



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

Processo n° 37316.003807/2005-73
Recurso n° 254.999 Voluntário
Acórdão n° **2803-00.371 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 18 de outubro de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL
Recorrente PROTECÁRDIO CLÍNICA DE HEMODINÂMICA DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO - LTDA.
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA - SP.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2005 a 01/09/2005

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMALIZAÇÃO IRREGULAR.

RESTITUIÇÃO DE RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIAS LEGAIS DESCUMPRIDAS. VALORES RETIDOS APROVEITADOS EM NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD.

Recurso Voluntário Negado

Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Turma Especial** da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e do voto vista apresentado pelo Conselheiro Oseas Coimbra Junior. O relator Conselheiro Eduardo de Oliveira divergiu quanto aos fundamentos.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Presidente


EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator

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

Relatório

Os presentes autos cuidam de Requerimento de Restituição de Retenção – RRR, que tem por objeto restituição das contribuições sociais previdenciárias supostamente retidas a maior nas competências 05/2005 a 08/2005, conforme requerimento, de fls. 01.

O contribuinte foi cientificado depois da análise inicial que o requerimento deveria ser complementado, ante a uma série de falhas na instrução, conforme documentos, de fls. 140 a 143.

A unidade de atendimento da Receita Previdenciária em Piracicaba promoveu a análise do pedido do contribuinte, após este apresentar novos documentos. Tal análise encontra-se, as fls. 266 a 270.


A citada unidade entendeu que necessário se fazia solicitar pronunciamento fiscal conclusivo, nos termos do artigo 209, parágrafo 1º, da IN/SRP N° 03/2005, tendo em vista a existência de inúmeras divergências e incongruências não esclarecidas.

O Serviço de Fiscalização pronunciou-se, as fls. 271 e 272, onde informa que as retenções objeto do pedido de restituição foram deduzidas da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD N° 37.071.089-4, de acordo com a apropriação realizada pelo Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, desta forma opina pelo indeferimento do pedido de restituição.

Na esteira da opinião do Serviço de Fiscalização o pedido de restituição foi indeferido e o contribuinte comunicado, a fim de poder manejar recurso ao então Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, fls. 273 e 274.

A empresa apresentou Recurso Voluntário, em 15/08/2007, as fls. 275 a 280, de forma tempestiva, tal interposição era isenta de depósito recursal, pois não discutia crédito lançado. Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso passo a este.

As razões recursais são assim resumidas.

- Preliminarmente requer a recorrente o julgamento conjunto das restituições 37316.003807/2005-73; 37316.003808/2005-18; 37316.004318/2005-39; 37316.001395/2006-18; 37316.002412/2006-34;
- Que a apropriação dos valores retidos para aproveitamento na notificação fiscal é indevida, pois tal notificação está sendo discutida e não é definitiva;
- Que a notificação é decorrente de aferição indireta, pois a empresa não apresentou os livros contábeis no curso desta, tendo a fiscalização se utilizado das notas fiscais;
- Que a decisão de indeferimento da restituição não tem fundamento, pois inexistente débito; 



- Que os atos administrativo gozam de presunção de legitimidade, mas que para haver a apropriação é necessário prova concreta da existência do débito, que o fato material não se presumi ocorrido;
- Que só existe dívida quando houver o trânsito em julgado com reconhecimento da obrigação tributária;
- Que a presunção *juris tantum* pode ser ilidida por prova em contrário e que o débito que está sendo discutido pode ser anulado, tornando a apropriação indevida;
- Que o depósito recursal foi considerado indevido e proibido pelo STF, quanto mais a apropriação de valores já recolhidos;
- Que reter e apropriar valores da recorrente, afronta a Constituição, pois configura pagamento antecipado de crédito tributário indevido, sendo medida desarrazoada e descabida;
- Que a documentação inclusa prova o fato alegado, ou seja, que o débito está em fase de discussão, o que torna a apropriação indevida;
- Por fim pedindo: a) provimento do recurso; b) com a conseqüente reversão do indeferimento da restituição; c) prova pericial; d) juntada de novos documentos.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme consta, as fls. 274, AR, recebido em 16/07/2007, e carimbo de recepção do recurso, em 15/08/2007, fls. 275. A recorrente não discute crédito tributário neste autos daí a desnecessidade de depósito recursal.

Preliminarmente, a recorrente solicita o julgamento conjunto dos processos a seguir elencados: 37316.003807/2005-73; 37316.003808/2005-18; 37316.004318/2005-39; 37316.001395/2006-18; 37316.002412/2006-34, pois versariam todos sobre pedido de restituição.

O pedido de julgamento conjunto dos autos supramencionados não pode ser atendido, pois apenas este auto foi distribuído e chegou a este conselheiro. Embora nos termos do artigo 9º, parágrafo 1º, do Decreto 70.235/72, os procedimentos dependentes do mesmo conjunto probatório podem ser juntados em um só processo isso não ocorre no presente caso. Pois a contrário senso do artigo o conjunto probatório não é o mesmo, tendo em vista que as notas fiscais são outras, as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP's são outras, as Guias de Recolhimento da Previdência - GPS são outras, os folhas do livros contábeis são outras, etc, uma vez que devem ser referir as competência distintas. Assim sendo, indefiro o pedido de julgamento conjunto

para promover o julgamento isolado deste e somente deste processo de N° 37316.003807/2005-73, sem envolver qualquer outra discussão. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD N° 37.071.089-4, também, não está sendo discutido nestes autos e nem é objeto deste julgamento.

O fato da notificação estar sendo discutida é irrelevante, pois na técnica de apuração do lançamento fiscal considera-se aquilo que deveria ter sido pago em confronto com o que efetivamente foi pago. Daí podendo advir a existência de débito para o contribuinte, ou seja, crédito para a fazenda, quanto o primeiro realiza pagamento a menor, seja qual for o motivo. Caso essa alegação pudesse ser considerada válida a apropriação das Guias da Previdência Social - GPS recolhidas espontaneamente e em época própria pelo contribuinte, quando após o encerramento de procedimento fiscalizatório neste levado a cabo, também, não poderiam ser promovidas. Todo e qualquer pagamento feito pelo contribuinte ou em nome deste deve ser aproveitado no levantamento fiscalizatório, pois do contrário teríamos a majoração dos débitos em prejuízo do contribuinte.

A notificação lançada não é objeto de julgamento neste autos, pois corre em processo próprio.

O lançamento é quem constitui o crédito tributário e este foi realizado nos termos do artigo 142 c/c o artigo 149 do CTN, logo existe o débito da empresa. Embora esse seja passível de ser discutido, pois o próprio artigo 149, assim prevê. Mas neste caso apenas a exigibilidade fica suspensa não a existência do débito/crédito. Outra prova disso é que nesses casos só se emiti certidão positiva de débitos com efeitos de negativa - CPD-EN, artigo 206 do CTN.

O agente fiscal notificante só realizaria o lançamento caso ficasse comprovado o débito do sujeito passivo, pois sua atividade é plenamente vinculada nos termos do artigo 142 do CTN, justamente porque este gozará de presunção de legalidade até prova em contrário. A dívida tributária não passa a existir apenas após o trânsito em julgado do reconhecimento da obrigação tributária. Caso isso fosse verdade ninguém pagaria tributo espontaneamente, pois se aguardaria a ação de conhecimento da fazenda para constituir o crédito. Hoje, a lei 11.941/2009 e o próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ admitem a simples declaração do contribuinte como constituinte do crédito.

O contribuinte tem razão ao dizer que o crédito pode ser anulado e se isso ocorrer poderá ele manejar novamente o pedido de restituição desde que devidamente instruído, uma vez que o pedido constantes destes autos contém uma série de irregularidades não sanadas pelo contribuinte e que levariam a seu indeferimento, aliás, como consta no item 5, de fls. 140, bem ainda da solução constante da advertência do último parágrafo, de fls. 143. A qual se reporta justamente a comunicação ao Serviço de Fiscalização ante as irregularidades detectadas e não corrigidas.

A inconstitucionalidade do depósito recursal nada tem a ver como a possibilidade de apropriação de pagamento, pois com essa apropriação visa-se justamente o oposto do que dito pela recorrente, isto é, busca-se reduzir eventual débito com crédito que o contribuinte seja detentor, exigindo-se apenas a diferença líquida. Os valores foram retidos por plena determinação legal, Lei 9.711/98 e o Supremo Tribunal Federal - STF já considerou tal exação constitucional.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 31 DA LEI N° 8.212/91, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI N° 9.711/98 - LEGITIMIDADE DA RETENÇÃO, PELO TOMADOR DE S



*SERVIÇO, PARA FINS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DO PERCENTUAL DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - PRECEDENTE (PLENÁRIO) - RECURSO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 393.946/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, confirmou a validade jurídico-constitucional do art. 31 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.711/98, reputando legítima a retenção, por parte do tomador do serviço, do percentual de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços para fins de contribuição previdenciária. A EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AUTORIZA O JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS QUE VERSEM O MESMO TEMA. - A ausência de publicação do acórdão - que firmou o precedente no "leading case" - não constitui obstáculo processual ao imediato julgamento monocrático da causa, por seu Relator, desde que se trate do mesmo litígio já apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.
(AI-AgR 484418, CELSO DE MELLO, STF)*

Desta forma, não há qualquer pecha a macular o procedimento adotado na origem, pois dentro das determinações legais. Estes são os argumentos de minha decisão.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, pois não há razão para se reconhecer o direito creditório, uma vez que o contribuinte não cumpriu as exigências e formalidade legais, bem como as retenções que se pretendiam serem restituídas foram utilizadas para promover a diminuição dos valores do crédito lançado na NFLD N° 37.071.089-4.

É o voto.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2010


EDUARDO DE OLIVEIRA

Declaração de Voto

Conselheiro OSEAS COIMBRA JÚNIOR

Da decisão guerreada - fls 273, percebe-se que a mera alegação de existência de NFLD, ainda sob discussão administrativa - afastou o exame do direito pleiteado e das provas acostadas, fulminando sumariamente o direito de petição do contribuinte. Transcrevemos os fundamentos da decisão.



Comunicamos que o seu requerimento de restituição de valores retidos, protocolado sob o número acima, referente aos meses 05/2005 à 08/2005 foi INDEFERIDO, considerando que os valores retidos em Notas Fiscais foram apropriados integralmente na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 37.071.089-4, conforme despacho da Auditora Fiscal da Previdência Social.

Outras irregularidades - fls 142/143, apontadas pelo e. Relator, dizem respeito a retenções não efetivadas por parte do tomador de serviços - Associação dos Fornecedores de Cana de Piracicaba, fato que independe do impetrante para a devida regularização e que não configura, *prima facie*, fator impeditivo para os respectivos pedidos de restituição, de acordo com a IN RFB 900/08, art. 17. Consoante decisão retro, a SRP, de forma acertada, não considerou essa falta de recolhimento das retenções como razão para o indeferimento do pedido.

Entendo que a mera existência de NFLD não tem o condão de justificar, de plano, o indeferimento da restituição pleiteada, uma vez que o lançamento ainda se encontra sob análise administrativa. A precariedade do título, inclusive com exigibilidade suspensa, lhe retira o poder de irradiar permanentes efeitos ou de lhe atribuir definitiva certeza.

Tenho assim que a melhor solução seria o julgamento conjunto da NFLD 37.071.089-4, distribuída a este Conselheiro, com o presente pedido de restituição, uma vez que se referem às mesmas competências, ficando demonstrada a conexão dos julgados.

DA NFLD 37.071.089-4

Trata-se de NFLD referente a remunerações pagas a segurados obrigatórios, calculadas por aferição indireta em razão da não apresentação da escrita contábil. Foram utilizados os valores constantes em notas fiscais de serviços prestados.

Preliminarmente constatamos que a DN de fls 411 e ss reconheceu a decadência referente ao período anterior a 02/2002, inclusive.

No mérito, a empresa alega o seguinte:

- A autuação se baseou no fato de a empresa impugnante, quando do procedimento fiscal, não ter apresentado os livros contábeis relativos ao período fiscalizado, o que levou a conclusão de que o valor do faturamento mensal estaria acima do estimado para o quantitativo de mão-de-obra descrito nas folhas de pagamento apresentadas. A fiscalização então aferiu indiretamente as contribuições previdenciárias, aplicando o índice de 40% sobre o valor das notas fiscais.
- A aferição indireta só é possível quando a empresa não cumpra as providências impostas pela lei, sendo ilegal o procedimento da autoridade fiscal que, mesmo com a existência da escrituração contábil regular, exige recolhimentos fundamentados em aferição indireta.
- A empresa apresentou os documentos contábeis, em especial os livros impressos e registrados, consoante documentos de fls 264/359. 5

- Os parâmetros utilizados pelo INSS, para a aferição indireta, não foram criteriosos e não acompanharam a realidade da empresa.
- Os sócios recebem a título de distribuição de lucros, sendo vedada a cobrança de contribuição social sobre tais valores.
- A não realização de perícia configura cerceamento de defesa.
- Ao final, pugna pelo provimento do recurso, declarando inexigíveis as contribuições lançadas.

Passo a me manifestar.

O presente crédito tributário foi aferido indiretamente tendo como base os valores constantes nas notas fiscais, consoante Instrução Normativa IN/SRP Nº 003 de 13 de julho de 2005, uma vez que não foi apresentada a escrita contábil.

As planilhas acostadas às fls. 120/158, demonstra que o Auditor autuante não aplicou a alíquota de 40% sobre o valor das notas fiscais, como alegado, e sim sobre a parte considerada serviços, equivalente a 50% do valor das notas, o que resulta em 20% do valor total das notas fiscais. Transcrevemos excerto da prefalada IN 003.

Subseção Única
Aferição Indireta da Remuneração da Mão-de-Obra com Base na Nota Fiscal,
na Fatura ou no Recibo de Prestação de Serviços

Art. 600. Para fins de aferição, a remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços por empresa corresponde ao mínimo de:

I - quarenta por cento do valor dos serviços constantes da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços;

Art. 601 – (...)

§1º Caso haja previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, e os valores de material ou de utilização de equipamento não estiverem estabelecidos no contrato, nem discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, o valor do serviço corresponde, no mínimo, a cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo, aplicando-se para fins de aferição da remuneração da mão-de-obra utilizada o disposto no art. 600.

A lei 8212/91, art. 33, respalda o método de aferição indireta, quando o contribuinte não apresenta os elementos suficientes à fiscalização.

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas



à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa corresponsável o ônus da prova em contrário. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

§ 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.

Quanto a alegada documentação contábil de fls 264 e ss, a DN de fls 420 traz entendimento que incorporo a meu voto:

E embora a impugnante junte aos autos os documentos de fls 264 a 359, para comprovar que sua contabilidade encontra-se plenamente regular, solicitando assim a desconstituição do débito, da análise dos referidos documentos constata-se que se trata de documentos intitulados termos de abertura e termos de

S

encerramento dos livros diário de nº 01 a 10, mas sem qualquer especificação quanto ao período de referência e cópias do balanço patrimonial dos anos de 1997 a 2006, os quais não se prestam para justificar a divergência encontrada pela fiscalização entre o faturamento mensal em relação à mão-de-obra constante nas folhas de pagamento da empresa.

A não apresentação da escrita contábil justifica o procedimento de arbitramento, sendo os valores apresentados pelo fisco passíveis de impugnação e, caso o contribuinte apresente comprovação de que os valores lançados não correspondem à realidade, devem ser retificados, o que efetivamente não aconteceu.

A defesa não apontou falhas nos cálculos da presente aferição, apenas insurgindo-se de forma genérica contra o procedimento adotado, o que não é suficiente para desconstituir os lançamentos efetuados.

Sobre a remuneração aferida referente a pró-labore, esta foi considerada decadente pela DRJ, razão pela qual não será analisada.

Sobre o pedido de perícia, o mesmo – fls 218, assim se resume: *Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos, em especial perícia contábil.*

De plano constata-se que o pedido não obedeceu aos ditames do art. 9º, IV, da portaria MPS nº 520, de 19/05/2004, sendo correto o seu indeferimento.

Fica assim demonstrada a procedência da NFLD 37.071.089-4, confirmando os débitos existentes na competência maio a agosto de 2005, nada tendo a ser restituído referente a este período.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.


OSEAS COIMBRA JÚNIOR

