



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

Processo nº 10909.004278/2007-61
Recurso nº 159.986 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.185 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ITAPINUS INDUSTRIA E COMERCIO DE MADEIRAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/08/2007

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA.RETENÇÃO.BASE DE CÁLCULO.

Nas hipóteses da ocorrência de retenção de 11% de valores pagos pelos contratantes aos prestadores de serviços com cessão de mão-de-obra, as bases de cálculo observaram, também, o comando dos §§7º e 8º do art. 219 do Decreto 3048/91.

PROVA PERICIAL.

Conforme facultado no art. 29 do Decreto 70.235/72, “na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias”. Portanto, é prerrogativa do julgador requerer diligências para obter prova pericial se as entender necessárias..

PROVA DOCUMENTAL

Em razão do prazo decorrido desde a data do Acórdão de primeira instância, 30 de maio de 2008, transcorreu-se tempo mais do que suficiente para a juntada de novos documentos que descabendo conceder novo prazo para fazê-lo.

MULTA DE MORA.

Documento assinado digitalmente conforme a Lei nº 11.343/2006 e a Lei nº 11.344/2001

Autenticado digitalmente em 04/12/2013 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 04/12/2013

3 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 26/12/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 03/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Na forma da redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941, de 2009, às obrigações inadimplidas anteriores às alterações então introduzidas, seriam acrescidas de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA MAIS BENÉFICA.

O artigo 106, “c” , do Código Tributário Nacional - CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna

Autuação lavrada por ofensa à legislação vigente capitulada nos incisos I, II e III do art. 35 anterior a nova redação dada pela Lei nº 11.941, sendo mais benéfico o novo comando, o cálculo da multa de mora há que se submeter ao preceituado último.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em preliminar: por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer a decadência até 09/2002, inclusive, em conformidade do art. 150 do CTN. No mérito: 1) Por unanimidade de votos em dar provimento ao recurso para: a) Exclusão das empresas optantes pelo SIMPLES. b) Ajuste conforme planilha Anexo III- da diligência. 2) Por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso, determinando o recálculo da multa de mora, de acordo com o disciplinado no artigo 35, da Lei nº 8.212, na redação dada pela Lei nº 11.941, limitando a 20%, vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa.

CARLOS ALBERTO MESS STRINGARI - Presidente.

IVACIR JÚLIO DE SOUZA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Compulsei com os autos o relatório do voto de primeira instância e, tendo corroborado os registros, complementei com as demais ocorrências surgidas a partir do fim de seu relato que abaixo o reproduzo:

“ Por meio da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 37.060.2897, às folhas 01, e anexos, foi exigido do contribuinte, acima qualificado, a importância de R\$ 1.349.456,26 (um milhão e trezentos e quarenta e nove mil e quatrocentos e cinquenta e seis reais e vinte e seis centavos), consolidado em 10 de outubro de 2007, que, de acordo com o Relatório Fiscal e anexos de fls. 243/335, refere-se às contribuições sociais correspondente à retenção de onze por cento sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de serviços contratados mediante cessão de mão-de-obra, prevista no art. 31 e parágrafos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998, c/c o art. 219, §§ 2º e 3º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto IV 3.048, de 06 de maio de 1999, não retidas ou parcialmente retidas pela notificada quando da quitação das respectivas notas fiscais, no período de 07/99 a 08/2007.

