



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 37005.000296/2007-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-007.206 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de maio de 2019
Recorrente K M ENGENHARIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2005 a 31/12/2005

CRÉDITO INEXISTENTE. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias se ausentes os atributos de liquidez e certeza do crédito compensado. A compensação de contribuições previdenciárias com créditos não materialmente comprovados será objeto de glosa, revertendo ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci, Thiago Duca Amoni, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior (Relator), que deram provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Denny Medeiros da Silveira, Luis Henrique Dias Lima, João Victor Ribeiro Aldinucci, Paulo Sérgio da Silva, Thiago Duca Amoni (Suplente Convocado), Maurício Nogueira Righetti, Renata Toratti Cassini e Gregório Rechmann Junior.

Relatório

O presente recurso foi objeto de julgamento na Sistemática dos Recursos Repetitivos prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 9 de junho de 2015. Nessa prumada, adoto o relatório objeto do Acórdão nº 2402-007.201 - 4ª

Câmara/2ª Turma Ordinária, de 8 de maio de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 37005.000291/2007-81 - K. M. ENGENHARIA LTDA, paradigma deste julgamento.

Acórdão n.º 2402-007.201 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária

"Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento que julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pelo sujeito passivo.

O Contribuinte protocolizou Requerimento de Restituição de Retenção – RRR com o objetivo de reaver valores supostamente retidos na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98, equivalente ao percentual de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta pelo Contribuinte,

Cientificado, o Contribuinte apresentou recurso voluntário, reiterando os termos da manifestação de inconformidade.

É o relatório."

Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira - Relator.

Este processo foi julgado na sistemática dos recursos repetitivos, regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015. Nesse contexto, ao presente litígio aplica-se o decidido no Acórdão n.º 2402-007.201 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, de 8 de maio de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 37005.000291/2007-81 - K. M. ENGENHARIA LTDA, paradigma ao qual o presente processo encontra-se vinculado.

Transcreve-se, a seguir, nos termos regimentais, o inteiro teor dos votos vencido e vencedor proferidos, respectivamente, pelos Conselheiros Gregório Rechmann Junior e Maurício Nogueira Righetti, dignos Relator e Redator Designado da decisão paradigma suso citada, rephrase-se, Acórdão n.º 2402-007.201 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, de 8 de maio de 2019.

Acórdão n.º 2402-007.201 - 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária

Voto Vencido

"Conselheiro Gregório Rechmann Junior - Relator

O recurso é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, deve ser conhecido.

Trata-se, o presente caso, conforme exposto no relatório supra, de Requerimento de Restituição de Retenção – RRR com o objetivo de reaver valores retidos na forma do art. 31 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98, equivalente ao percentual de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor bruto da nota fiscal de prestação de serviço executados mediante cessão de mão de obra.

À época dos fatos (recolhimento das retenções previdenciárias e requerimento de restituição), o art. 31 da Lei n.º 8.212/91 encontrava-se vigente com a redação dada pela Lei n.º 9.711/98:

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 n.º 9.711, de 1998).

§ 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 n.º 9.711, de 1998).

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).

De início, é necessário enfatizar que, no caso em análise, a retenção e o recolhimento da contribuição previdenciária pela empresa tomadora de serviço são fatos tidos como incontroversos no processo.

De fato, a negativa para o requerimento de restituição apresentado pelo contribuinte, registre-se, está embasada nas supostas infrações apuradas pela fiscalização em decorrência de ação fiscal, como se infere, pois, da Informação Fiscal, in verbis:

INFORMAÇÃO FISCAL

"1 - Em cumprimento ao contido no Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização - MPF-F n.º 06.1.04.00-2008-01338-3, emitido em 28/11/2008, o procedimento fiscal teve início em 11/12/2008 com a entrega do Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, na empresa. Este MPF-F foi prorrogado em 28/03/2009, posteriormente em 27/05/2009, e finalmente em 14/07/2009.

2 - Processo referente à obra matrícula CEI 50.017.38066/72 - Reforma de 725,19 m2 de área em edificação no SENAI para transferência do Centro de Treinamento da MRS LOGÍSTICA conforme Anotação de Responsabilidade Técnica — ART n.º 1-3100496 datado de 07/03/2005, entre 11. outros documentos.

3 - A empresa deixou de escriturar em títulos próprios de sua contabilidade todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias, de forma discriminada, durante todo o período de 01/01/2004 a 31/03/2007, bem como as contribuições devidas pela empresa e as descontadas dos segurados empregados.

4 - Pela análise dos contratos de prestação de serviços, das notas fiscais emitidas pela empresa, das planilhas de materiais aplicados As obras, e das notas fiscais de materiais adquiridos apresentadas durante a ação fiscal, constata-se que a empresa deixou de lançar

em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, em épocas próprias, na forma da Lei, várias notas fiscais emitidas e de materiais adquiridos.

5 - Pelos motivos descritos acima, e melhor detalhados no Relatório Fiscal do Auto de Infração de Obrigações Principais, todas as obras fiscalizadas no período, tiveram o valor da remuneração da mão-de-obra aferida com base na Nota Fiscal ou na área construída.

6 - Especificamente na obra acima referenciada, não foi levantado crédito fiscal. A obra foi considerada regular. Porém não restou saldo a ser restituído.

7 - Na ação fiscal foram lavrados 3 (três) AIOP e 4 (quatro) AIOA:

7.1 - AI — DEBCAD N.º 37.173.559-9 - CFL 34

7.2 - AI — DEBCAD N.º 37.173.560-2 - CFL 37

7.3 - AI — DEBCAD N.º 37.173.561-0 - CFL 38

7.4 - AI — DEBCAD N.º 37.173.562-9 - CFL 22

7.5 - AI — DEBCAD N.º 37.173.563-7 - AIOP EMPRESA

7.5 - AI — DEBCAD N.º 37.173.564-5 - AIOP TERCEIROS

7.6 - AI — DEBCAD N.º 37.173.565-3 - AIOP SEGURADOS

8 - Pelo exposto, sou de parecer que o pedido de restituição a que se refere este processo, seja indeferido."

Neste sentido, assim se manifestou a DRJ:

"A decisão que indeferiu o pedido de restituição teve por fundamento, os relatos constantes dos itens 3 e 4 da Informação Fiscal de fls. 37, essencialmente quanto a não apresentação e a apresentação deficiente da contabilidade de 2004 a 2006 (AIOA CFL 38), e a ausência de escrituração ou a escrituração sem respeito à previsão legal de contabilizar em título próprios todos os fatos geradores de contribuição previdenciária, bem como as contribuições devidas pela empresa e as descontadas dos segurados empregados. (AIOA CFL 34), motivos que levaram o Auditor Fiscal a desconsiderar a contabilidade da empresa e arbitrar através de aferição indireta os valores das remunerações empregadas, entre outras, na obra de construção civil CEI 50.017.38066/72 — Obra da MRS Logística S/A, de sua responsabilidade.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração de Obrigação Principal, itens 5 e 6, do Título III, juntado as fls.57/65 comprova que a empresa não possuía escrituração contábil regular nos anos de 2004/2004 e 2006, e ainda, a observação do auditor em planilhas por ele elaboradas, afirma que vários processos de restituição foram deferidos, entre outros, pelo motivo de ter a empresa, juntado ao requerimento, declaração de que possui escrituração contábil regular.

Assim, pelo fato de o interessado ter a obrigação de escriturar os Livros Diário e Razão, é através deles que deverá demonstrar, na forma prevista na legislação, a existência dos créditos que alega

possuir. Enfim, cabe ao requerente, o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, consoante o que prevê o artigo 333 do Código de Processo Civil — CPC.

As alegações apresentadas pela requerente na Manifestação de Inconformidade, não prosperam e não surtem os efeitos necessários a desconsiderar as constatações realizadas pelo auditor fiscal relatadas na Informação e no Relatório Fiscal, que para análise deste processo, independem do resultado final do julgamento dos processos de créditos tributários impugnados.

Desta forma, por tudo já exposto na Informação fiscal do auditor, conclui-se que não foram cumpridas todas as exigências contidas nas orientações internas vigentes, para que o requerente viesse a fazer jus à restituição pleiteada, com alteração da decisão de indeferimento do pedido."

O Recorrente, reiterando os termos da manifestação de inconformidade, sustenta que o pedido de restituição administrativa jamais poderia ter sido indeferido. Isto porque, como os recursos protocolados pela Recorrente contra os referidos Autos de Infração ainda não foram definitivamente julgados, o Chefe da Seção de Orientação e Análise Tributária - SAORT nunca poderia decidir pela improcedência do requerimento formulado, vez que ainda não se sabe o resultado definitivo dos recursos administrativos interpostos.

Razão assiste à Recorrente, tendo em vista que:

(i) não existe controvérsia sobre a retenção e o recolhimento das contribuições previdenciárias pelos tomadores de serviços;

(ii) não foi apontada, pela fiscalização, nenhuma infração ao art. 206 e seguintes da Instrução Normativa DC/INSS nº 100, de 18.12.2003, dispositivos normativos que regulam o pedido de restituição;

(iii) a própria fiscalização reconhece que, em relação à obra objeto do Requerimento de Restituição de Retenção em análise, não foi constatada nenhuma irregularidade;

(iv) os autos de infração que foram lavrados em 2009, foram lavrados em decorrência de irregularidades apuradas em outras obras e não naquela referente à matrícula CEI 50.017.38066/72;

(v) ainda que as autuações emitidas em 2009 se referissem à obra referente ao RRR em análise, as mesmas não teriam o condão de elidir o pleito do contribuinte:

- por se tratarem de exigências precárias, impugnadas administrativamente pelo contribuinte, pendentes de decisão final no âmbito deste Conselho;

- nos pedidos de restituição ou nas compensações, não se considera como débito para fins de cumprimento dos requisitos um suposto inadimplemento de contribuições previdenciárias sobre parcelas não reconhecidas como integrantes da base de cálculo e identificadas pela fiscalização no mesmo procedimento de exame do direito pleiteado pelo contribuinte. Somente créditos tributários previamente constituídos e devidamente conhecidos do contribuinte podem ser considerados débitos a obstar a restituição ou compensação (acórdão nº 2301004.838, de 21/09/2016, Rel. Julio Cesar Vieira Gomes)

(vi) o pedido de restituição regularmente instruído não pode ter seu seguimento obstado por meros indícios de irregularidade na apuração das contribuições previdenciárias, tal como já decidido por este CARF:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. RETENÇÃO DE ONZE POR CENTO DO VALOR DA MÃO DE OBRA CONTIDA EM NOTA FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

É cabível a restituição, ao prestador dos serviços, do valor excedente da retenção de onze por cento sobre notas fiscais de prestação de serviços em relação ao valor das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento, observados todos os requisitos e procedimentos impostos pela legislação. (acórdão n.º 2301004.880, de 19/01/2017, Rel. Andrea Brose Adolfo)

xxx

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. RETENÇÃO 11%. IMPOSSIBILIDADE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO APENAS EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE SUPOSTOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS PELA REQUERENTE.

Entendendo o servidor, quando da análise do pedido de restituição, que há indícios de recolhimento a menor de contribuições previdenciárias pela empresa requerente, deve comunicar este fato ao departamento responsável pela fiscalização, para que seja realizada diligência na empresa a fim de investigar esses indícios e, sendo o caso, proceder à lavratura do competente auto de infração. Não pode o fisco, simplesmente, indeferir o pedido de restituição por supostos indícios de irregularidades. Da mesma forma, supostas irregularidades quanto à contabilização das receitas obtidas pela Recorrente em razão dos serviços por ela prestados, e das despesas incorridas nesses serviços, não são suficientes para o indeferimento do pedido de restituição. (acórdão n.º 2301004.206, de 04/11/2014, Rel. Manoel Coelho Arruda Junior)

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso voluntário interposto pela Recorrente, de modo a deferir o Requerimento de Restituição de Retenção – RRR.

(assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior"

Voto Vencedor

"Conselheiro Maurício Nogueira Righetti - Redator Designado

Não obstante as vigorosas razões de decidir do Relator, peço licença para dele discordar.

O fisco procedeu à fiscalização do contribuinte em tela, no que toca às obras sob sua responsabilidade, durante o período de 01/2004 a 03/2007.

Durante o procedimento, identificou-se diversas inconsistências que se estendiam e/ou afetavam todas as obras, na medida em que parte das inconsistências acabou repercutindo na empresa como um todo, a exemplo da contabilização de seu livro caixa e da elaboração de suas folhas de pagamento em arquivo digital. Vejamos:

"A empresa registrou em Livro Caixa vários lançamentos a débito da conta CAIXA e a crédito de SERVIÇOS DIVERSOS, valores recebidos onde o histórico é o seguinte: "VALOR RESGATADO CONFORME EXTRATO N°XXXX" Após análise constata-se que tratam-se de recebimentos relativos às notas fiscais emitidas.

A empresa exibiu os Livros Caixa relativos aos anos de 2004 e 2005, e o Livro Diário de 2006, onde constata-se a omissão de lançamentos de diversos fatos contábeis, como notas fiscais emitidas e notas fiscais de materiais adquiridos para aplicação nas obras de sua responsabilidade.

A escrituração contábil além de não discriminar com clareza e precisão todos os fatos contábeis, não os registra em centros de custos específicos para cada obra. As notas fiscais de materiais adquiridos e aplicados nas obras conforme planilhas apresentadas, muitas não estão escrituradas e outras são lançadas em datas divergentes da sua emissão.

O arquivo digital no padrão do MANAD (Manual dos Arquivos Digitais), no que se refere a folhas de pagamentos, existem várias inconsistências entre as Bases Mestre e Itens (Base Mestre nula em contrapartida a uma Base Itens com rubricas integrantes de Salário-de-Contribuição).

Devido aos vários equívocos ocorridos na escrituração contábil, conforme descrito nos itens 4 e 5 deste relatório, o arquivo digital relativo ao período de 06/2005 a 06/2006 foi exibido com incorreções e omissões.

A empresa deixou de exibir os arquivos digitais no padrão MANAD relativos aos períodos de 01/2004 a 05/2005 e de 06/2006 a 03/2007."

Ao final, concluiu o Fiscal, a partir análise dos contratos de prestação de serviços, das notas fiscais emitidas pela empresa, das planilhas de materiais aplicados às obras, e das notas fiscais de materiais adquiridos apresentadas durante a ação fiscal, que o recorrente deixou de lançar em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, em épocas próprias, na forma da Lei, várias notas fiscais emitidas e de materiais adquiridos.

E ainda, que os lançamentos relativos a pagamentos de salários, rescisões de contrato-de-trabalho e salários a pagar, não discriminariam todas as rubricas integrantes desses títulos. Os lançamentos contábeis também não discriminariam as contribuições devidas pela empresa. (Art. 225, inciso II, § 13, incisos I e II do Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999).

Ante os fatos acima constatados, e quanto a eles parece-me não haver controvérsia, a Fiscalização procedeu, corretamente, à aferição indireta da remuneração da mão-de-obra com base da área construída ou nas notas fiscais emitidas.

Finda a apuração, chegou-se a dois grandes grupos de obras: i) aquelas tidas por irregulares, eis que a contribuição devida suplantou o total dos recolhimentos, aqui incluídas as retenções. Para esse grupo foram efetuados os competentes lançamentos que se encontram submetidos ao contencioso administrativo; e ii) aquelas tidas por regulares, na medida

em que após o aproveitamento dos valores recolhidos, aqui novamente incluídas as retenções, não se teria apurado valor a pagar ou a restituir. Para esse segundo grupo, a discussão acerca do acerto do procedimento fiscal está se dando, a rigor, exclusivamente no próprio processo de restituição, a exemplo do caso em análise.

Nesse rumo, é de se destacar que, quando a fiscalização atestou a "regularidade" da obra, o fez no sentido de que não teria sido apurado crédito tributário após o cotejo entre a contribuição apurada a partir do arbitramento da remuneração da mão-de-obra e o valor retido pelo tomador, e não necessariamente que o recorrente faria jus à restituição do valor retido. Confira-se:

"Especificamente na obra acima referenciada, não foi levantado crédito fiscal. A obra foi, considerada regular. Porém não restou saldo a ser restituído."

Isto porque, com já dito, após a aferição indireta da remuneração, quando se efetuou a apuração da contribuição devida com os valores recolhidos e/ou retido, a autoridade fiscal acabou por valer-se do recolhimento então pleiteado nesses autos. Confira-se novamente:

"1.4.3 — Todos os recolhimentos existentes no conta-corrente da empresa, na matriz e nas obras conforme matriculas discriminadas no item 1 do Título li deste Relatório, foram deduzidos do débito apurado, no estabelecimento respectivo. "

Por fim, peço licença para discordar do entendimento do relator no sentido de que "o pedido de restituição regularmente instruído não poderia ter seu seguimento obstado por meros indícios de irregularidade na apuração das contribuições previdenciárias". A aferição da liquidez e certeza do crédito ressarcível ou restituível deve ser promovida pelo agente público, por óbvio, após a apresentação do correspondente Pedido de Restituição/Ressarcimento e antes da emissão do competente Despacho Decisório.

Não há na legislação tributária prazo específico imposto ao fisco para que promova tal análise. Quer dizer com isso que, ainda que não houvesse mais a possibilidade de se efetuar eventual lançamento por força da decadência, tal circunstância não asseguraria ao requerente, automaticamente, o direito a ver restituído/ressarcido eventual valor envolvido naquela competência.

Nesse sentido, o julgamento a seguir ementado:

"COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DE SALDO NEGATIVO ORIGINADO EM ANOS ANTERIORES. APRECIÇÃO DA LIQUIDEZ E CERTEZA. GLOSA DE SALDO NEGATIVO SEM TRIBUTOS A PAGAR. DECADÊNCIA. INAPLICABILIDADE.

Quando o crédito utilizado na compensação tem origem em saldos negativos de anos anteriores, há que se proceder com análise da apuração de cada um dos anos-calendário pretéritos, que serviram para a composição do saldo negativo utilizado como direito creditório. Trata-se de apreciação no qual não se aplica contagem de decadência, vez que se restringe à verificação da liquidez e certeza do crédito tributário.

Caso resulte em glosa de saldo negativo sem desdobramento em tributos a pagar, não se constitui em lançamento de ofício, razão pela qual não se submete à contagem do prazo decadencial. Trata-se de situação

complemente diferente daquela em que a glosa do saldo negativo tem como resultado tributo a pagar, ocasião na qual o correspondente lançamento de ofício só poderá ser efetuado caso esteja dentro do prazo decadencial previsto na legislação tributária. Acórdão 9101.003-994, de 18/1/19."

Forte no exposto, VOTO no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Maurício Nogueira Righetti. "

Nesse contexto, pelas razões de fato e de Direito ora expendidas, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Relator.