



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

Processo nº 10865.720402/2012-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.302 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MECMONT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 30/04/2008

NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Afasta-se a nulidade quando devidamente apresentada a fundamentação legal do lançamento e adequadamente descritos os fatos que ensejaram o lançamento.

SOLICITAÇÃO DE COMPENSAÇÃO.

Não cabe solicitar compensação em fase de contencioso administrativo de crédito em discussão noutro processo.

INCLUSÃO DE DÉBITO EM PARCELAMENTO.

A solicitação de inclusão de débito em parcelamento não é própria da fase do contencioso administrativo.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Marcelo Freitas De Souza Costa, Ivacir Julio De Souza, Maria Anselma Coscrato Dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, Acórdão 14-40.491 da 7ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

A autuação e a impugnação foram assim apresentadas no relatório do acórdão recorrido:

Compõem o presente processo os Autos de Infração de Obrigações Principais – AIOP nº 37.344.433-8, nº 37.344.434-6 e nº 37.344.435-4.

A fiscalização registra no Relatório Fiscal – RF que trata-se de lançamentos incidentes sobre a mão de obra utilizada em obra de construção civil executada pela impugnante, apurada por aferição indireta em decorrência da falta de sua comprovação na documentação apresentada pela empresa. Aduz que o sujeito passivo escriturou em conta do seu ativo imobilizado intitulada “CONSTRUÇÕES EM ANDAMENTO DISTRITO INDUSTRIAL”, pagamentos identificados relativos à construção de 4 barracões de 5m x 12m e com 5 m de altura, totalizando 240 m², sem alvará da municipalidade e projetos arquitetônicos, e que, segundo declaração do contribuinte cuja cópia é parte integrante do presente processo, foi vendido o terreno em maio de 2010, e a edificação seria objeto de demolição pelo adquirente. Informa sobre documentação analisada e pagamentos efetuados a prestador de serviços, sem o destaque da retenção de 11%. Dispõe ainda acerca da emissão de ofício da matrícula CEI da obra e relaciona valores de pagamentos encontrados na contabilidade. Pela ausência de comprovação dos gastos com a edificação, em especial a mão de obra dispendida, foi utilizado o parâmetro da aferição indireta para determiná-la, apresenta legislação que embasa tal procedimento. Traz os critérios de apuração da mão de obra, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa – IN RFB nº 971/2009, apresentando quadro demonstrativo dos valores apurados e demonstrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias aqui lançadas nas competências 01/2008 a 04/2008, conforme RF e anexo Discriminativo do Débito - DD.

Aduz ainda no item 12 do RF sobre o enquadramento do contribuinte como construção civil para determinação da alíquota do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho – RAT no código CNAE específico, que determinou a alíquota 3%. Registra

também a alíquota destinada as entidades terceiras pelo valor de 5,8%, beneficiando FNDE (2,5%), INCRA (0,2%), SESI (1,5%), SENAI (1%) e SEBRAE (0,6%).

Os Autos lavrados referem-se à:

- Auto de Infração de Obrigações Principais – AIOP nº 37.344.433-8, de 05/03/2012, de contribuições referentes à parte da empresa e ao RAT, incidentes sobre os valores de mão de obra apurada por aferição indireta, utilizada em obra de construção civil conforme acima, e que não foram declarados em GFIP. O crédito tributário assim constituído, relativo às competências 01 a 04/2008, importa em R\$ 5.351,84 (cinco mil, trezentos e cinquenta e um reais oitenta e quatro centavos), valor consolidado em 05/03/2012.

- Auto de Infração de Obrigações Principais - AIOP nº 37.344.434-6, de 05/03/2012, no valor de R\$ 1.861,52 (um mil, oitocentos e sessenta e um reais e cinquenta e dois centavos), referente às contribuições dos segurados empregados, incidentes sobre os valores de mão de obra apurada por aferição indireta, utilizada em obra de construção civil conforme acima, e que não foram declarados em GFIP. O lançamento refere-se às competências 01 a 04/2008 e foi consolidado em 05/03/2012.

