



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

Processo nº 35728.000883/2005-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.654 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de setembro de 2014
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente AUTELSERV - SUL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 01/10/2007

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMALIZAÇÃO IRREGULAR.

RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS LEGAIS A QUE SE DEIXOU DE ATENDER. DIREITO CREDITÓRIO A QUE SE VEDA O RECONHECIMENTO, POIS AUSENTE SEUS PRESSUPOSTOS LEGAIS. VERIFICOU-SE QUE HÁ TRABALHADORES QUE ESTÃO AUSENTES DAS GFIP'S E FOLHAS DE PAGAMENTO. DEIXOU-SE DE PROMOVER A RETIFICAÇÃO DAS GFIP'S. ESCRITA FISCAL. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE TODOS OS FATO GERADORES. DIVERGÊNCIA COM OUTRAS FONTES DE INFORMAÇÕES, A EXEMPLO DE GFIP E FOLHAS DE PAGAMENTO.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Processo nº 35728.000883/2005-50
Acórdão nº **2803-003.654**

S2-TE03
Fl. 209

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal cuida de Requerimento de Restituição de Retenção – 11%, do artigo 31, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.711/1998, para as competências 07/2005 e 08/2005, conforme pedido, de fls. 04, protocolizado, em 13/09/2005.

A Delegacia da Receita Federal emitiu o Despacho – Decisório nº 509/2010, fls. 122 e 123.

O pedido de restituição foi indeferido.

O contribuinte foi cientificado do Despacho Decisório – DD, Nº 509/2010, que não reconheceu o direito à restituição, em 01/04/2010, conforme AR, de fls. 134.

A requerente, em 02/04/2010, apresentou a Manifestação de Inconformidade, de fls. 151 a 154, acompanhado dos documentos, de fls. 155 a 178.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 10-37.980 - 7ª Turma da DRJ/POA, em 20/04/2012, fls. 182 a 185, pelo qual a Manifestação de Inconformidade foi considerada improcedente e o direito crédito não foi reconhecido.

A empresa requerente tomou conhecimento do Acórdão, conforme AR, as fls. 187, recebido, em 14/05/2012.

A empresa apresentou Recurso Voluntário, em 13/06/2012, conforme petição com razões recursais, as fls. 189 a 198, acompanhado dos documentos, de fls. 199 a 204.

As razões recursais estão assim resumidas.

Mérito.

- que a restituição é direito do contribuinte, podendo ser discutido se há saldo positivo em favor do contribuinte ou o *quantum* da restituição, mas não o direito a restituição;
- que a lei não exige liquidez e certeza para a realização do pedido de restituição, tendo o contribuinte direito a devolução do valores que não são efetivamente devidos, não podendo eventuais divergências serem entendidas como inexistência do direito a restituição, não se aplicando ao caso o artigo 170, do CTN, realizando o acórdão recorrido verdadeiro confisco;
- que toda a documentação exigida foi entregue ao fisco, fazendo o fisco exigência que a lei não faz, comprovando a GFIP o valor das contribuições, devendo ao fisco promover regular verificação e lançar o valor devido, apurando eventual saldo;

- que eventual divergência na escrita fiscal não pode servir de óbice a restituição, especialmente, quando não há divergência de valores, mas apenas de destinatários, sendo inaplicável a restituição o CPC;
- que o contribuinte trouxe todos os elementos necessários a apuração dos valores, devendo o fisco fundamentar a inexistência de saldo credor e não promover o indeferimento do pedido de forma genérica, podendo o fisco abater da restituição os valores da planilha que chamou de base de cálculo, assim não agindo feriu o CTN;
- que o próprio órgão julgador diz que os documentos apresentados demonstram que os pagamentos foram feitos a pessoas jurídicas, o que implica dizer que as verbas estão fora da incidência da contribuição previdenciária, mas, ainda, que fossem pagamento a pessoas físicas só quando excedentes de 50% da remuneração e que serviriam de base de cálculo, porém o fisco os considerou de forma indiscriminada;
- que na planilha elaborada pelo fisco além de serem os pagamentos efetuados as pessoas jurídicas, o agente lançador dobrou o valor somando a conta de despesa com a contrapartida do ativo, mas, ainda, que estivesse certo e houvesse contribuição previdenciária, ainda, haveria saldo a favor do contribuinte, cabendo ao fisco promover as devidas verificações e restituir a diferença;
- que foi pleiteado restituição no valor de R\$ 23.505,96 e na planilha elaborada pelo fisco a base de cálculo da contribuição devida seria de R\$ 3.480,00, o que resultaria em R\$ 960,00 de contribuição e assim, ainda, haveria saldo a favor do contribuinte;
- dos pedidos: a) recebimento do recurso; b) provimento do recurso, com a reforma da decisão *a quo* reconhecendo-se o direito a restituição; c) ou que se devolva a diferença entre o valor pedido e a contribuição devida.

O órgão preparador reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 205.

O autos foram remetidos ao CARF, fls. 205 e 206.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 20/03/2014, Lote 01, fls. 207.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira – relator.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

O fisco não discorda que o contribuinte tem o direito de pedir a restituição, mas a ocorrência de retenção e o pedido de restituição, não implicam em existência pura, simples e automática ao direito de restituição, pois pode ocorrer que não haja crédito a ser restituído, bem como pode, também, acontecer de não ficar comprovada as condições exigidas pela legislação para satisfazer o pedido de restituição, pois este demanda a comprovação de seus requisitos.

A restituição só existe se o contribuinte comprovar o seu direito a ela, nos termos do artigo 89, *caput*, da Lei 8.212/91 c/c as exigências da IN/SRP Nº 03/2005, ato normativo em vigor quando do requerimento desta restituição.

É despicienda que a lei diga que o valor a restituir seja líquido e certo, pois isso é regra geral de qualquer sistema. Não se pode devolver algo se não se sabe, se esse algo existe e se for existente, em que medida ele existe, pois na verdade a restituição é um procedimento decorrente e alternativo ao direito de compensação é o que se verifica dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 31, da Lei 8.212/91, pois primeiro a empresa deve compensar a retenção de 11% com as contribuições sobre a folha, caso sobre saldo nesse procedimento é facultado ao contribuinte requerer a restituição, logo só é possível sua realização se o crédito a compensar ou restituir for líquido e certo, veja o que o aresto transcrito.

*TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91 - RETENÇÃO DE 11% SOBRE FATURAMENTO - LEGALIDADE, CONSOANTE JULGAMENTO PROFERIDO, NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008, NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.036.375/SP, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS OPTANTE PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE-SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - RECURSO ESPECIAL Nº 1.112.467/DF, JULGADO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ACRÉSCIMOS LEGAIS - TAXA SELIC. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.175/SP, JULGADO NOS TERMOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.) a) Recurso - Apelações em Mandado de Segurança. b) Decisão de origem - Concedida, parcialmente, a Segurança. 1 - Não pode ser reconhecida a possibilidade de restituição dos valores recolhidos indevidamente porque o Mandado de Segurança não é ação de cobrança (STF, Súmula 269), cabendo ao Poder Judiciário, apenas, declarar se os créditos são ou não compensáveis. **Compete à via administrativa a verificação da liquidez e certeza dos créditos a serem compensados.** 2 - Lídima a retenção de 11%, incidente nos termos da Lei*

nº 9.711/98, sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços, a título de contribuição previdenciária, uma vez que a legislação pertinente ao tema atribuiu às empresas contratantes de mão de obra terceirizada a responsabilidade pelo recolhimento do referido tributo. Contudo, não se trata de instituição de contribuição nova, mas de alteração da sistemática de recolhimento da exação pelo regime de substituição tributária mediante antecipação, pelo que não há como se falar em empréstimo compulsório, aumento de alíquota, confisco ou transgressão a qualquer princípio constitucional, muito menos, o referente à capacidade contributiva. (REsp nº 1.036.375/SP - Rel. Min. Luiz Fux - STJ - Primeira Seção - Unânime - DJe 30/3/2009.) (Julgamento proferido nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 08/2008.) 3 - Estando a empresa prestadora de serviços enquadrada no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-SIMPLES, regime jurídico instituído pela Lei nº 9.317/96 em cumprimento à prescrição do art. 179 da Constituição Federal, não pode haver retenção da contribuição de 11% sobre o valor da nota fiscal ou fatura da prestação de serviços, tendo em vista que a modalidade de recolhimento prevista na Lei nº 9.711/98, por ser norma de caráter geral, não se aplica às microempresas e empresas de pequeno porte por terem tratamento jurídico diferenciado e regulado por lei específica. (REsp nº 1.112.467/DF - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - STJ - Primeira Seção - Unânime - DJe 21/8/2009.) (Julgamento proferido, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 08/2008.) 4 - A Lei Complementar nº 123/2006 em nada modifica o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no molde constitucional pela legislação anterior; apenas define as formas desse tratamento. 5 - A aplicação ao débito da Taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC exclui a incidência de juros de mora por ser formada destes e de correção monetária. 6 - Apelações e Remessa Oficial denegadas. 7 - Sentença confirmada. (AMS 200638140044947, DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:02/10/2009 PAGINA:459.)

Inexiste confisco no acórdão recorrido, pois nada é exigido ou cobrado do contribuinte, salvo que este prove o direito que alega ter, o que até o momento não ocorreu, como dito anteriormente a simples existência da retenção não prova o direito a restituição, pois entre um fato e outro muitas situações podem surgir.