A base de cálculo para retenção foi apurada com base:

- (a) valor bruto das NF relativas exclusivamente à mão de obra;*
- (b) valor bruto das NF em que constam destacados valores referentes a reembolsos não contemplados pelo art. 219, §§ 7º e 8º do RPS e art. 152 da IN SRP IV 3/2005, art. 161 da IN INSS/DC nº 100/2003 e art. 105 da IN INSS/DC nº 71/2002;*
- (c) valor declarado nas NF como relativo à mão-de-obra nos casos em que a empresa apresentou contrato conforme previsto no art. 219, §§ 7º e 8º do RPS e art. 158 da IN INSS/DC 100/2003;*
- (d) 50% do valor bruto das NF em que consta o destaque de reembolso referente à utilização desgaste de equipamento utilizados para os quais a empresa apresentou contrato conforme previsto pelo art. 219, §§ 7º e 8º do RPS e art. 150 da IN SRP nº 3/2005, art. 159 da IN INSS/DC nº 100/2003 e art. 105, inciso III, e art. 106 da IN INSS/DC nº 71/2002;*
- (e) 50% do valor bruto das NF de locação de equipamentos (empilhadeira) com operador conforme estabelecido em contrato na forma do art. 219, §§ 7º e 8º do RPS e art. 146, inciso XVI combinado com o art. 150, inciso I, combinado com o art. 170, inciso XV, da IN SRP nº 3/2005, art. 155, inciso XVI, combinado*

com o art. 159, inciso I, combinado com o art. 179, inciso XII, da IN INSS/DC nº 100/2003.

Esclarece, ainda, o REFISC que nas notas fiscais relacionadas no Anexo IV, o prestador de serviços não efetuou o destaque da retenção e, no Anexo V, o destaque foi parcialmente efetuado. No caso de ter havido destaque, retenção e recolhimento a menor, o crédito lançado

corresponde ao total da retenção devida menos a recolhida, conforme demonstrado no Anexo III, na coluna "recolhido".

Os valores das notas fiscais foram verificados na contabilidade, exceto no período de 04/2002 a 12/2003, em razão da falta de apresentação dos livros Diário e Razão. No campo "fonte", dos anexos, estão relacionados onde foram obtidos os valores de base de cálculo de cada nota fiscal de prestação de serviços.

Anexo ao REFISC encontram-se os seguintes documentos:

(a) Anexo I fls. 248, contém a relação nominal e CNPJ dos prestadores de serviços, em ordem alfabética;

(b) Anexo II fls.

249, contém a relação dos prestadores de serviços, em ordem pelo if do CNPJ;

(c) Anexo III fls.250/291, contém o demonstrativo das notas fiscais e correspondentes bases de cálculo;

(d) Anexo IV - fls. 292/319, contém o demonstrativo das notas fiscais sem destaque da retenção;

(e) Anexo V - fls. 320/335, contém o demonstrativo das notas fiscais com destaque e retenção.

(O Anexo VI - fls. 337/366, contém cópias dos contratos de prestação de serviços celebrados com as empresas: Maria Assunta Mainardi -ME; Rocape Transporte e Beneficiamento de Madeiras Ltda; Tropical Locação e Manutenção de Empilhadeiras; Antonio Carlos Isá de Souza - ME; Valdir Vieira Portilho; Rodrigo Neto dos Santos; Jackson Luiz Piovezan; e Reni Moraes Pereira ME.

Inconformado com o lançamento, o sujeito passivo, por intermédio de procuradora constituída, fls. 418, apresentou a impugnação de folhas 382/393, requerendo a improcedência da notificação. Alega, em síntese, que:

(a) decaiu o direito do INSS lançar as contribuições relativas às competências anteriores a outubro de 2002, conforme reza o art. 173 do CTN;

(b) não se aplica ao caso o art. 45 da Lei nº8.212/91, com o prazo decadencial de dez anos e não de cinco, porque tal dispositivo é inconstitucional;

(c) o artigo 146 da Constituição Federal estabelece que compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de

legislação tributária, especialmente sobre, dentre outras matérias, prescrição e decadência;

(d) o Código Tributário Nacional foi recepcionado como lei complementar porque trata de matéria hoje reservada a essa espécie normativa, já a Lei nº 8.212/91, não se presta a regular tal matéria por ser lei ordinária;

(e) a jurisprudência em âmbito judicial é farta no reconhecimento do prazo decadencial de cinco anos para o lançamento de contribuições previdenciárias;