- Auto de Infração de Obrigações Principais – AIOP nº 37.344.435-4, de 05/03/2012, de contribuições destinadas às entidades terceiras, quais sejam, FNDE – Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE, incidentes sobre os valores de mão de obra apurada por aferição indireta, utilizada em obra de construção civil conforme acima, e que não foram declarados em GFIP. O crédito tributário assim constituído, relativo às competências 01 a 04/2008, importa em R\$ 1.262,04 (um mil, duzentos e sessenta e dois reais e quatro centavos), valor consolidado em 05/03/2012.

Registra que em decorrência da declaração incorreta em GFIP, conforme legislação vigente à época dos fatos geradores, impõe-se a lavratura do respectivo auto de infração, com base na legislação prevista na folha de rosto do Auto de Infração de Obrigações Acessórias – AIOA – CFL 68 nº 37.344.426-5, parte integrante do processo 10865.720398/2012-20, oriundo da mesma ação fiscal e que foi julgado por esta mesma turma na sessão de julgamento de 30/01/2013, Acórdão 14-40.094. Com a edição da MP 449/2008, transformada na Lei nº 11.941/2009, que determinou nova sistemática a ser aplicada no cálculo da multa e em atendimento ao art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, procedeu a fiscalização à comparação de qual multa é menos onerosa ao contribuinte, para as competências até 11/2008, determinando que para as competências objeto daquele AIOA CFL 68, quais sejam, 04 a 06/2007, 10/2007, 01 a 03/2008

e 08 a 11/2008, a multa trazida pela legislação vigente até a publicação da MP 449/2008 é mais benéfica à impugnante e lavrou-se o citado AIOA CFL 68, além de aplicar nessas competências a multa de mora de 24% nos AIOP conexos. Já nas demais competências, incluindo 04/2008, a multa de ofício prevista na legislação introduzida pela MP é mais benéfica e aplicou-se nos AIOP lançados na mesma ação fiscal a multa de 75%. Para o AIOP relativo à entidades terceiras, aplica-se a multa de 24% em todas as competências. Traz a legislação que embasa toda a comparação e as respectivas multas aplicáveis, além de planilha demonstrativa.

Tudo conforme descrito no Relatório Fiscal - RF do presente processo.

Relaciona ainda os documentos examinados durante o procedimento de fiscalização, os anexos que compõem o presente processo e os débitos lançados nesta a ação fiscal.

A autuada, cientificada do lançamento, apresenta impugnação tempestiva, alegando, em síntese, que:

- Entende ser indevida a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito –NFLD da forma como fora lavrada, bem como serem inconstitucionais e ilegais as exações levantadas.

- **Nulidade do lançamento por imprecisão da capitulação legal** –Cerceamento de defesa. A fiscalização omitiu a fundamentação legal em que baseou a imposição tributária, bem como omitiu a descrição da matéria tributável, resultando totalmente nula tal exigência. Limitou-se tão somente a anexar relação confusa, genérica e imprecisa da legislação que rege as contribuições ao INSS, não correlacionando os dispositivos com a matéria glosada. Violou com isso o contido no art. 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972, transcreve-o. Cita doutrinadores, inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, discorre fartamente sobre o tema. Traz jurisprudência administrativa. Requer o cancelamento da NFLD, em decorrência do comprometimento ao contraditório.

- **Prejudicial de mérito – Decadência/Prescrição:** A NFLD foi lavrada em 05/03/2012, invoca que todos os lançamentos anteriores aos 5 anos sejam considerados prescritos. Cita art. 173 inciso I, do CTN, transcreve-o. Dispõe robustamente sobre o tema, como a decadência já está tratada em lei complementar tributária – CTN, art. 173 e é de cinco anos, não há que se falar no prazo do art. 45 da Lei nº 8.212/91. Pleiteia que se reconheça a caducidade dos créditos levantados pela fiscalização, extinguindo-os.

