



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

Processo nº 36630.003945/2004-46
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.237 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de março de 2016
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO
Recorrente ADT EMPREITEIRA S/C LTDA - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 24/06/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO. INDEFERIMENTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

O cumprimento satisfatório de todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária para a instrução do processo de restituição transfere para a administração tributária o ônus de produzir os meios de prova que representem fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do requerente.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª TO/4ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por unanimidade de votos, em CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

André Luís Mársico Lombardi – Presidente de Turma.

Arlindo da Costa e Silva - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: André Luís Mársico Lombardi (Presidente de Turma), Maria Cleci Coti Martins, Luciana Matos Pereira Barbosa, Cleberson Alex Friess, Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Theodoro Vicente Agostinho e Arlindo da Costa e Silva.

Relatório

Período requerido: fevereiro/2003 a setembro/2003.

Data do requerimento: 24/06/2004.

Tem-se em pauta Requerimento de Restituição de Retenção, a fl. 04, protocolizado em 24/06/2004, em razão valor excedente das retenções sofridas sobre as Notas Fiscais de Prestação de Serviços em relação ao valor devido sobre folha de pagamento, referentes às competências de fevereiro/2003 a setembro/2003.

Tendo em vista o baixo percentual de mão-de-obra utilizada em relação ao faturamento de serviços e a não apresentação da escrituração contábil, a Equipe de Orientação da Arrecadação Previdenciária – EQARP da Divisão de Orientação e Análise Tributária – DIORT da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo – DERAT procedeu ao cálculo do Salário de Contribuição por aferição indireta, com base no inciso I do art. 473 c.c. art. 600, I, ambos da IN nº 03/2005. Assim, em razão de o valor de contribuições previdenciárias supostamente devidas, calculado internamente pela Administração Tributária por aferição indireta, ter sido superior ao valor retido, concluiu-se que o pedido de restituição é improcedente, conforme despacho a fls. 196/200.

Com fundamento na análise da Fiscalização aviada no Despacho a fls. 196/200, a DERAT-SPO indeferiu a restituição pleiteada, conforme Decisão a fl. 202.

Irresignada, a Requerente apresentou impugnação a fls. 216/230.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I/SP lavrou decisão administrativa textualizada no Acórdão nº 16-23.510 – 12ª Turma da DRJ/SP1, a fls. 368/388, julgando improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela Requerente, em razão da não comprovação do Direito Creditório do Interessado.

Devidamente intimada da Decisão de 1ª Instância em 22/02/2010, a fl. 394, porém, inconformada, a Requerente interpôs recurso voluntário, a fls. 402/416, requerendo, ao fim, o deferimento do pedido de restituição.

Relatados, sumariamente, os fatos de maior relevo.

Voto

Conselheiro Arlindo da Costa e Silva, Relator.

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DA TEMPESTIVIDADE

O sujeito passivo foi válida e eficazmente cientificado da decisão recorrida no dia 22/02/2010. Havendo sido o recurso voluntário protocolizado no dia 15/03/2010, há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Ante a inexistência de questões preliminares a serem dirimidas, passamos diretamente ao exame do mérito.

2. DO MÉRITO

Cumpra de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu instrumento de Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pela Parte.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as questões de fato e de Direito referentes a matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

2.1. DA RETENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O Instituto da retenção de contribuições previdenciárias foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, que conferiu nova redação ao art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, atribuindo ao contratante de serviços prestados mediante cessão de mão de obra a responsabilidade pela retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais/faturas referentes aos serviços prestados naquela condição, e ao subsequente recolhimento do valor assim retido em nome do prestador correspondente.

O valor retido acima mencionado deve ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, e será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão de obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade

Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço, conforme previsão legal inscrita no parágrafo 1º do mesmo dispositivo legal.

Cumpra salientar, eis que pertinente ao caso *sub examine*, que na impossibilidade de haver compensação integral na forma acima aventada, o eventual saldo remanescente pode ser objeto de restituição.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão de obra, observado o disposto no §5º do art. 33. (Redação dada pela Lei nº 9.711/98).

§1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 9.711/98).

§2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.711/98).

No caso dos autos, por considerar ser baixo o percentual da mão-de-obra utilizada em relação ao faturamento de serviços e a não apresentação da escrituração contábil, a Equipe de Orientação da Arrecadação Previdenciária – EQARP da Divisão de Orientação e Análise Tributária – DIORT da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo – DERAT procedeu, interna e unilateralmente, ao cálculo do Salário de Contribuição por aferição indireta, com base no inciso I do art. 473 c.c. art. 600, I, ambos da IN nº 03/2005.