(l) também a jurisprudência em âmbito administrativo, notadamente a do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, vem de há muito reconhecendo que as autoridades administrativas não só podem como devem observar as decisões judiciais reiteradas em seus julgamentos, notadamente quando digam respeito à inconstitucionalidade de normas;

(g) é indiscutível a obrigatoriedade da empresa contratante de reter 11% do valor bruto das notas fiscais. Todavia, discorda do entendimento do Auditor Fiscal que desconsiderou os percentuais pactuados entre as partes, referentes ao fornecimento de material e utilização de meios mecânicos e o da mão-de-obra, aplicando percentuais diferentes;

(h) mesmo que nem a impugnante, nem os terceiros tivessem pago os valores devidos, como há contrato estipulando os percentuais de 70 e 30%, não poderiam ter sido desconsiderados os percentuais pactuados, devendo observar os §§ 70 e rdo art. 219 do RPS;

(i) houve o recolhimento por parte dos terceiros conforme comprovam guias de recolhimento anexadas a impugnação;

(j) são anexados aos autos contratos que não haviam sido apresenta os à fiscalização e que pactuam o percentual de 70 % para os materiais.

Ao final requer que lhe seja oportunizada a juntada de novos documentos que venham ser localizados, e prova pericial para comprovar o efetivo recolhimento das contribuições objeto dos documentos anexo. Indica perito e formula o seguinte quesito: "diga a pericia se os documentos anexados a esta impugnação, e demais documentos que sejam apresentados pela Impugnante até a data da realização dos trabalhos, correspondem e fazem prova do recolhimento de valores lançados de ofício na NFLD ora impugnada"

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.47, a 5ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Florianópolis - (SC) - DRJ/FNS, em 03 de junho de 2011, exarou o Acórdão nº 07-24.767, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.1039 onde reiterou as alegações que fizera em instância “*ad quod*”.

Analisado o recurso e a decisão de primeira instância, este Colegiado, na forma do voto de minha relatoria, resolveu converter o julgamento em Diligência conforme registra o documento de fls. 1.076, nº 2403000.025, datado de, 24 de agosto de 2011.

Participaram da sessão, além de mim, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

O retorno da Diligência suscitou nova intimação ao Recorrente que diante das informações fornecidas pelo Auditor que as providenciara às fls. 1.167, não satisfeita, às fls. 1.180, reiterou de forma sumária, os argumentos já trazidos à colação quando da interposição do Recurso Voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

DOS §§ 7º E 8º DO ART. 219 DO RPS

Em sede de impugnação, na peça interposta a então impugnante alegou que:

*“(h) mesmo que nem a impugnante, **nem os terceiros tivessem pago os valores devidos, como há contrato estipulando os percentuais de 70 e 30%, não poderiam ter sido desconsiderados os percentuais pactuados, devendo observar os §§ 7º e 8º do art. 219 do RPS;**”*

Às fls 1.017, na condução do voto *a quo*, aludindo os §§ 7º e 8º, retro, a I. Relatora registrou que “impõe a **condição irrenunciável** de que para a contratada se utilizar **da faculdade de deduzir** os valores correspondentes ao uso de equipamentos, **deve relacioná-los** em nota fiscal, fatura, **além da previsão** contratual.” :

“ Além disto, nos §§ 7º e 8º, do mesmo artigo, impõe a condição irrenunciável de que para a contratada se utilizar da faculdade de deduzir os valores correspondentes ao uso de equipamentos, deve relacioná-los em nota fiscal, fatura ou recibo além da previsão contratual. Coube ao Fisco, então, somente a hipótese de normatizar situações em que não exista a previsão contratual dos valores correspondentes ao uso de material ou equipamentos...”

As diversas Instruções Normativas sobre a matéria tiveram o condão de causar certo ruído gerando interpretações tais como a em tela. Aduz que o Decreto 3.048/99 , Regulamento da Previdência Social, sendo diploma legal e de hierarquia superior às Instruções Normativas, à luz do comando nele inserto, merece pois ser corrigida a interpretação que foi dada aos termos “**facultada**” e **a obrigação de relacionar**.