- **Abuso do Poder Discrecionário.** A autuação, se lavrada sobre uma contribuição caducada há mais de 5 anos, resulta num verdadeiro abuso por parte da fiscalização. Discorre fartamente sobre a teoria do abuso do direito.

- **Afronta da Lei nº 8.212/91 aos princípios da legalidade genérica e estrita legalidade.** Trata na seqüência da condição de segurado obrigatório da Previdência Social do transportador autônomo e de sua contribuição, traz artigo desta Lei, do Decreto nº 3.048/99, da Portaria nº 1.135/2001 do MPAS, conclui que só lei pode fixar aspectos essenciais da hipótese de incidência, cita doutrinadores. Dispõe ainda que a referida Portaria não respeitou o princípio da anterioridade de 90 dias para as contribuições de seguridade.

- **Das compensações realizadas pela impugnante** – lisura e correção dos procedimentos. Dispõe acerca da contribuição previdenciária incidente sobre pró-labore e autônomos, de que a impugnante já possui judicialmente o reconhecimento da inconstitucionalidade das contribuições referidas, bem como o direito de compensar, desde que o faça com contribuições devidas pelo mesmo contribuinte. Cita Lei 8.383/91, trata da correção monetária e Ordem de Serviços emitidas pelo INSS que estipulou regras para se proceder a compensação em questão. Requer que se refaçam os cálculos, homologando as compensações realizadas.

- Das verbas relativas a terceiros:

* **Das contribuições ao SAT – Seguro Acidente de Trabalho – Afronta aos princípios da legalidade genérica e estrita legalidade.** Cita e transcreve artigo da Lei nº 8.212/91, aduz que a lei não estabeleceu o conceito de atividade preponderante, nem de risco leve, médio ou grave, elementos essenciais e necessários à cobrança desta contribuição, tendo dessa forma sido afrontado o princípio da legalidade. Há necessidade de edição de lei tornando o tipo em tela fechado. Impossibilidade do Poder Executivo suprir lacunas de lei por meio de Decreto. Foi editado o Decreto 612/92 indicando o alcance do termo atividade preponderante.

A lei sendo omissa, não cabe ao Poder Executivo suprir a lacuna legal existente. Cita doutrinadores. As alterações pretendidas pelo Decreto 2.173/97 e pela Orientação Normativa 2/97. Discorre fartamente acerca destes atos normativos, concluindo pela sua inconstitucionalidade. Reconhecimento jurisprudencial. Remansosa é a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que o grau de risco afeto às atividades desenvolvidas por funcionários de empresa deve compatibilizar com as funções e os locais onde são desenvolvidas as atividades. Cita jurisprudências.

* **Da contribuição a título do INCRA – Ilegalidade.** Aborda de forma ampla o tema e conclui que a exigência em questão é ilegal porque não há qualquer respaldo jurídico para a sua cobrança, seja pela atual Constituição, seja pela legislação inferior, e ainda, por inexistir relação jurídico tributária a permitir sua manutenção, tendo em vista que o destinatário da contribuição não tem qualquer vínculo com a previdência ou assistência social.

Trata ainda da duplicidade do fato gerador, da não-cumulatividade, da quebra da equidade pela ofensa ao art. 194,

parágrafo único, IV, da CF e do adicional como verdadeiro imposto.

*** Da contribuição ao SEBRAE – Inconstitucionalidade/Ilegalidade.**

Discorre sobre o tema, concluindo que não há justificativa à exigência da contribuição ao SEBRAE, posto que criada sem autorização constitucional e incidente sobre folha de salários, mesmo não sendo destinada ao custeio da seguridade social. Discorre ainda sobre a necessidade de Lei Complementar para sua instituição, sobre a ausência de contraprestação pelo recolhimento do SEBRAE, sobre a natureza das atividades da impugnante, já que o SEBRAE é um adicional, uma simples majoração das alíquotas previstas no DL nº 2.318/86 (SESI, SENAI, SESC e SENAC), que foi instituída a cobrança do SEST e SENAT, desvinculando as empresa transportadoras do Sesi e SENAI.

