



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

Processo nº 10580.725750/2009-12
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.399 – 3ª Turma Especial
Sessão de 18 de junho de 2013
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS E REMUNERAÇÃO INDIRETA: PRO-LABORE E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.
Recorrente DUTOBRAS CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 01/01/2006

CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CLAREZA, DESCRIÇÃO E ELEMENTOS ESSENCIAIS. INEXISTÊNCIA. MULTA BENÉFICA. APLICAÇÃO.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que seja aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação velha ou artigo 35-A do citado diploma na redação da Lei 11.941/2009 a depender do momento da atitude do contribuinte. Alerto a autoridade local da DRF - origem que cópia da peça impugnatória, da peça recursal e do Acórdão deste Conselho devem ser encaminhados ao Ministério Público Estadual - MPE da sede do sujeito passivo ou da sede da delegacia, caso inexista MPE na sede do sujeito passivo, a fim de que este E. Órgão dentro de suas atribuições constitucionais e legais, caso entenda cabível e necessário apure a suposta conduta desviada dos entes públicos municipais como afirma a recorrente, no que tange as Notas Fiscais Avulsas. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

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

Autenticado digitalmente em 15/07/2013 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 15/07/2013

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 23/07/2013 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 24/07/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10580.725750/2009-12
Acórdão n.º **2803-002.399**

S2-TE03
Fl. 575

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Auto de Infração, - DEBCAD 37.218.436-7, objetiva o lançamento da Obrigação Principal, contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo empregador contribuinte – parte descontada do segurado, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores empregados e contribuintes individuais, em decorrência de obra própria ou de terceiro, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – AI, de fls. 51 a 63, com período de apuração de 01/2005 a 12/2005, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 379.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 13/10/2009, conforme AR, de fls. 446.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões, acostada, as fls. 450 a 472, recebida, em 11/11/2009, conforme, fls. 450, estando acompanhada dos documentos, de fls. 473 a 514.

O órgão preparador não se manifestou sobre a tempestividade da impugnação, mas remeteu esta ao órgão julgador, fls. 516.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 15-30.118 - 6ª Turma da DRJ/SDR, em 14/03/2012, fls. 523 a 538, no qual a impugnação foi considerada procedente em parte, tendo sido o crédito retificado Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 518 a 522.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 20/11/2012, AR, de fls. 540.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 542 a 565, recebida, em 19/12/2012, acompanhado dos documentos, de fls. 566 a 572, as teses recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminar.

- que no levantamento “Z9 – RFO” diferenças entre Livro Razão 11 e folha de pagamento ano 2005, matrícula CEI obra, estando lançadas no DD, mas este mesmo procedimento é usado nos levantamentos “RF1 – RAZÃO FOPAG ADM MATRIZ”, “RF3 – RAZÃO FOPAG TOMADORES”, “Z9 – RFO”, “Z6 – RF1 e “Z7 – RF2, não demonstrando a fiscalização que método usou para a apuração das bases de cálculo, bem como as contas contábeis que serviram de base para os cálculos e que valores foram usados, sendo que o título do levantamento da impressão que a cobrança vai até 11/2008;
- que o lançamento deve ser dotado de todos os elementos indispensáveis a sua compreensão, a mera apresentação do valor sem demonstrar a sua origem não permite a compreensão do contribuinte e

CÓPIA

muito menos que possa contestá-lo devidamente, pois no caso do levantamento “RCI – CONTRIB IND NÃO DECL” o agente autuante indicou a conta contábil 10583 – 3.2.03.012 – Serviços Prestados PF e conta 15303 – 3.3.02.02.003 – Serviços Prestados PF e notas fiscais avulsas, porém não fez o mesmo em relação aos outros levantamentos, ficando a cabo da recorrente adivinhar como os valores foram apurados, transferindo ao contribuinte a função de desvendar o método de apuração;

- que não estando o lançamento claro em todos os seus elementos para que se possa averiguar a ocorrência do fato gerador, a matéria tributável e a base de cálculo este incidirá em nulidade, sanável apenas através de novo lançamento expurgado das falhas, desde que não decaído o direito de fazê-lo e assim se posicionam as DRJ's e o CARF, transcrevendo decisórios;
- que a jurisprudência apontada não deixa dúvidas que havendo falha na construção do lançamento, que envolva as características do crédito o vício é material, devendo a matéria ser apreciada sob a ótica do artigo 2º, da Lei 9.784/1999 c/c o artigo 5º, LV, da CF/88, devendo o lançamento conter todos os elementos dos artigos 10 e 11, do Decreto 70.235/72 e do artigo 142, do CTN, como diz HBM;
- que a fiscal apenas afirmou a existência de diferenças apuradas a partir da contabilidade, mas na indicou as contas contábeis e sem demonstrar como chegou aos valores do Anexo V, o que impossibilita a defesa, pois não se sabe se os valores apurados são corretos e não se pode contestá-los por ausência de informação, cabendo ser reconhecida a nulidade do lançamento;

Mérito.