A lei é que exige que o direito a restituição seja provado pelo contribuinte, uma vez que a simples ocorrência da retenção não implica no direito correlato de restituição.

A divergência na escrituração fiscal não foi a única causa de vedação da restituição, a DRF demonstrou que vários trabalhadores foram declarados em GFIP, mas não estão na folha de pagamento, item 12, do DD, bem como a existência de trabalhadores não declarados na GFIP, item 14, do DD.

A GFIP apresentada com informações que não representem a realidade, enseja a necessidade de retificação para fins de restituição e uma vez não retificado tal documento é legítima a negativa da restituição.

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AGENTE POLÍTICO MUNICIPAL. **EXIGÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DA GFIP. LEGÍTIMA.** CONTRADIÇÃO NO DISPOSITIVO SANADA. 1. É mister para a oposição de embargos de declaração que a parte demonstre a existência na decisão embargada de um dos vícios de que cuida a legislação de regência (CPC, art. 535, incisos I e II). 2. O acórdão estabeleceu ser legítima a exigência de retificação das Guias de Informações à Previdência Social (GFIP), posto que devidamente disciplinada no art. 4º, I, da Portaria MPS n. 133, de 02/05/2006, e no art. 6º da IN/MPS/SRP n. 15, de 12/09/2006, com fundamento no parágrafo único do art. 131 da Lei n. 8.213/91, porém negou provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial. Contradição sanada. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar parcial provimento à apelação da Fazenda Nacional e à remessa oficial, declarando legítima a exigibilidade da retificação das GFIPs. (EDAC 200934000288847, JUIZ FEDERAL CLODOMIR SEBASTIÃO REIS (CONV.), TRF1 - OITAVA TURMA, e-DJFI DATA:19/12/2013 PAGINA:1440.)*

No caso em análise o artigo 216, §1º, III, da IN/SRP Nº 03/2005 exige a retificação da GFIP, o que se afina com a decisão judicial, embora essa seja relativa a agente políticos, mas o que importa é que é sobre contribuição previdenciária e retificação de GFIP.

O CPC é norma geral em matéria de direito processual, assim são prescrições e determinações de cunho geral e específico que se irradiam para os demais ramos da processualística como no curso do procedimento administrativo de averiguação do direito creditório não se aplica o Decreto 70.235/72, pois esse só tem aplicação a partir da fase contenciosa, ou seja, após a manifestação de inconformidade aplica-se no caso em tela a Lei 9.784/99 e como essa não cuida da produção de provas aplica-se subsidiariamente a Lei 5.869/73.

Os elementos apresentados pelo contribuinte foram considerados insuficientes para a determinação da existência do direito creditório ante a extensa averiguação de divergências entre as informações contidas naqueles, basta ler a DD.

O pedido de restituição não foi indeferido de forma genérica adotou-se o procedimento do artigo 209, da IN/SRP Nº 03/2005, ou seja, remeteu-se o processo a fiscalização que promoveu averiguações e análises da documentação concluindo pela continuidade da existência das divergências e pelo indeferimento do pedido e para tal a Seção de Fiscalização emitiu o DD, observe-se a norma.

***Art. 209.** Constatada divergência nas informações fornecidas pela requerente, ou a não confirmação do recolhimento do valor retido, as empresas contratada e contratante serão oficiadas para, no prazo de dez dias, a partir da data da ciência, confirmarem os dados e valores constantes nas notas fiscais, faturas ou recibos referentes às competências relacionadas no requerimento ou o recolhimento das importâncias retidas, conforme o caso.*

§ 1º Confirmadas as divergências e não sendo sanadas as irregularidades pela requerente, no prazo previsto no caput, o processo de restituição será encaminhado ao Serviço/Seção de Fiscalização da

DRP para a instauração do procedimento fiscal adequado na empresa contratada e análise conclusiva quanto ao pedido.

Assiste razão a recorrente a DRJ diz que os documentos apresentados por amostragem demonstraram naqueles casos que os pagamento são efetuados a pessoas jurídicas e assim não são campo de atuação da contribuição previdenciária.

No entanto, como supramencionado não foi essa a única razão para o indeferimento do pedido de restituição e assim sendo permanecendo as demais irregularidades tal fato em nada altera a decisão da DRF e da DRJ.

Nesta linha de raciocínio, a questão do valor em conta de ativo ou conta de resultado e da quantificação em dobro destes valores são irrelevantes, pois as demais divergências apontadas são suficientes para a manutenção do indeferimento, como demonstrado na presente peça.

Assim sendo, não comprovado pelo contribuinte a regularidade das informações e declarações, bem como não demonstrado a existência do direito creditório, não há como reconhecer o pleito, rejeito, pois, todos os pedidos da recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira – Relator.