*** Das contribuições ao SEST e SENAT – inconstitucionalidade / ilegalidade.** *Não foi instituída por lei complementar e não se encontra prevista no art. 149 da CF uma nova contribuição para-fiscal.*

- Do efeito confiscatório da multa cominada. *Na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito a fiscalização lançou uma pesada multa pelo pretenso descumprimento de obrigações tributárias. Não havendo conduta ilícita, não há razão para imposição de multas.*

Traz jurisprudências sobre caráter confiscatório da multa aplicada em outros processos. Ainda que a multa aplicada esteja prevista em legislação específica, tal como no presente caso, assume caráter nitidamente confiscatório desrespeitando ao Princípio do Não-Confisco, previsto na Constituição Federal.

- Inaplicabilidade da Taxa Selic *como índices de juros sobre o débito de tributos e contribuições sociais federais. Discorre fartamente sobre o tema, sobre características da Taxa Selic, traz jurisprudência, aduz que a Selic padece dos mesmos vícios da TR, transcreve parecer da Procuradoria Geral da República sobre a TR, que a fixação de tais valores feita pela União resulta em confisco do patrimônio do devedor e fere os princípios constitucionais da moralidade e vedação ao enriquecimento sem causa, da propriedade e do não confisco de tributos. Fica claro pelo exposto a inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic como juros de mora, por se tratar de taxa de remuneração de aplicação no mercado financeiro.*

- Do crédito de restituição de contribuições previdenciárias retidas.

Tramita na Receita Federal do Brasil - RFB o processo nº 35408.000716/2003-60, referente à restituição de retenção (Lei nº 9.711/98) no valor original de R\$ 146.713,64. A auditoria fiscal da Previdência Social em 28/08/2003, reconheceu a

procedência parcial pelo montante de R\$ 141.777,94, relaciona os valores por competência, de 08/2002 a 12/2002. Caso o temerário expediente traga qualquer sanção, cabem ser compensados os créditos já reconhecidos. Relata histórico da empresa.

- Do REFIS 2009 aderido, o qual permitia a inclusão das retenções dos funcionários. A impugnante optou pelo parcelamento da Lei nº 11.941/2009, no âmbito da PGFN, apenas não informou a totalidade dos débitos porque se utilizou dos próprios lançamentos abrangidos pela opção de parcelamento emitido pelo relatório da Fazenda. Assim, diante do equívoco verificado na época, pela não consolidação dos lançamentos, requer a inclusão de todos os débitos não incluídos no relatório, exigindo-se a suspensão dos mesmos com a homologação da inclusão dos mesmos no parcelamento.

- Das GFIP entregues com supressão de informações. A impugnante não reconhece o reenvio de informações na entrega de GFIP, com redução de contribuições previdenciárias, conforme descrito nos processos 10865.720398/2012-20 e 10865.720399/2012-74. Tendo enviado GFIP com informações corretas, dispõe que não partiu da empresa auditada o noticiado reenvio, requerendo por tais razões, a conversão em diligência (prova pericial) para que se verifique o ID do computador que reenviou tais informações. A impugnante ficou surpresa com o resultado levantado pela Auditoria, e que esse procedimento teria o propósito da obtenção de CND. Para obtenção de uma CND bastaria parcelar o débito, e se não houvesse sufrágio financeiro, após a obtenção de CND positiva com efeitos negativos, poderia deixar de pagar, obtendo o mesmo resultado, sem cometimento de ilícitos, caso fosse o impugnante portador de más intenções. Reforça a necessidade de se verificar a origem dos envios de novas GFIP, discorre a respeito, trata do crime de sonegação fiscal, concluindo que necessário se faz atender ao requerimento de perícia nos computadores da impugnante, onde poderá facilmente ser averiguado que não foram os sócios ou o contador da impugnante que efetuou as alterações em GFIP, bem como uma auditoria interna na Autarquia para verificar como e de que forma foram supostamente adulteradas as informações fiscais do contribuinte.

