade nos documentos apresentados, alega a autuada que não há que se falar na aplicação dessa multa, visto não haver qualquer falsidade nos documentos por ela apresentados.

Transcrevendo o art. 299 do Código Penal, afirma que, para a materialização do crime de falsidade, o autor deve fazer inserir declaração falsa ou diversa da que deveria estar escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade dos fatos.

Na esfera tributária, o art. 72 da Lei nº 4.502/64 define fraude como toda omissão ou ação dolosa que altera o fato gerador da obrigação tributária com a finalidade de reduzir o montante do imposto, sendo que, para a ocorrência da fraude tributária, o contribuinte deve falsificar documentos mediante a inserção de informações falsas que impeçam ou reduzam a ocorrência do fato gerador.

A impugnante afirma nunca ter incluído qualquer informação falsa nos documentos relativos às compensações – todas as informações por ela apresentadas são verdadeiras, correspondendo à realidade das operações realizadas

No entendimento da fiscalização, caracterizariam falsidade a realização de compensação com base em faturas pró-forma emitidas pelo contribuinte, bem como em notas fiscais sem o destaque da retenção e sem a comprovação do recolhimento. Aduz que serem absurdos tais entendimentos, vez que os questionamentos acerca do valor fiscal das faturas pró-forma são questionamentos jurídicos que não trazem como consequência a ocorrência de falsidade nas informações prestadas.

O mesmo ocorre com as notas fiscais emitidas sem o destaque da retenção de 11%, pois, no entendimento da impugnante, esses serviços não se caracterizam como cessão de mão de obra ou empreitada e, por isso, não estariam sujeitos à retenção de 11%, mas as empresas tomadoras de serviços entenderam que os serviços relacionados a essas notas estariam sujeitos à retenção e efetuaram os recolhimentos em nome da autuada. Assim, a caracterização dos serviços prestados como sujeitos ou não à retenção são questionamentos jurídicos que não levam à falsidade das informações prestadas nos documentos.

Em 27 de dezembro de 2013, a 7ª Turma da DRJ/POR, por unanimidade de votos, julgou a impugnação procedente em parte, alterando-se o crédito tributário nos termos do Voto do Relator (**cancelamento da multa isolada e exclusão de valores reconhecidos em sede de Manifestação Fiscal via Conversão de Julgamento em Diligência**).

Nos termos da Portaria MF nº 3 (DOU de 07/01/2008), recorreu-se, ainda, de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). A exoneração do crédito procedida por este Acórdão só será definitiva após o julgamento proferido no Recurso de Ofício.

Vejamos a ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/10/2010

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. DECADÊNCIA.

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.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. MULTA ISOLADA. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO.

Na hipótese de compensação indevida e uma vez presente o elemento de falsidade na declaração apresentada pelo sujeito passivo, impõem-se a aplicação da multa isolada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), calculada com base no valor total do débito indevidamente compensado. Inexistindo dolo nem falsidade na declaração da compensação não se aplica a penalidade da multa isolada.

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. 1008/1039, a contribuinte apresenta seu Recurso Voluntário, tempestivamente, reiterando as razões de fato e de direito já expostas em seu instrumento impugnatório, mais especificamente, em relação às matérias devolvidas a este Conselho- quais sejam: (i) Faturas pró-forma – documentos com valor fiscal; e (ii) inoccorrência da prescrição dos créditos utilizados para compensação em agosto de 2009.

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 as seguintes alterações:

- Debcad nº 51.010.224-7: De R\$343.040,94 para o importe de R\$189.432,36; e
- Debcad nº 51.010.223-5: De R\$ 2.125.678,89 para o importe de R\$0,00.

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

2.1) Faturas Pró-forma – Documentos com valor fiscal

Como visto, a decisão recorrida, com base nas Informação Fiscal prestada em sede de Diligência decorrente de Conversão de Julgamento em Diligência, não homologou as compensações, sob o fundamento de que estariam baseadas tão-somente em faturas pró-forma, sem comprovantes de recolhimento carreados aos autos (obra Bariri – AES Tietê).

O Recorrente, em seu instrumento recursal, não inova em suas razões (impugnação e manifestação sobre a Informação Fiscal), nem traz novas provas, que não aquelas já carreadas aos autos.

Diante disso, e considerando o quanto disposto no Acórdão combatido, embasada nas ponderações informadas no Relatório e Informações fiscais, os quais demonstram a razão da manutenção do crédito tributário mantido neste tópico, adoto as razões da decisão recorrida a fim de confirmá-la, nos termos do inciso I, §2º, do artigo 114 do novel RICARF, a qual transcrevo trecho abaixo:

“Nesse tópico, o contribuinte, tanto na impugnação inicial como naquela apresentada após a manifestação da fiscalização, traz extenso arrazoadado no sentido de comprovar a validade fiscal das chamadas faturas pró-forma, não reconhecidas pela auditora fiscal, de modo que sejam aceitas as compensações de valores de retenção efetuadas.

Em sua informação fiscal de fls. 932/935, a fiscalização, após comentar o tratamento dado pela legislação fiscal às faturas pró-forma, diferenciando-as das faturas comerciais por serem aquelas apenas documentos auxiliares para a emissão das faturas definitivas, afirma:

2.1 - (...) Mesmo com a falha contábil de não emissão de faturas comerciais, pois não há dispensa legal para isso, no caso em que houve recolhimento da retenção de 11% relativo às faturas pró-forma deve-se aceitar a compensação e nos demais casos, não.

(...)

4 - Verificando o sistema da Receita Federal do Brasil constatamos que somente existem os recolhimentos cujas cópias a empresa juntou na sua defesa e não mais.

5 – Desta forma procedemos a revisão do débito excluindo os recolhimentos abaixo discriminados: (...)

(...)

Assim sendo, tendo sido deduzidos do montante lançado no presente AIOP todos os valores de retenção comprovadamente recolhidos, torna-se inócuo alongar a discussão sobre a validade ou não das faturas pró-forma”.

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

A Recorrente questiona a glosa da compensação efetuada em 08/2009, referente a nota fiscal emitida em 14/05/2004. 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):

- 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;
- 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.

2.3) 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