Em razão de o valor aferido de contribuições previdenciárias supostamente devidas ter sido superior ao valor retido, a DERAT-SPO concluiu que o pedido de restituição era improcedente.

Ocorre que a mera constatação de que o valor aferido do Salário de Contribuição está acima do valor retido não se configura óbice legal ao indeferimento da restituição.

Equivale a dizer: não há na lei tributária impedimento legal à restituição de Contribuições Previdenciárias recolhidas a maior com o simples fundamento de o valor aferido do Salário de Contribuição pela administração tributária ser superior ao valor retido.

Adite-se que o §8º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, veda a restituição de valores recolhidos a maior apenas quando houver a existência de **DÉBITO** em nome do sujeito passivo, situação em que o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/03/2016 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 22/03/

2016 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 24/03/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBAR

DI

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)9).

§4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

§8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196/2005) (grifos nossos)

§9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)

§10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)

§11. Aplica-se aos processos de restituição das contribuições de que trata este artigo e de reembolso de salário-família e salário-maternidade o rito previsto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 11.941/2009)

No caso presente, inexistente débito constituído, nem mesmo em fase de constituição, em face do Requerente, mas, tão somente, a constatação de que o valor do Salário de Contribuição, aferido indiretamente pela Administração Tributária sem a contradita do Contribuinte, era superior ao montante retido.

Para se subsumir à hipótese vertida no §8º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, o Órgão Fazendário Federal, diante da constatação de que o valor do Salário de Contribuição aferido era superior ao montante destacado nas Nota Fiscal de Serviço e recolhido em nome do Sujeito Passivo, deveria ter procedido ao LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DA DIFERENÇA, como assim determina, expressamente, o art. 142 do CTN c.c. art. 37 da Lei nº 8.212/91.

Código Tributário Nacional

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento. (Redação dada pela Lei nº 11.941/2009)

Aliás, havendo sido constatada tal diferença, independentemente do presente processo de restituição, o lançamento do valor devido seria de observância obrigatória, em razão de ser atividade plenamente vinculada à lei, nos termos do Parágrafo Único do art. 142 do CTN.

Assim, ao não se proceder ao lançamento da suposta diferença devida, houve-se por excluído do Recorrente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O sistema jurídico brasileiro adotou como regra geral o dogma que incumbe à parte que alegar a existência de algum fato ensejador de um direito o ônus de demonstrar sua existência. O *onus probandi*, é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a veracidade dos fatos alegados. Dessarte, a parte cujo ônus da prova lhe foi imputado sofrerá os efeitos negativos do seu não agir, caso as provas necessárias ao seu ganho de causa não estiverem presentes nos autos.

Nesse esteira, a juntada aos autos de conjunto probatório viçoso que dê esteio ao direito alegado transfere à parte adversa o encargo jurídico de produzir os meios de prova que representem fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Tal compreensão caminha no mesmo compasso das disposições expressas no art. 333 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Código de Processo Civil

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/03/2001

Autenticado digitalmente em 22/03/2016 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 22/03/

2016 por ARLINDO DA COSTA E SILVA, Assinado digitalmente em 24/03/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBAR

DI

Impresso em 11/04/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Segundo Cernelutti (*in* Sistemas de Direito Processual Civil, Lemos Cruz, São Paulo, 1ª Ed., 2004, p. 133) “O ônus de provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar. Assim, não importa a posição que o indivíduo ocupe na relação processual, pois, quando fizer uma afirmação da qual decorra seu próprio direito, em razão do fato ocorrido, terá de provar sua veracidade”. Daí, a regra adotada pelo Direito Brasileiro: ao autor, caberá o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que, à parte adversa, restará a comprovação da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

Na hipótese vertida nos autos, o Recorrente protocolizou em 24/06/2004 requerimento formulando pedido de restituição de contribuições previdenciárias relativa ao período de fevereiro a setembro de 2003, fazendo coligar aos autos os documentos exigidos pela Fiscalização.

Cumprir destacar, conforme já salientado alhures, que ao cumprir o Recorrente o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, promoveu-se a transferência para a administração tributária o encargo jurídico de produzir os meios de prova que representem fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do requerente.

Anotar-se que, apesar de cumpridas as exigências a que fora sucessivamente intimado, o Requerente teve o seu pedido negado com fundamento único da “*não comprovação do direito creditório do Interessado*”.

Há no caso, todavia, uma inversão.

O requerente comprovou o seu direito creditório. Quem não comprovou o seu direito creditório foi exatamente o Fisco. Isso porque o direito creditório da Fazenda Pública não se constitui com a mera constatação de que o valor retido é inferior ao valor aferido do Salário de Contribuição.

O direito creditório da Fazenda Pública se constitui mediante o procedimento administrativo do LANÇAMENTO, cortejado pelo direito do Contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

Allegatio et non probatio, quasi non allegatio.

Conforme já salientado anteriormente, em razão da natureza plenamente vinculada da atividade fiscal, na hipótese de a fiscalização, no curso do procedimento administrativo que redundou na Decisão a fl. 202, ter, de fato, concluído pela insuficiência de recolhimentos, deveria, formalmente, constituir o Crédito Tributário da Fazenda Pública, lavrando-se o competente Auto de Infração de Obrigação Principal, e apurando-se *ex officio* as contribuições previdenciárias reputadas como devidas, como assim determina o art. 37 da Lei nº 8.212/91.

O procedimento descrito no parágrafo antecedente não se inclui no rol das discricionariedades da autoridade tributária. Antes, ele tem sede legal e imperativa, de acordo com os mandos inscritos no art. 37, *caput*, da Lei nº 8.212/91 c.c. art. 142 do CTN.

Nessa perspectiva, os indícios sintomáticos apontados no Despacho da EQARP/DIORT/DERAT-SPO, a fls. 196/200, utilizados como fundamentação única para o indeferimento do pleito requerido, desacompanhadas da indispensável constituição do Crédito Tributário supostamente devido, não se conformam como motivo justo, tampouco suficiente, para obstar a restituição pretendida, eis que se encontram à calva de comprovada justa causa, não ultrapassando, tais alegações denegatórias, os frágeis limites do *palpite subjetivo*.

Falhou em seu mister a Administração Fazendária, eis que, mesmo alegando que o valor retido/recolhido era inferior àquele determinado por aferição indireta do Salário de Contribuição, não fez deflagrar qualquer procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo. De fato, não consta nos autos do processo que alguma ação fiscalizatória tenha sido promovida na empresa requerente, no sentido de se apurar o valor realmente devido e de se aplicar a penalidade cabível, abrindo-se, dessa forma, a indispensável oportunidade ao Recorrente, no exercício de seu direito ao contraditório e à ampla defesa, de provar a regularidade dos seus recolhimentos.

Conforme já esclarecido, nos casos de recolhimento de contribuições previdenciárias a maior que o devido, como assim se revela o presente caso, o art. 89 da Lei nº 8.212/91 não impõe qualquer óbice à restituição do excesso recolhido baseado em supostos fatos geradores não convertidos em crédito tributário.

Ao revés, o §8º do citado art. 89 exige a efetiva verificação de débito constituído em nome do Sujeito Passivo, o qual será compensado *ex officio*, total ou parcialmente, com os valores de restituição a que teria direito o Contribuinte.

Avulta no caso em análise, que as alegações da Administração Tributária apoiaram-se única e exclusivamente na fugacidade e efemeridade das palavras, visto não se apresentarem cortejadas por qualquer indício de prova material apto a obstar o direito do requerente, além de excluir-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Merece ser citado que o Requerimento de Restituição de Retenção a fl. 04 houve-se por protocolizado em 24/06/2004, tendo a Fiscalização tributária cerca de três anos e meio para proceder ao lançamento das diferenças de contribuições previdenciárias supostamente devidas.

De outro eito, note-se que o Despacho da EQARP/DIORT/DERAT-SPO, a fls. 196/200, utilizados como fundamentação única para o indeferimento do pleito requerido, houve-se pro exarado em 10/11/2008, quando o Direito do Fisco de constituir o suposto Crédito Tributário decorrente dos fatos geradores ocorridos até setembro do ano-calendário de 2003 já havia sido fulminado pela decadência, nos termos do art. 150, §4º, do CTN c.c. Súmula 99 do CARF, haja vista a existência de recolhimentos antecipados.

“QUEM DORME, DORME-LHE A FAZENDA” (BOCAGE, Jose Manuel Maria Barbosa du, BOCAGE Poemas Várias, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1961)

Assim, não tendo sido as supostas obrigações tributárias ora em realce convertidas em crédito tributário no prazo previsto no art. 150, §4º, do CTN, tais supostas omissões não representam mais óbice ao deferimento da restituição pleiteada, não procedendo

portanto, o indeferimento do pleito consignado na Decisão Denegatória a fl. 202, datada de 14/11/2008.

Dormientibus non succurrit jus

Nesse contexto, ante a carência de elementos representativos de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Recorrente, pautados em conjunto probatório palpável, perde o esteio a decisão recorrida para justificar o indeferimento do pedido em realce, não sendo suficientes para tanto as razões apresentadas a fls. 196/200.

3. CONCLUSÃO

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Arlindo da Costa e Silva, Relator.