- Requer a nulidade do AI em comento, pela ausência da correta capitulação legal, o que implica em cerceamento de defesa. Acaso seja ultrapassada a preliminar argüida, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, requer a total desconstituição da exigência impugnada, reconhecendo-se a inexigibilidade da multa hostilizada em atendimento às razões anteriormente expostas e a não aplicação da taxa Selic.

Não se reconhecendo os pedidos anteriores, que sejam reconhecidos os créditos existentes compensando-os com eventuais débitos consolidados. Requer ainda a inclusão da totalidade dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009, no âmbito da PGFN, porque não foram incluídos por razões alheias ao impugnante. Requer ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente a prova pericial, requerendo posterior formulação de quesitos e

indicação de assistente técnico. Em especial, no tocante a prova pericial, requer seja periciado o equipamento que emitiu o reenvio de GFIP, logrando verificar a origem e autoria do mencionado reenvio, através de pesquisa do IP do equipamento, requerendo prazo para apresentação dos quesitos a ser apresentado ao ilustre “expert”.

É a síntese dos autos.

O voto condutor da decisão da DRJ observa que alguns pontos abordados na impugnação não se aplicam a este processo, tais como: transportador autônomo; SEST e SENAT; contribuição incidente sobre autônomos e pró-labore declaradas inconstitucionais e sua compensação e decadência.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega/questiona, em síntese:

- Nulidade. Imprecisão na capitulação legal.
- Crédito de restituição de contribuições retidas, processo 35408.000716/2003-60, indeferido, porém co recurso. Solicita suspensão do presente processo até decisão definitiva daquele, pra então se efetuar a compensação.
- Aderiu ao REFIS 2009 (Lei 11.941), que permitia a inclusão de retenções. Requer inclusão no parcelamento.

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

NULIDADE - CAPITULAÇÃO LEGAL E DESCRIÇÃO.

A recorrente alega cerceamento de defesa por entender imprecisa a capitulação legal e a descrição da matéria tributada.

Não concordo com a recorrente.

Entendo que os fatos estão bem descritos no Relatório Fiscal.

Pra a questão da fundamentação legal, cada Auto de Infração de obrigação principal contém seu relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD e o auto de infração de obrigação acessória contém especificação do dispositivo legal infringido, da multa aplicada e da gradação da multa.

Não percebi imprecisão.

CRÉDITO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES RETIDAS.

A recorrente alega possuir crédito de restituição de contribuições retidas, processo 35408.000716/2003-60. Informa adicionalmente que a restituição foi indeferida, porém foi apresentado recurso. Solicita suspensão do presente processo até decisão definitiva daquele, pra então se efetuar a compensação.

Conforme colocado pela própria recorrente, trata-se de outro assunto, discutido noutro processo.

Não cabe misturar as coisas. O que se discutirá neste processo são os autos de infração aqui presentes. Também não cabe suspender este processo.

Para a solicitação de compensação, essa questão deve ser tratada fora deste contencioso administrativo.

REFIS – LEI 11.941/2009

Alega a autuada que optou pelo parcelamento da Lei nº 11.941/2009, no âmbito da PGFN, e que apenas não informou a totalidade dos débitos porque se utilizou dos próprios lançamentos abrangidos pelo relatório da Fazenda, não tendo, portanto, sido incluídos todos os seus débitos no parcelamento.

Requer, no recurso, já o tendo requerido na impugnação, a inclusão dos débitos no parcelamento.

Não pode ser atendido o pleito da recorrente.

A solicitação de inclusão de débito em parcelamento não é processada no contencioso administrativo.

CONCLUSÃO

Voto por negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari