



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

Processo n° 36062.003840/2007-21
Recurso n° 260.707 Voluntário
Acórdão n° **2803-00.775 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 13 de maio de 2011
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente PALMA ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/05/2007

RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADE.

Havendo comprovação de irregularidade para o período pleiteado pelo contribuinte, não deve se reconhecer o direito à restituição.

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(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carolina Siqueira Monteiro de Andrade - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente da turma), Gustavo Vettorato (vice-presidente), Oseas Coimbra, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Eduardo Oliveira e Amilcar Barca Teixeira Junior.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição apresentado pelo contribuinte no dia 30/07/2007, objetivando a restituição de valores relativos à retenção prevista na Lei nº. 9.711/1998. O pedido refere-se às competências de 03/2006 a 05/2006, 07/2006 e de 03/2007 a 05/2007.

Objetivando a necessidade de verificação prévia da regularidade das contribuições previdenciárias foi instaurada fiscalização junto ao contribuinte para análise do pleito, sendo a empresa intimada em 30.01.2008 para ação fiscal nas seguintes obras de construção civil: Matrícula CEI: 50.015.70953/70 (Campo Grande — MS); Matrícula CEI: 50.020.73302/70 (Casa Branca — SP); Matrícula CEI: 50.020.73454/71 (Caraguatatuba — SP); Matrícula CEI: 50.024.61114/77 (Itirapina — SP); Matrícula CEI: 50.024.61299/75 (Mirandópolis — SP).

Assim, após a constatação de diversas irregularidades, as contribuições previdenciárias foram apuradas por meio do procedimento de aferição indireta, uma vez que a contabilidade da empresa não registrou o movimento real do faturamento e do lucro durante o período de 01/2007 a 10/2007. O crédito previdenciário foi apurado na NFLD nº. 37.138.631-4.

Desta forma, com base nas diligências realizadas pelo Auditor-Fiscal (fls. 215/231), foi proferido despacho decisório às fls. 233, indeferindo o pedido de restituição previdenciário.

Contra essa decisão, o contribuinte apresentou recurso tempestivo em 29/04/2008, juntado às fls. 236/243, por meio do qual alega, em síntese:

(a) a improcedência da NFLD nº 37.138.631-4, uma vez que os pagamentos aos fornecedores em análise ocorreram de forma parcelada; assim, a diferença verificada entre o valor da nota fiscal em destaque e o valor efetivamente registrado é o valor da parcela não paga ao fornecedor, o que ocorreu posteriormente, e teve seu registro efetivamente executado, como devidamente justificado ao agente durante o procedimento fiscalizatório;

(b) apesar de os fatos apontados, não houve dolo ou dano ao Fisco, pois todos os recolhimentos previdenciários foram devidamente recolhidos no prazo determinado pela legislação vigente, não trazendo prejuízo ao erário;

(c) não deve ser arbitrado o lucro, pois a Recorrente demonstrou efetivamente seu lucro real, sendo válidos os registros contábeis apresentados durante o processo fiscalizatório;

(d) de acordo com o art. 605, V da IN 03/2005, o agente fiscalizador utilizou uma base de cálculo de mão-de-obra equivocada, pois considerou o percentual de 20% calculado a partir da base de cálculo de 50% da nota fiscal, aplicando sobre este valor o percentual de 40% para encontrar o salário de contribuição devido;

(e) o critério correto da Aferição Direta é considerar o percentual de 14%, como determina o art. 605, V da IN 03/2005, levando-se em consideração a utilização de equipamentos já atestado pelo agente fiscalizador na aferição da obra semelhante às demais, como é o caso de Campo Grande – MS.

(f) as obras em análise utilizaram equipamentos de forma intensiva, conforme constado pelo agente fiscalizador, quando não adotou o critério de apuração com base na área construída, tendo em vista não haver previsão específica no art. 437 da IN 03/2005, tratando-se de obra especial;

(g) se eventualmente não for aceito o critério de aferição, que sejam revistos os livros contábeis de 2007, que estão à disposição da Fiscalização, ou mesmo ocorra uma perícia para que se constate o tipo de obra produzido;

(h) por fim, reitera a devolução de valores solicitado pela ora Recorrente, tendo em vista que agiu dentro do procedimento legal indicado, sendo credora de tais créditos.

Não apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Carolina Siqueira Monteiro de Andrade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual passo a analisá-lo.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte em razão da decisão que indeferiu o seu pedido de restituição, por ter sido apurado crédito tributário pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, bem como inúmeras infrações por descumprimento de obrigações acessórias.

Como já informado nos autos, diante da necessidade de verificação prévia da regularidade das contribuições previdenciárias, foi instaurada fiscalização junto ao contribuinte, por meio da qual foram verificadas inúmeras irregularidades em sua escrita fiscal, culminando na lavratura da NFLD 37.138.631-4.

Em seu recurso, o contribuinte questiona a legitimidade do lançamento fiscal realizado, arguindo a impossibilidade de desconsideração *in totum* de sua escrituração fiscal, bem como a adoção do método de aferição indireta pela autoridade fiscal para a apuração do crédito tributário. De forma a demonstrar o alegado, o contribuinte junta aos autos notas fiscais e demais documentos que não teriam sido devidamente analisados pelo Fisco.

Inicialmente, há que esclarecer que o método de aferição indireta é utilizado para a apuração das contribuições previdenciárias devidas tão somente quando não for possível verificar as informações por meio da escrita fiscal apresentada pelo contribuinte. É, portanto, método excepcional de apuração de tributos e não deve ser utilizado de forma indiscriminada.

No presente caso, a adoção da aferição indireta na lavratura da NFLD foi feita corretamente, já que, como apontado pela autoridade fiscal, o contribuinte não apresentou o Livro Diário ou o Livro Caixa, havendo, ainda, inúmeras irregularidades quanto às retenções e lançamento relacionados às obras de construção civil.

Ademais, houve a indicação de todos os elementos necessários à identificação da infração praticada pelo contribuinte, seu correto fundamento legal, bem como o detalhamento dos valores apurados pela Fiscalização. Não há dúvidas, pois, de que se o contribuinte não disponibilizou ao Fisco as informações necessárias à apuração da base de cálculo e não há comprovação nos autos do recolhimento do tributo devido, é legítima a utilização do método do arbitramento. A respeito, vale conferir a disposição contida no art. 33, § 6º, da Lei n. 8.212/91:

“Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11, as contribuições incidentes a título de substituição e as devidas a outras entidades e fundos.”

...

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.”

Nestes termos, se o contribuinte possuía em seu poder documentos comprobatórios suficientes para a demonstração da irregularidade do procedimento adotado pela Fiscalização, caberia à ele apresentá-los à Fiscalização no momento oportuno, restando invertido o ônus da prova.

Com efeito, a restituição dos valores indevidamente recolhidos aos cofres públicos só deverá ser autorizada quando restar demonstrada, de forma inequívoca, a situação de regularidade fiscal por parte do contribuinte. E não poderia ser de outra forma já que não compete à autoridade administrativa devolver ao contribuinte valores que poderiam ser utilizados para a quitação dos débitos por ele mesmo devidos.

Em consulta ao Comprot e ao sítio do próprio CARF, foi possível verificar que a NFLD lavrada contra o contribuinte (10380.003972/2008-48) já se encontra neste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aguardando julgamento de recurso administrativo. Considerando que a legislação de regência não autoriza a interposição de Recurso de Ofício para processos envolvendo crédito tributário inferior ao valor de alçada, resta claro que se trata de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte. Nestes termos, indubitável que a documentação acostada aos autos não teve o condão de demonstrar a regularidade fiscal do contribuinte, como havia sido argüido no recurso aviado.

A Instrução Normativa SRP nº 03/2005, em vigor à época da apresentação do pedido ora em análise, é extreme de dúvidas ao exigir a adimplência do contribuinte como requisito necessário ao deferimento da restituição:

“Art. 198. Para efeito do disposto no art. 197, o sujeito passivo, considerados todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil porventura existentes, deverá:

I - requerer a restituição dos valores recolhidos indevidamente para a Previdência Social ou para outras entidades ou fundos, se for o caso;

II - estar em dia com as contribuições sociais declaradas em GFIP;

III - estar em situação regular em relação as contribuições sociais objeto de LDC, de LDCG, de DCG, de NFLD e em relação a débito decorrente de AI, cuja exigibilidade não esteja suspensa;

IV - estar em dia com as parcelas relativas ao acordo de parcelamento de contribuições sociais objeto dos lançamentos de que trata o inciso III.

Processo nº 36062.003840/2007-21
Acórdão n.º 2803-00.775

S2-TE03
Fl. 381

Parágrafo único. Somente serão restituídos valores que não tenham sido alcançados pela prescrição, conforme disposto nos arts. 218 e 219.”

Muito embora a referida norma não seja de observância obrigatória pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a regra nela contida reflete a coerência do ordenamento jurídico quanto às questões que envolvem a restituição de indébitos tributários e, por essa razão, pode ser cumprida.

Diante disso, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de restituição formulado pelo contribuinte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário interposto e mantenho a decisão que indeferiu a restituição pleiteada.

(assinado digitalmente)

Carolina Siqueira Monteiro de Andrade - Relatora