Nos termos do §7º, na contratação de serviços em que a **contratada se obriga a fornecer material** ou dispor de equipamentos, o que **fica facultado ao contratado é a discriminação** do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado. Logo, **por ser ‘uma faculdade**, o contratado pode sim renunciar e deixar de fazê-lo, *verbis*:

*“§7º, Na contratação de serviços em que a **contratada se obriga a fornecer material** ou dispor de equipamentos, **fica facultada ao contratado a discriminação**, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, **que será excluído da retenção**, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado.”*

Cometeu também equívoco a instância *a quo* ao deduzir que na falta de registro expresso na nota fiscal - que foi visto tratar-se de uma faculdade do contratado - o limite mínimo tomado como base de cálculo para aplicação dos percentuais de 11% seriam os ora aplicados no lançamento em comento.

Na interpretação literal do comando do § 8º do sobredito art. 219, consta que tal procedimento será levado à termo na hipótese de NÃO HAVER PREVISÃO CONTRATUAL dos valores correspondentes a material ou a equipamentos, *verbis*:

*“ §8º Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social normatizar a forma de apuração e o **limite mínimo** do valor do serviço contido no total da nota fiscal, fatura ou recibo, quando, na hipótese do parágrafo anterior, **não houver previsão contratual** dos valores correspondentes a material ou a equipamentos.”*

Às fls. 337/367, o Auditor Fiscal colacionou contratos de algumas prestadoras. Abaixo destaquei uma delas com resumo do objeto dos contratos que pode-se considerado um padrão utilizado para todos os demais apresentados nos autos :

“- MARIA ASSUNTA MAINARDI ME

1.1. carregamento de toras nos veículos autorizados, e

1.2. serviços de transporte de toras da FLORESTAL RIO LARGO LTDA, às serrarias autorizadas pela ITAPINUS INDUSTRIA E COMERCIO DE MADEIRAS LTDA.

3.2. transporte de toras de madeira: R\$ 11,55 por tonelada

Parágrafo Único: Os valores mencionados nessa cláusula serão pagos seguindo os percentuais:

b)Pela mão de obra de corte, carregamento e desbaste 30% (trinta por cento)

10. A responsabilidade por todo e qualquer ato das pessoas que estiverem por sua ordem em serviço nas florestas será da CONTRATADA, independentemente de culpa ” (grifos de minha

Às fls 1.022, na condução do voto a instância a quo , enfrentando a questão dos 30% referente a mão de obra , assim se manifestou:

*“Da análise do discriminativo das notas fiscais, que constitui o Anexo III do REFISC, fls. 250/291, observa-se que **a maioria das notas fiscais** emitidas até meados de 2006, não discrimina o valor da mão-de-obra e dos equipamentos/materiais, razão pela qual, **independentemente de ter sido apresentado o contrato à fiscalização, ou na impugnação, o percentual a ser aplicado sobre estas notas fiscais é de 100% sobre o valor bruto das mesmas.**”*

Embora I. Relatora tenha destacado no item (j) de seu Relatório que constam anexados aos autos contratos que não haviam sido apresentado à fiscalização e que pactuam o percentual de 70 % para os materiais, ao corroborar o lançamento sem observar os percentuais de 30 % para mão-de-obra contratualmente previstos nos contratos, impôs reformar a decisão e proceder a correção dos créditos constituídos utilizando base de cálculo diferente do comando legal.

Desse modo, o valor base para efetuar a retenção do percentual de 11%, será o obtido mediante cálculo dos 30% do montante descrito nas notas fiscais sobre cujo resultado incidira a sobredita retenção.

Na forma do contrato social, o objeto da Recorrente é a exploração de florestas próprias e de terceiros, industrialização de toras de madeiras brutas e a exportação de madeiras e artefatos, sendo que a extração e manejo da matéria-prima e de desdobramento são feitos mediante contratação de mão-de-obra de terceiros.

Assim, não se tem dúvidas da obrigação de efetuar as retenções e recolhimentos legais quando dos pagamentos realizados às empresas contratadas na condição de prestadoras dos sobreditos serviços.

A questão de fundo trata dos percentuais relativos à dedução da base de cálculo na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros.

A Recorrente alega que vinha deduzindo, da base de cálculo dos valores sujeitos à retenção de 11%, conforme pactuado no contrato celebrado com as empresas prestadoras de serviços, por força das despesas referentes à utilização de seus próprios equipamentos (trator, muck, .motoserra, etc.), o percentual de 70% (setenta por cento) do valor da nota fiscal.

Neste recurso, irredigida com o lançamento e a decisão *a quo*, a Recorrente reitera que a Autoridade autuante ignorando o disposto nos contratos firmados pela Recorrente e seus prestadores de serviço, calculou da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) do valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços em que consta o destaque do reembolso referente à utilização e desgaste de equipamento utilizado para os quais a empresa apresentou

contrato de Cessão de mão-de-obra e 50% (cinquenta por cento) do valor bruto das notas fiscais de locação de equipamentos (empilhadeira) com operador.

Concluiu exortando que como há contrato estipulando os percentuais de 70 e 30%, a Autoridade Fiscal não poderia ter desconsiderado o pactuado entre as partes e lançado o valor a ser retido com base de cálculo em percentuais de 100%.

DOS VALORES PAGOS NÃO RELATIVOS A SERVIÇOS CONTRATADOS

A Recorrente alegou , ainda , que foram **constituídos créditos sobre valores não relativos ao pagamento a prestação de serviços** e que tal ocorreu porque a autoridade fiscal simplesmente tomou como base de cálculo da contribuição lançada de ofício valores outros, lançados no conta-corrente do fornecedor, relativos a **outras operações**, inclusive de crédito (meramente financeiras), de modo que há um manifesto excesso de lançamento, e absurda ilegalidade, derivados do equivocado procedimento de lançar INSS com base em relatórios de **razões contábeis**. **Ressalte-se que a afirmação não veio acompanhada de elementos probantes** apontando efetivamente quais foram os lançamentos e os equívocos cometidos. **Neste sentido não há como dar provimento ao arrazoadado.**

DO ERRO FORMAL NA EMISSÃO DAS NOTAS FISCAIS.

Produziu tese amparada na hipótese de a falta de registro dos valores da mão-de-obra utilizada não ter sido destacada em nota fiscal ser encarada como mero erro formal o qual não pode contribuir para obliterar a verdade material estabelecida no pacto contratual. Colacionou decisão da Câmara Superior deste Egrégio Conselho que , a seu juízo, tem a mesma essência e corrobora seu entendimento, *verbis*:

"INCENTIVO FISCAL ÀS EMPRESAS INSTALADAS NA ÁREA DA 'SUDAM'. IRPJ - GLOSSA.

Erro formal no preenchimento da declaração de rendimentos não autoriza a glosa dos benefícios fiscais".

(Câmara Superior do Conselho de Contribuintes, Recurso 115693, rel.Edwal Gonçalves dos Santos, Sétima Câmara, julgado em 17/02/1998).