- que a agente autuante identificou no Livro Razão contas denominadas “Serviços Prestados PF”, nº 10.552 – 3.2.02.02.012 – 3.3.02.02.003, o que a fez acreditar que os valores ali lançados consistiam em pagamentos a pessoas físicas, decorrente da prestação de serviços, o que não é realidade, tendo em vista que a análise dos documentos que dão respaldo a tais lançamentos demonstram claramente, que tais não são pagamento em contrapartida a prestação de serviços de pessoas físicas;
- que a empresa no desempenho de sua atividade precisa alugar máquinas, equipamentos, veículos, adquirir peças e materiais, que muitas vezes são realizadas junto a pessoas físicas, porém para viabilizar o pagamento a recorrente exige documento fiscal, sendo que tais pessoas obtêm junto à Secretaria da Fazenda do Município nota fiscal avulsa, sendo que tais secretarias de forma ilegal e arbitrária para poder exigir o ISS preenchem a descrição inicial destas como serviço, ainda, que não o seja, listando a recorrente uma série de

notas sobre as quais não incide a contribuição, mas a DRJ só reconheceu em três casos, mantendo o lançamento em várias outras;

- que da lista ora oferecida verifica-se pela descrição que não é possível concluir a utilização de prestador de serviço autônomo, sendo indevida sua manutenção por ser mera presunção, que cabe ao fisco em razão de ser o lançamento atividade vinculada sob a égide do princípio da legalidade provar a utilização dos prestadores de serviços, pois é dever do fisco demonstrar que o fato praticado pelo contribuinte se ajusta a hipótese de incidência, mas isto não ocorreu apenas o agente pela descrição concluiu se tratar de prestação de serviços de contribuintes individuais, realizando mera presunção;
- que nas notas fiscais com a descrição “Serviços prestado na locação de veículo” ou “serviços prestados com inspeção de ultrassom” encerra apenas obrigação de dar, sendo simples locação de equipamentos;
- que além dos equipamentos que a venda de matérias são descritas como serviços pelos Municípios que emitem as notas fiscais avulsas é o que ocorreu com as 02 tomadas de teste de 18 polegadas e outros produtos e da fabricação dos 12 portões e pintura de outros produtos, reconhecidas improcedente pela DRJ, não havendo razão para não se reconhecer em relação as demais notas fiscais apontadas na impugnação;
- que havendo a utilização de contribuinte individual estaria escrita na nota “serviços prestado na locação de um veículo com motorista” e isto não ocorreu, assim não havendo prestação de serviço não há a contribuição é o que se depreende do artigo 28, da Lei 8.212/91, bem como não se ajusta ao artigo 4º, da Lei 10.666/2003 não sendo remuneração, sendo tais créditos indevidos, devendo ser excluídos do lançamento;
- que ficou demonstrado que os valores do levantamento “RCI – Razão Contrib Ind Não Decl” e “Z5 – RCI – ATE 11/2008” baseados no razão não merecem prosperar, devendo ser excluído do lançamento.
- que o artigo 35, II, da Lei 8.212/91 em vigor a época da ocorrência dos fatos geradores previa multa de 24% a 50% e que a nova multa do artigo 44, da Lei 9.430 é de 75% não sendo possível a aplicação desta, cita o STJ, bem como seria impossível que a atual multa pudesse ser inferior a antiga
- que a multa a ser comparada é a multa de 24% vigente à época dos fatos e a atual de 75%, pois só estas tem a função de punir o descumprimento de obrigação principal, cita Rafael Santiago Costa, volta a citar o STJ;

- que a aplicação da multa de 75% é ilegal, pois a multa aplicável é a do artigo 35, II, “a”, da Lei 8.212/91, requerendo que esta seja a multa aplicável;
- ao final a recorrente pede e pugna: a) integral provimento ao recurso, julgando-se nulo o auto de infração; b) se por absurdo vencida a nulidade requer o integral provimento para reconhecer a improcedência total do auto; c) caso entenda o Conselho pela manutenção do lançamento residual que a multa a ser aplicada seja a definida no artigo 35, II, “a”, reconhecendo-se indevida acumulação com a multa do artigo 32, §5º, da Lei 8.212/91 e sua comparação com a multa do artigo 44, da Lei 9.430/96.

O órgão preparador não se manifestou quanto à tempestividade do recurso.

Os autos chegaram ao CARF, mas não localizei encaminhamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator.

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado

Preliminares.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC – AI, de fls. 51 a 63, no item 3.4, com seus subitens descreveu de forma simples os levantamentos.

O levantamento “Z9 – RFO – ATE 11/2008” determinado pela diferenças de valores entre a comparação das folhas de pagamento e da contabilidade razão livro 11 é de fácil constatação nas planilhas, de fls. 24 a 26, Obra São Luiz CEI 50.008.41667/74 – 07/2005, quanto as demais obras verifica-se: Obra Ceará CEI 50.013.98563/71 – 04/2004, fls. 21; Obra Tramandaí CEI 50.017.59869/71 - 11/2005, fls. 29 e 30 e Obra São Francisco do Conde CEI 50.019.63742/72 – 09/2005, fls. 27 e 28, o método de apuração é o de aritmética básica do ensino fundamental, operação de subtração entre as duas fontes de informações. As contas contábeis reclamadas pela recorrente estão todas descritas e elencadas no rodapé das planilhas.

Para os demais levantamentos citados as planilhas, respectivas, elucidam a questão “RF1 – RAZÃO FOPAG ADM MATRIZ”, comp. 05/2005 – R\$ 1.397,43, fls. 99; RF3 – RAZÃO FOPAG TOMADORES”, comp. 05/2005 – R\$ 1.060,14, fls. 116, “Z6 – RF1” comp. 03/2005 – R\$ 1.458,46, fls. 99, e “Z7 – RF2”, comp. 02/2005 – R\$ 42,97 - além de descritos no REFISC como acima citado, estando todas as contas contábeis reclamadas pela recorrente descritas e elencadas no rodapé das planilhas, o que, também, foi esclarecido pela DRJ.

O agente autuante no Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 11 a 15, no campo observações faz as devidas referências de identificação de cada lançamento efetuado em cada levantamento, bem como faz as remissões as obras; notas fiscais, planilhas e demais elementos de identificação dos créditos.

O lançamento consta de todos os seus elementos obrigatórios estando o artigo 142, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 37, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 243, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99 c/c o artigo 9º do Decreto 70.235/72. Desta forma, não há falhas, vícios ou nulidades observadas, a serem reconhecidas.

O contribuinte não precisou adivinhar nada, pois como demonstrado acima o agente autuante fez todas os esclarecimentos e remissões nos relatórios e planilhas, em prol da clareza dos autos.

Assim sendo, rejeito as preliminares alegadas, pois ausentes os supostos vícios alegados.

Mérito.

O lançamento está embasado na contabilidade, folhas de pagamento, GFIP válidas, contratos de prestação de serviços, notas fiscais, basta ver a passagem do REFISC a seguir transcrita, bem como os demais relatórios anexos.

VII – DA DOCUMENTAÇÃO ANEXADA

7.1 A fim de instruir o processo administrativo junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, foram juntadas cópias das folhas de pagamento de segurados empregados de obras e serviços de construção civil, contrato de prestação de serviço, notas fiscais de prestação de serviço, páginas do Livro Razão nº. 11 – Ano 2005, planilhas demonstrativas acima mencionadas, relatório extraído do sistema GFIPWEB, que comprovam os fatos mencionados em cada levantamento.

Quanto o lançamento de contribuintes individuais no levantamento “RCI” o agente autuante em vista do Livro Razão identificou pagamentos realizados a pessoas físicas e assim lançou o crédito. A DRJ depois da impugnação do sujeito passivo verificou que em quatro destes serviços a descrição não correspondia a prestação de serviços de pessoa física, conforme item 12, de seu acórdão e promoveu a exclusão destes, bem como que outras duas notas nem foram lançadas.

A alegação da recorrente de que os fiscos municipais agem de forma arbitrária e ilegal fornecendo nota fiscal avulsa com descrição prestação de serviços de forma “falsa” para exigir o seu tributo de ISS, deve ser comprovada, nos termos do artigo 333, II, da Lei 5.869/73 cabe ao contribuinte provar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do fisco. No caso não há provas desta alegação e como disse a recorrente em outra passagem o processo administrativo fiscal se pauta pelo princípio da verdade material e neste caso as notas fiscais provam o que o fisco entendeu, pois são notas fornecidas pela municipalidade que só as emiti em razão de serviços, sendo a natureza da operação serviços, com a descrição de serviços e lançadas nas contas de serviços.

Pode-se observar das notas anexadas, as fls. 494 a 513, que na maioria delas a descrição é serviços prestados por pessoas físicas, exceto as excluídas pela DRJ.

A alegação da recorrente de que se fossem de prestação de serviços a descrição da nota seria “serviço prestado na locação de um veículo com motorista” é desprovida de fundamentos, pois na verdade se as notas fossem de locação de máquinas, equipamentos, materiais e ferramentas, a descrição possivelmente seria de (locação de...) e não de prestação de serviços e caso fossem de compra e venda a nota seria de outro tipo autorizada pela Fazenda Estadual e não Municipal.

Os defeitos que possam ter o lançamento desde que corrigíveis ou sanáveis, não levam este a nulidade, em que pese a identificação de falhas de lançamento todas as que deveriam e mereciam ser sanadas até o momento foram reconhecidas e excluídas. O processo administrativo fiscal existe justamente para que o contribuinte demonstre algum desacerto do lançamento para que o fisco possa promover sua correção, este é o sentido do artigo 145 c/c o 149, da Lei 5.172/66. Assim, vícios sanáveis não maculam o lançamento de nulidade absoluta e total.

Equivoca-se a recorrente quanto a multa em verdade o artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 9.876/99 e 9.528/95 previa multa variável de 08% a 100% a

depende da situação do crédito – vencido sem inclusão em NFLD; incluindo em NFLD ou inscrito em Dívida Ativa - DA, ou seja, o limite da multa não era 50% como diz a recorrente.

Todavia, a Lei 11.941/2009 alterou tal regra e passou a dispor sobre o assunto de duas formas distintas: a) no caso de atraso, artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009 – 20%; b) no caso de lançamento de ofício, artigo 35-A, da Lei 8.212/91, incluído pela Lei 11.941/2009 – 75%.

No presente caso o lançamento para todos os levantamentos remanescentes são de ofício, pois como consta no DD, de fls. 05 e 06, estão todos classificados como não declarados em GFIP.

Nos autos em questão o lançamento é de ofício. Desta forma, o artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009 fica de pronto excluído.

Consta dos autos, ainda, que o período de lançamento corresponde a 01/ 2005 a 12/2005, assim desta maneira - a princípio - o artigo 35-A, da Lei 8.212/91, incluindo pela Lei 11.941/2009, também, fica excluído, mas até um segundo plano.

No caso em questão a regra a incidir é a do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação anterior a Lei 11.941/2009, ou seja, como estamos falando em lançamento aplicar-se-ia o inciso II, assim a multa ficaria entre 24% a 50%, podendo, ainda, ser aplicado o inciso III, caso o crédito seja inscrito em Dívida Ativa – DA, com faixa de 60% a 100%.

Ocorre que só é possível aferir a norma aplicável quanto o contribuinte optar pelo pagamento ou parcelamento, ainda, que inscrito em DA.

Assim sendo, da conjugação do que acima foi esclarecido a multa deve ser assim aplicada.

Aplicar o artigo 35, II, e suas progressões, da Lei 8.212/91 na redação das Leis 9.876/99 e 9.528/95 antes da redação da Lei 11.941/2009. Neste caso se a multa chegar a 80%, ou seja, alínea “c”, inciso III, do artigo 35, citado, só e somente neste caso deve ser aplicado o novo artigo 35-A, pois aí a multa de 75% passa a ser a mais benéfica, nos termos do artigo 144 c/c o artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66.

Posto isto, e declinados os argumentos acima rejeito as preliminares e no mérito afastado todas as alegações por falta de lastro fático ou jurídico, exceto quanto a aplicação da multa como esclarecido.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, a fim de que seja aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação velha ou artigo 35-A do citado diploma na redação da Lei 11.941/2009 a depender do momento da atitude do contribuinte.

Alerto ao autoridade local da DRF – origem que cópia da peça impugnatória, da peça recursal e do Acórdão deste Conselho devem ser encaminhados ao Ministério Público Estadual – MPE da sede do sujeito passivo ou da sede da delegacia, caso inexistir MPE na sede do sujeito passivo, a fim de que este E. Órgão dentro de suas atribuições constitucionais e legais, caso entenda cabível e necessário apure a suposta conduta desviada dos entes públicos municipais como afirma a recorrente, no que tange as Notas Fiscais Avulsas.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.