



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.725163/2011-96
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-008.952 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de abril de 2021
Recorrente INCO ENGENHARIA LTDA E OUTRO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2006 a 31/10/2009

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CABIMENTO.

O consórcio decorre de um contrato firmado entre duas ou mais sociedades com atividades em comum e complementares, que objetivam juntar esforços para a realização de determinado empreendimento. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11%.
COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO. IN 900/2008. VIGÊNCIA.
DECLARAÇÃO EM GFIP.

A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção de contribuições previdenciárias no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços que não optar pela compensação dos valores retidos, na forma do art. 48, ou, se após a compensação, restar saldo em seu favor, poderá requerer a restituição do valor não compensado, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e declarada em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Joao Mauricio Vital, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Paulo Cesar Macedo Pessoa, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente)

Relatório

Trata-se de autos de infração em desfavor da empresa INCO ENGENHARIA LTDA. E OUTRO, formalizados conforme abaixo:

- a) AI nº 37.295.794-3 em razão da empresa ter deixado de apresentar os esclarecimentos solicitados no Termo de Intimação e Constatação;
- b) AI nº 37.295.795-1 por a empresa ter deixado de lançar em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, as contribuições previdenciárias;
- c) AI nº 37.295.796-0 em razão de não ter arrecadado, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados contribuintes individuais;
- d) AI nº 37.335.387-1 por apresentar GFIPs com incorreções no campo retenção;
- e) AI nº 37.335.388-0 em razão de apresentar GFIPs com omissão de fatos geradores;
- f) AI nº 37.335.389-8 em razão de não declarar em GFIP e não recolher contribuições, de sua responsabilidade, dos segurados empregados e contribuições individuais;
- g) AI nº 37.335.394-4 por a empresa não declarar em GFIP e não recolher contribuições patronais.
- h) AI nº 37.335.390-1 relativo às contribuições para Terceiros (Outras Entidades e Fundos), e apuradas por aferição indireta.
- i) AI nº 37.335.391-0 relativo às contribuições para Terceiros (Outras Entidades e Fundos).
- j) AI nº 37.335.392-8 referente às contribuições da empresa, apuradas por aferição, sobre a remuneração dos empregados não declarados em GFIP;
- l) AI nº 37.335.393-6 referente às contribuições dos empregados, apuradas por aferição, não declaradas em GFIP

Conforme o Relatório Fiscal, a INCO ENGENHARIA é empresa líder do Consórcio INCO / MERCÚRIUS, motivo pelo qual foi considerada a Mercúrius Construções, atualmente sob a Razão Social Serves Construções S/A – CNPJ nº 07.204.274/0001-41, como empresa solidária em relação aos créditos tributários decorrentes das obrigações principais não cumpridas, excetuando as contribuições devidas a Terceiros (Outras Entidades e Fundos).

A INCO ENGENHARIA LTDA. apresentou impugnação, a qual a DRJ considerou improcedente e manteve o crédito tributário.

Inconformada, a empresa apresenta recurso voluntário onde alega o seguinte:

Preliminarmente

Requer o conhecimento do presente recurso por considerar que a questão da ilegitimidade passiva embora não suscitada na impugnação, é matéria de ordem pública. Portanto, não houve supressão de instância e o argumento deve ser conhecido e julgado.

Alega ilegitimidade passiva da recorrente, uma vez que se trata de um consórcio desta com a empresa Mercurius e a empresa não pode ser autuada sozinha por ser líder do consórcio e era responsável por apenas 51% do mesmo.

No mérito, afirma que as compensações foram efetuadas de acordo com as prescrições legais e devem se aceitar e que a fiscalização não teria aproveitado possíveis saldos de retenção para apropriá-los nos valores levantados e não declarados em GFIP.

Voto

Conselheiro Cleber Ferreira Nunes Leite, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Da delimitação da lide

Tendo em vista o recurso apresentado, a matéria devolvida ao colegiado cinge-se ao conhecimento e apreciação da alegação de ilegitimidade passiva da recorrente e a possibilidade da compensação dos valores de retenção e de contribuições recolhidos a maior com o valor do auto de infração.

Preliminar de Ilegitimidade Passiva

Embora a matéria não tenha sido suscitada na impugnação, há de se acatar a omissão relativa ao enfrentamento da nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva, por entender como matéria de ordem pública, a ser conhecida em qualquer fase do processo, uma vez que a ilegitimidade passiva é um caso de nulidade, pois se trata de elemento essencial ao lançamento, a identificação do sujeito passivo, a teor do art. 142 do CTN.

A recorrente alega que não é responsável única e exclusiva pelas contribuições lançadas no auto de infração, uma vez que se trata de uma obra construída em consórcio, e cada empresa deve responder por suas obrigações contratuais e fiscais.

Não procede a alegação da recorrente.

A Lei nº 12.402, de 2 de maio de 2011, “regula o cumprimento de obrigações tributárias por consórcios”, constituídos com base nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 1976, “que realizarem contratações de pessoas jurídicas e físicas”. Abaixo o art. 1º da Lei nº 12.402, de 2011, com a redação dada pela Lei nº 12.995, de 18 de junho de 2014(destacou-se):

Lei nº 12.402, de 2011

Art. 1º As empresas integrantes de consórcio constituído nos termos do disposto nos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, respondem pelos tributos devidos, em relação às operações praticadas pelo consórcio, na proporção de sua participação no empreendimento, observado o disposto nos §§ 1º a 4º.

§ 1º O consórcio que realizar a contratação, em nome próprio, de pessoas jurídicas e físicas, com ou sem vínculo empregatício, poderá efetuar a retenção de tributos e o cumprimento das respectivas obrigações acessórias, ficando as empresas consorciadas solidariamente responsáveis.

§ 2º Se a retenção de tributos ou o cumprimento das obrigações acessórias relativos ao consórcio forem realizados por sua empresa líder, aplica-se, também, a solidariedade de que trata o § 1º.

§ 3º O disposto nos §§ 1º e 2º abrange o recolhimento das contribuições previdenciárias patronais, da contribuição prevista no art. 7º da Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, inclusive a incidente sobre a remuneração dos trabalhadores avulsos, e das contribuições destinadas a outras entidades e fundos, além da multa por atraso no cumprimento das obrigações acessórias.(Redação dada pela Lei nº 12.995, de 2014)

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se somente aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Nesse sentido, sobreveio o Parecer PGFN nº 814/2006:

PGFN – Parecer nº 814/2016: CONSÓRCIOS DE SOCIEDADES EMPRESARIAIS COMO SUJEITO PASSIVO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. Arts. 278 e 279 da Lei n 6.404/76. Lei 12.402/2011 (conversão da MP 510). Instrução Normativa RFB n 1.199/2011. (...) a) no que concerne à sujeição passiva no âmbito da contratação por meio de consórcios, a regra geral é a da não presunção da solidariedade das empresas consorciadas, regra esta que permanece mesmo após a promulgação da Lei nº 12.402/2011 (arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76); b) a responsabilidade das empresas consorciadas será solidária quando se optar pela realização de negócios jurídicos em nome próprio ou da empresa líder (parágrafos 2º e 3º do art. 1º da Lei 12.402/2011); c) quando do exercício da opção prevista nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º da Lei 12.402/2011, o consórcio deverá efetuar diretamente a retenção e o cumprimento das respectivas obrigações acessórias no CNPJ do consórcio e/ou da empresa líder, com a responsabilidade solidária das empresas consorciadas; d) apenas quando as empresas consorciadas optarem pela contratação em nome do consórcio é que será possível efetuar a retenção de tributos e o cumprimento de obrigações acessórias no CNPJ do consórcio

Do exposto acima e conforme Relatório Fiscal, trata-se de negócio jurídico realizado em nome de empresa líder, que no caso é a recorrente, em que as retenções e o cumprimento das obrigações acessórias poderiam ter sido lançadas no CNPJ desta, com responsabilidade solidária das empresas do consórcio.

Portanto, rejeita-se a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva.

Do Mérito

Da alegação de que a fiscalização não teria aproveitado possíveis saldos de retenção para apropriá-los nos valores levantados e não declarados em GFIP.

No relatório da fiscalização, assim manifestou-se a auditoria com relação aos valores de retenção de 11% na construção civil, da recorrente como contratada:

10.2. DO BATIMENTO FOLHA DE PAGAMENTO X GFIP X GPS

Foram apresentadas as folhas de pagamento dos empregados contratados pelo consórcio e não houve divergências entre as bases de cálculo à Previdência informados na folha com as declarações da GFIP. As guias recolhidas e as compensações declaradas em GFIP, foram apropriadas para o levantamento G – Valores declarados em GFIP.

10.3 DAS RETENÇÕES E COMPENSAÇÕES EFETUADAS E AS RETENÇÕES CONSTANTES NAS FATURAS.

10.3.1 Foram apresentadas as faturas da obra, emitidas pelas consorciadas conforme demonstrada na planilha: “Relação dos prestadores de serviço na Construção Civil”

10.3.2 Conforme análise das GFIP apresentadas, foram declaradas em GFIP retenções efetuadas em desacordo com os valores efetivamente destacados na fatura. A auditoria elaborou planilha demonstrando os valores declarados na GFIP e os valores efetivamente retidos, conforme demonstrativo na planilha: “Valores das retenções X valores declarados em GFIP”, ambos anexos a este relatório.

Da análise desses demonstrativos constata-se que foram compensados valores a menor do que o crédito das retenções efetuadas.

Conforme determina o regulamento da previdência social, art. 219 e parágrafos seguintes do decreto 3048/99, é facultado à empresa efetuar as compensações das retenções efetuadas, e na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subsequentes ou ser objeto de restituição.

As compensações abrangem somente as contribuições para a Previdência Social, não podendo ser compensadas as contribuições arrecadas pela previdência para outras entidades.

A empresa deixou de declarar fatos geradores de contribuições previdenciárias na GFIP, as quais poderiam ter sido compensadas com o saldo das retenções efetuadas. A auditoria entende que o saldo remanescente das retenções nas competências é facultado à empresa compensar ou pedir a restituição, desde que as contribuições sejam declaradas em GFIP e contabilizadas em conta própria da contabilidade.

Por esse motivo, a auditoria não aproveitou possíveis saldos de retenção para apropriar nos valores levantados não declarados em GFIP.

De acordo com o relatório fiscal acima, a empresa possui créditos de retenção 11%, por ter declarado em GFIP valores inferiores aos destacados na nota fiscal/fatura. Portanto, sendo a compensação efetuada apenas pelos valores declarados, restam os créditos de retenção

não declarados, embora destacados nas notas fiscais, conforme planilha, elaborada pela fiscalização, denominada : Valores das retenções X valores declarados em GFIP.

A auditoria informa também que não considerou os créditos de retenção para apropriá-los como abatimento do auto de infração, por motivo da não declaração na GFIP dos fatos geradores da contribuição previdenciária.

A IN RFB n.º 900 de 30/12/2008, vigente na época do lançamento, disciplinava a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Uma das condições necessárias para a compensação/restituição de valores retidos, conforme a IN, seria declaração dos mesmos em GFIP, conforme artigo 17, abaixo:

Art. 17. A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção de contribuições previdenciárias no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços que não optar pela compensação dos valores retidos, na forma do art. 48, ou, se após a compensação, restar saldo em seu favor, poderá requerer a restituição do valor não compensado, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços e declarada em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).

Conforme exposto acima, tem-se que a empresa declarou apenas uma parte das retenções efetuadas por competência e utilizou-as totalmente para compensar na GFIP, com os valores declarados e devidos da contribuição previdenciária da competência.

A auditoria fiscal lançou as diferenças de contribuição previdenciária não declaradas pela recorrente e desconsiderou como crédito a apropriar os saldos das retenções, tendo em vista que não foram declarados em GFIP.

No caso, caberia a empresa retificar as GFIP, informando as retenções na sua totalidade e compensá-las, ou solicitar restituição, com posterior compensação de ofício, o que não poderia ser feito na auditoria fiscal, nem nesta instância julgadora.

Rejeita-se o pedido da recorrente de aproveitamento dos possíveis saldos de retenção para apropriá-los nos valores levantados e não declarados em GFIP.

Do exposto voto por , em conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade, e na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Cleber Ferreira Nunes Leite

Fl. 7 do Acórdão n.º 2301-008.952 - 2ª Seção/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 10380.725163/2011-96