A decisão colacionada, por ser caso específico e individual, não se presta para anuir identidade de objetos posto que não se pode admitir que , como no caso em comento, as várias empresas prestadoras de serviço quando da emissões das inúmeras notas fiscais tenham cometido erro formal coletivo. **Descabe pois dar provimento a tese.**

DA PROVA DOCUMENTAL

A Recorrente reitera o pedido e alega que requereu em sede de impugnação, em nome do principio da verdade material, que lhe fosse oportunizada a juntada de novos documentos que seriam de ser ainda localizados, **o que foi indeferido**. Quanto a isso, considerando que a decisão que lhe negou deferimento ocorreu em **30 de maio de 2008**,

daquele momento até o presente, transcorreu-se tempo mais do que suficiente para a juntada dos tais novos documentos que, eventualmente, poderiam ser admitidos para análise da verdade material no presente recurso. Não o fez. **Assim a alegação resta desprovida de sentido real.**

DA PROVA PERICIAL

A recorrente reclama, também, de que o acórdão ora recorrido **indeferiu pedido de prova pericial** e que portanto restaria nula tal decisão, por cerceamento de defesa.

Neste sentido cumpre destacar que **os argumentos trazidos à colação**, desde em sede de impugnação, muito embora as planilhas preparadas pela Autoridade lançadora oferecessem tal condição, não apontaram efetivamente, à luz de elementos probantes, mesmo que por simples amostra, quais lançamentos estavam maculados pelos erros de molde a suscitar tal perícia.

Na forma dos mesmos sobreditos argumentos, considerando que a decisão que lhe negou deferimento ocorreu em **30 de maio de 2008**, daquele momento até o presente, transcorreu-se tempo mais do que suficiente para providenciar tais evidências que exibiriam ao relator pelo menos fumaça de bom direito o que não se materializou em face da precária e não sustentada argumentação trazida à colação.

O comando do art. 29 do Decreto 70.235/72, aduz que para formar sua convicção, a Autoridade julgadora tem prerrogativa legal para determinar diligências, se as entender necessárias, *verbis*:

“Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias” (grifos de minha autoria)

Desse modo, entendendo que pela razões trazidas à colação, descabe diligenciar no sentido de requisitar PROVA PERICIAL. Assim, **não dou provimento ao solicitado.**

DA RESOLUÇÃO

Na conclusão da Resolução que converteu o julgamento em diligência foi requerido verificar o abaixo transcrito:

*“Diante de tudo que foi exposto, na forma do art. 29 do Decreto 70/235/72, voto pela **CONVERSÃO** do julgamento EM DILIGÊNCIA, para que se procedam às providências sobre a retificação do cadastramento do débito na questão da solidariedade; verificar as informações disponíveis relativas ao contratado, **se houve ou não ação fiscal com exame de contabilidade contra este e se os créditos referentes a prestação de serviço ora tributada não foram objeto de lançamento contra a contratada**;*

Confrontar os contratos à luz dos parágrafos 7º e 8º do RPS e conceder o direito estritamente na forma daqueles comandos;

Reexaminar a decisão do Acórdão 0712.714 exarado pela 5ª Turma da DRJ/FNS/FLORIANÓPOLIS (SC) quanto a retificar as exclusões dos créditos já retificados.

Do resultado da diligência, antes de os autos retomarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.”

DA INTIMAÇÃO DA DILIGÊNCIA

Ao ser intimada da diligência a Recorrente alegou que mesmo **com os recálculos determinados**, o auto manteve os valores anteriores a 2002, por este motivo, conforme já referido nas manifestações anteriores. Reiterou que é necessário o cancelamento da NFLD relativa a **valores já recolhidos pelos terceiros** aos valores lançados sobre **outras operações havidas com os fornecedores**, que não pagamento por serviços prestados, sejam considerados os percentuais pactuados entre a Recorrente e os terceiros, de forma que sejam deduzidos 70% de materiais das notas fiscais.

DA RESPOSTA DA DILIGÊNCIA

Às fls. 1.165, o Auditor responsável pela condução da diligência produziu planilha onde destaca os percentuais de 30 % de mão de obra e às fls. 1.169, **registra que houvera produzido recálculo** na forma do indicado na Resolução ou seja considerando as bases de cálculo com 30 %

Sobre os valores “já recolhidos por terceiros”, às fls. 1.167 o Auditor que efetuou a diligência respondeu que verificara nos sistemas **se as prestadoras** arrolados no presente lançamento sofreram ação fiscal no período cujo resultado pudesse significar duplicidade uma vez que adimplidas suas obrigações para com o fisco, desnecessário seria constituir créditos via retenções eventualmente não efetuadas.

A resposta foi negativa **logo os argumentos da Recorrente não procedem** posto que os recolhimentos feitos pelas prestadoras não foram submetidos a ações fiscais dando por adimplidas suas obrigações.

Às fls 1.169, o Auditor Fiscal destacou os contratos apresentados que justificariam ser alteradas as bases **DE ACORDO COM DETERMINAÇÃO JUDICIAL**. Relevante ressaltar que a alusão a hipotética determinação judicial é estranha aos autos.

Concluiu informando **que refizera os cálculos** na forma final apresentada na planilha denominada ANEXO 3 resultando novos valores originais de R\$ 742.667, 53. Ressaltou que a sobredita planilha denominada **CORREÇÕES EFETUADAS PARA ATENDER O COMANDO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS – SEGUNDA SESSÃO DE JULGAMENTO**, trata-se de planilha final.

Destacou que não foram retirados os valores abrangidos pela decadência.

Muito embora a manifesta planilha supra , **cumprir notar que não consta nos autos que tenha sido procedidas efetivas retificações dos lançamentos nos sistemas.**

DA MULTA

As fls. 01 se observa que a empresa fora penalizada com **multa de mora**

A infração ocorrera no período 07/99 a 08/2007 .Aduz que no Relatório de Fundamentos Legais do Débito – FLD , às fls.168, no item, 601 – Acréscimos Legais da Multa, a multa moratória fora aplicada com a previsão nos incisos I, II e II do art. 35 da Lei nº 8.212/91

Na forma da **redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 11.941, de 2009**, às obrigações inadimplidas anteriores às alterações então introduzidas, seriam acrescidas de **multa de mora** e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 *verbis* :

“Art.35 . Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”

Anterior ao sobredito comando, vigiam os incisos I, II, e III do art. 35 na forma abaixo transcrita:

*“Art. 35. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997, sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, **incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Restabelecido pela nº 9.528, de 1997)*

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento: (Restabelecido pela nº 9.528, de 1997)

*a) **quatro por cento**, dentro do mês de vencimento da obrigação; .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*b) **sete por cento**, no mês seguinte; .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*c) **dez por cento**, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento: (Restabelecido pela nº 9.528, de 1997)

*a) **doze por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*b) **quinze por cento, após o 15º dia do recebimento da notificação;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*c) **vinte por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*d) **vinte e cinco por cento, após o 15º dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa: .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) : (Restabelecido pela nº 9.528, de 1997)

*a) **trinta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*b) **trinta e cinco por cento, se houve parcelamento;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*c) **quarenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*d) **cinquenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcèlement, incidirá **um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora** a que se refere o caput e seus incisos. .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*§ 2º **Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar.** .(Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)*

*§ 3º **O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcèlement somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo.***

Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) “ grifos de minha autoria)

Eis que o caput e § 2º da Lei nº 9.430/96 determinam taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso limitada ao percentual de vinte por cento, *verbis*:

“ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.(...)”

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

“ Art. 106. A lei **aplica-se a ato ou fato pretérito**:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Face ao apresentado, cabe recálculo da multa de mora.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, conheço do Recurso para EM PRELIMINAR, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, reconhecer a decadência dos créditos constituídos para as competências 09/2002 (inclusive) e anteriores. No MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinando que se procedam os recálculos dos créditos constituídos onde não se tenha observado as bases de cálculo estabelecida no percentual de 30% de mão de obra pactuadas nos contratos com as prestadoras de serviço, excluir as empresas optantes pelo SIMPLES e, ainda que se proceda o recálculo da multa de mora na forma do previsto na art. 35 da Lei nº 8.212/912 conforme a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 até a competência 11/2008.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator