



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

Processo nº 11474.000179/2007-20
Recurso nº 255.417 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.091 – 3ª Turma Especial
Sessão de 08 de junho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente EDSON DAMIANI & CIA LTDA.
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE JULGAMENTO EM FLORIANÓPOLIS - SC.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 01/02/2007

Ementa:

DESCUMPRIMENTO A DEVERES INSTRUMENTAIS. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA. CABIMENTO. FOLHAS DE PAGAMENTO FORA DO PADRÃO. DECADÊNCIA PARCIAL. RECONHECIMENTO.

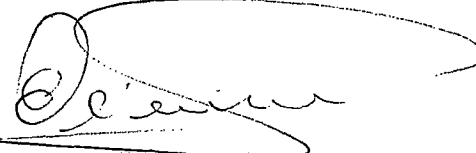
Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


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, Vera Kempers de Moraes Abreu (Suplente), Gustavo Vettorato (Vice-Presidente), Helton Carlos Praia de Lima (Presidente). Fez sustentação oral o advogado da recorrente Dr. Richardy Espindola Silva, OAB/SC 21733

Relatório

Trata-se no presente processo de Auto de Infração – AI, com período de apuração de 01/1999 a 09/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 06 e 07.

O crédito fiscal foi constituído, em 21/02/2007, data em que o contribuinte tomou conhecimento do lançamento, conforme, AR, de fls. 38.

O sujeito passivo impugnou o crédito, em 08/03/2007, fls. 39 a 56, acompanhado dos documentos, de fls. 57 a 330, sendo este considerado tempestivo, fls 331 e 332.

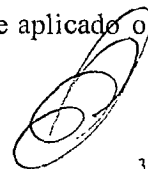
A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis proferiu o Acórdão 07-10.324, em 27/07/2007, fls. 336 a 343, onde conclui ser o crédito procedente.

O impugnante foi cientificado deste Acórdão, em 28/09/2007, AR, de fls. 344.

A empresa apresentou o Recurso Voluntário, em 29/10/2007, fls. 346 a 377, acompanhada dos documentos, de fls. 378 e 381 a 408. A recorrente não realizou o depósito prévio, mas está amparada por decisão liminar no MS 2007.72.00.014526-0/SC, fls. 415. As razões recursais resumidas são as seguintes.

- Utilização de presunção simples para o arbitramento, sendo que esta não está prevista em lei;
- Afastamento dos documentos apresentados, porém, este foram aceitos em relação ao advogado Luiz Renato Camargo e ao engenheiro Clacinei Afonso Pires, não aceitação do contraditório, ampla defesa e devido processo legal ;
- A empresa não apresentou os contratos e nem tão pouco os recibos, pois não efetuou pagamento aos causídicos, o que exclui a contribuição;
- Que ocorreu fato novo, pois a recorrente pagou a Ivo Carminati e Advogados Associados e a Anerino de Cezaro Cavaler Júnior honorários advocatícios, pois os sucumbênciais não foram o suficiente, mas que o pagamento a pessoa jurídica sociedade simples exclui a contribuição;
- Que a infração ao Código da Ética da OAB não gera contribuição social;
- Que houve bis in idem, pois considerou o mesmo processo judicial duas vezes, dando-se isso em razão de vários processos relacionado-os e que nos processos onde a autora não logrou êxito não houve pagamento de honorários;
- Que os honorários não são estabelecidos por peça processual, mas sim por objetivo;

- Utilizou o agente fiscal de processos para fins do arbitramento que a recorrente nem sequer é parte;
- que apesar de constar o nome do advogado Ivo Carminati nos sistemas do TJSC e nas publicações os serviços são prestados por Ivo Carminati & Advogados Associados – CNPJ 04.357.413/0001-89, sendo que o próprio regulamento do IR prevê a prestação de serviços pela sociedade, embora este seja personalíssimo;
- que os honorários estabelecidos seriam apenas os sucumbenciais;
- que os serviços de engenharia foram prestados gratuitamente pelo casal Werchjzer, que a ART não comprova honorários e nem é documento hábil a contabilização, que prestar serviço sem remuneração é infração ética e não fato gerador de contribuição;
- o contribuinte alega situações semelhantes à diversos profissionais que nomina: Edson Luiz Silvestre, Hilário Perego, Luiz Gonzaga Nunes, Nilson Oliveira da Silva e Roberto Menezes, e que não pediu a invalidação da ART, a autoridade julgadora seria incompetente para tal ato, violação ao Código de Ética não gera contribuição;
- que o engenheiro Edson Luiz Silvestre era colaborador da empresa em 02/2001 e a ART está com honorários zerado;
- que as Art's do engenheiro Hilário Perego foram de alteração dos projetos iniciais e que a autoridade fiscal não citou que este profissional constava das folhas de pagamento da recorrente;
- que em relação ao engenheiro Luiz Gonzaga Nunes a autoridade fiscal não comprovou o efetivo recebimento dos honorários, bem como a obra constante da ART 19966150-8 não foi executada e que o profissional baixou a ART como obra concluída por engano e pede verificação *in loco*;
- que em relação ao engenheiro Nilson de Oliveira Silva seus serviços foram prestados para a sociedade Jaqueane Marques de Oliveira CNPJ 03.422.830/0001-03 havendo erro no preenchimento da ART que é de responsabilidade da empresa Jaqueane e não Edson Damiani;
- que em relação ao engenheiro Roberto Menezes a ART elencada não foi remunerada e que os outros serviços prestados tiveram as contribuições devidamente recolhidas, conforme prova o extrato mensal da folha de pagamento;
- que os pagamento efetuados aos engenheiros constam das RPA's, folhas de pagamento e na GFIP;
- que seja reconhecida a decadência no prazo de cinco anos e aplicado o artigo 150, § 4º do CTN;



- que em momento algum a autoridade fiscal provou que os pagamentos foram efetivamente realizados aos profissionais engenheiros; arquitetos e advogados relacionados no auto de infração, que sua contabilidade faz prova a sem favor, pois mantidas dentro de princípios contábeis aceitáveis;
- traz o Acórdão 104-22352 do Conselho de Contribuintes; que a situação destes autos é semelhante a do Acórdão invocado, pois os fisco não comprovou o efetivo pagamento dos honorários;
- requerendo por fim: a) o provimento do recurso e a anulação da autuação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA, Relator

O presente recurso foi interposto tempestivamente, haja vista que a empresa foi cientificada do Acórdão de primeiro grau, em 28/09/2007, AR, fls. 344, e impetrou o Recurso Voluntário, em 29/10/2007, fls. 346. Não houve o depósito recursal, mas a empresa encontra-se amparada por decisão liminar em MS que determina o recebimento e prosseguimento do recurso sem o depósito, estando presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso passe a este.

Inicialmente, em sede de preliminar, embora levando a resolução de mérito a decadência deve ser apreciada.

Quanto à questão preliminar relativa à fluência do prazo decadencial, a recorrente esta abalizada em sua assertiva, uma vez que depois de proferida a decisão pela autoridade julgadora *a quo* o Supremo Tribunal Federal entendeu por editar a Súmula Vinculante Nº 08/2008, abaixo transcrita:

Súmula Vinculante nº 8 "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

E conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 tal norma vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Desta forma, não tendo mais aplicação o artigo 45 da Lei 8.212/91 devem as contribuições sociais previdenciárias, se submeterem ao regramento da Lei 5.172/66, isto é, CTN.

No entanto, não comungo da opinião do contribuinte no sentido de que o prazo decadencial deva ser contado nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN. A uma, porque o próprio contribuinte sustenta o tempo todo que não houve pagamento aos profissionais liberais, sendo inclusive um dos motivos pelos quais, para ele contribuinte, o auto deve ser considerado nulo. A duas, porque por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória obviamente não há pagamentos a serem considerados, pois no caso de AI o pagamento só se daria após seu lançamento e este extinguiria o crédito, ou seja, não haveria processo administrativo fiscal - PAF.

Desta forma, não havendo a comprovação da ocorrência de pagamento deve incidir a regra do artigo 173, I, do CTN, conforme já definido pelo STJ, sendo a teoria mais aceita e que, também, esposamos, como a seguir explicitada:

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Ausente qualquer pagamento por parte do contribuinte, e iniciado o procedimento administrativo de fiscalização, o fisco dispõe de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, para proceder ao lançamento direto substitutivo a que se refere o art. 149 do CTN, sob pena de decadência

Com essas considerações reconheço a decadência parcial para excluir do crédito os fundamentos de imposição da multa, referente ao período de 04/1999 a 11/2001, inclusive.

Desta forma, necessário se faz fixar quais os fatos que dão suporte a autuação e que estariam alcançados pela decadência. Assim sendo, no que tange aos serviços advocatícios listados na tabela, de fls. 14 e 15, devem ser excluídos dos fundamentos da autuação, os seguintes eventos:

PROFISSIONAL-PROCESSO-COMPETÊNCIA

Anerino de Cezaro Cavaler Júnior-020.00.004965-4-04/2000

Anerino de Cezaro Cavaler Júnior-020.99.016399-7/001-12/1999

Anerino de Cezaro Cavaler Júnior-020.99.013965-4-09/1999

Ivo Carminati-020.01.009823-5-06/2001

Ivo Carminati-020.01.009814-3-06/2001

Ivo Carminati-020.00.002540-2-03/2000

Ivo Carminati-020.97.001960-2/001-04/1999

Ivo Carminati-020.97.001960-2/002-05/1999

Situação semelhante enfrenta a relação, de fls. 16 e 17, relativa a honorários de profissionais engenheiros, arquitetos e assemelhados:

PROFISSIONAL-ART-COMPETÊNCIA

Edson Luiz Silvestre-1862138-9-11/2001

Luiz Gonzaga Nunes-1996150-8-11/2001

Nilson Oliveira da Silva-1796265-7-04/2001

Nilson Oliveira da Silva-1796264-9-04/2001

Nilson Oliveira da Silva-1830668-4-08/2001

Roberto de Menezes-1773951-1-03/2001

As declarações apresentadas em sede de impugnação não são aptas a provar a inexistência de remuneração dos profissionais liberais sejam eles advogados, engenheiros, arquitetos ou de qualquer outra categoria profissional, pois como constou do Acórdão *a quo, ex vi lege*, os contratos de prestação de serviços são por definição legal onerosos – artigo 1.216, CC/1916 ou artigo 594 do CC/2002 e para elidir tal característica necessário se faria a existência de contrato escrito devidamente registrado que contivesse cláusula expressa no sentido de excluir a remuneração, pois estamos no campo da autonomia da vontade, no que tange a contratação. Assim sendo, não há utilização de presunção simples, mas aplicação de comando legal.

Não há a alegada não aceitação do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. O contraditório e ampla defesa como diz a CF/88 deve ser realizado com os meios e recursos inerentes. Desta forma aquele que alega deve provar seu ponto, as declarações provam seu conteúdo, mas não o fato de não haver remuneração, artigo 368, parágrafo único da Lei 5.869/73. No caso dos dois profissionais excluídos da notificação 37.002.153-3 isto não se deu pela falta de remuneração em razão das declarações, mas sim porque o órgão julgador de primeiro grau, considerou que estes prestavam serviços para pessoa jurídica diversa da recorrente – Acórdão, fls. 373v; 374 e 374v, da notificação citada.

Apesar da alegação de que fato novo ocorreu, pois quando foi necessário pagamento de honorários a profissionais, este foi executado, via nota fiscal, de fls. 381, NF 16 – Ivo Carminati & Advogados Associados S/C – competência 02/2007, sendo que tal situação foi declarada em GFIP, em nada altera a autuação, pois tal ocorrência não consta do Relatório Fiscal da Infração, como fundamentação desse auto. O fato da remuneração ser em razão de pessoa jurídica sociedade simples e não pessoa física em nada, também, afeta a autuação, pois tal fato não é fundamento desse crédito, isto ocorre de igual forma para os valores pagos a Anerino de Cezaro Cavaler Júnior em 05/03/2007, Doc.02, pois, também, não é fundamento

desse auto. É certo que infração ao Código de Ética Profissional desta ou daquela categoria não gera contribuição, mas a contratação de profissionais liberais para a prestação de serviços remunerados, como estabelecido na lei gera a obrigação fiscal, independentemente, de ter havido o pagamento, pois o artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, diz que a remuneração paga, devida ou creditada, isto é, basta a contraprestação ser devida para ocorrer o fato gerador da exação, não é necessário o efetivo pagamento da verba. Não houve ocorrência do alegado *bis in idem*, porque o valor da multa aplicada é fixa e não depende do valor dos honorários. No que se refere aos processos que a autuada diz não ser parte a autoridade julgadora *a quo* juntou, as fls. 333 a 335, extrato do site do TJSC, onde consta a recorrente como ré.

Embora a recorrente alegue que diversos processos foram pagos a pessoa jurídica e não física, só encontramos prova disto, as fls. 381, NF 16 – Ivo Carminati & Advogados Associados S/C – competência 02/2007, ocorre que tal competência não consta da autuação. O IR nada tem a ver como a contribuição previdenciária, pois ambos os tributos possuem pressupostos, fundamentos e critérios distintos. É certo que infração ao Código de Ética Profissional desta ou daquela categoria não gera contribuição, mas a contratação de profissionais liberais para a prestação de serviços remunerados, como estabelecido na lei gera, independentemente, de ter havido o pagamento, pois o artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, diz que a remuneração paga, devida ou creditada, isto é, basta a contraprestação ser devida para ocorrer o fato gerador da exação, não é necessário o efetivo pagamento da verba.

Embora a ART não seja propriamente um documento de comprovação de remuneração e nem contábil, no levantamento realizado por aferição indireta – arbitramento – é certo, conforme autoriza o artigo 33, parágrafo 3º, da Lei 8.212/91, que a autoridade fiscal deve se pautar por critérios objetivos e matemáticos que possam ser claramente demonstrados e para tanto pode se utilizar de qualquer elemento de convicção que o permita estabelecer as bases da tributação e no caso as ART's se demonstraram documentos hábeis a tal mister, pois contém em seu corpo o valor da remuneração declarado pelo próprio beneficiário ao órgão fiscalizador de classe.

A autoridade julgadora ao usar o termo invalidar a ART não o usou em seu sentido semântico gramatical, ou seja, tirar a validade, tornar nulo, mas sim no sentido coloquial ou figurado de afastar seu conteúdo nos presentes autos, fazendo, assim, a recorrente tabula rasa das palavras, como se não fosse capaz de entender o que lê. A autuação não inclui a contribuição do engenheiro Edson Luiz Silvestre em 02/2001, como fundamento desta. Mas apenas na competência 11/2001, fls. 16, porém, excluído em razão da decadência. No que se refere ao engenheiro Hilário Perego o fato das ART's serem de alteração a projetos iniciais em nada inviabiliza a cobrança de honorários e nem o fato de estar o profissional na folha de pagamento da empresa inviabilizaria tal cobrança, pois o serviço pelo qual esta na folha pode ser um e o da ART pode ser outro, além do que o documento 06.2 mencionado pelo recorrente se refere a competência 05/2004, fls. 189, e as ART's mencionadas no relatório, de fls. 16 e 17, são das competências 02/2005 e 03/2005. Pode-se verificar da ART 19966150-8, fls. 27 e 200, que o serviço descrito é a execução de projeto preventivo contra incêndio, desta forma o fato de a obra ter sido ou não realizado em nada afeta o fundamento da exação, pois os honorários não são devidos em razão da obra, mas dos projetos, no entanto este fundamento do AI foi excluído por decadência.

O fato do engenheiro Nilson de Oliveira Silva ser empregado da empresa Jaqueane Marques de Oliveira, não inviabiliza que este preste de forma concomitante serviços a empresa Edson Damiani, ART, fls. 29 a 31, além do que não foi comprovado, que na época

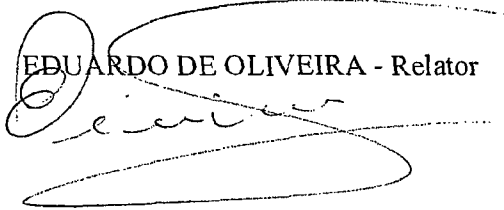
da prestação dos serviços, este profissional manteve vínculo com a empresa Jaqueane, o que como já dito não afasta a prestação a empresa Damiani, contudo este fundamento foi excluído do AI. Quanto a ART, de fls. 36, engenheiro Roberto de Menezes, competência 03/2001, o fato de haver contribuições para outros meses e de estar este incluso nos resumos mensais de pagamento, competência 06/2001, não afasta a obrigação do tomador de serviços de contribuir por outros serviços prestados e não só por aqueles que apresentam algum comprovante, mas tal fundamento foi excluído do AI por decadência.

A decisão administrativa colacionada pelo contribuinte em nada o socorre, pois esta é afeta a IRPF a beneficiários não identificados e nos presentes autos se está tratando de contribuições previdenciárias à profissionais liberais, as quais como constou em passagem anterior nascem pelo simples fato de dever a remuneração, sem a necessidade efetiva da realização do pagamento. Em outra vertente no caso suscitado a contabilidade registrava todos os movimentos porém passando tudo pela conta caixa. No caso da NFLD 37.002.152-5, que registra a obrigação principal em razão de obras, isso não ocorreu, pois como transcreve em sua peça recursal, fls 348 e 349, último parágrafo, *in fine*, o agente fiscal notificante diz em seus relatório fiscal item 4 "a contabilidade da empresa não foi considerada como elemento de prova em favor do contribuinte, tendo em vista que, **comprovadamente**, não registrou diversos itens ou contabilizou-os de maneira diversa do previsto pela boa técnica contábil ou em desacordo com a legislação tributária. (...)grifado no original", ou seja, temos aqui situação diversa da tratada na decisão apresentada, pois naquela todos as operações foram registradas embora que em conta diversa, no presente lançamento vários itens não foram contabilizados e outros o foram em desacordo com a legislação, o que é mais grave do que simplesmente deixar de cumprir as técnicas contábeis, pois o STJ admite a infração a legislação para permitir o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios pessoas físicas.

Posto isto, não vislumbro motivos para o atendimento aos pleitos do contribuinte, salvo quanto ao reconhecimento da decadência de forma parcial, com fulcro em outros fundamentos, isto é, no artigo 173, I do CTN. Porém apenas para excluir parte dos fundamentos da autuação, sem contudo alterar o valor desta, uma vez que este valor é fixo, ou seja, independe da quantidade de fundamentos para se obter o seu valor.

Destarte, lançados os argumentos acima voto por **CONHECER DO RECURSO** para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer a decadência no período de 04/1999 a 11/2001, inclusive, devendo os fundamentos da autuação, baseados em falta ocorridas neste período serem desconsiderados para qualquer fim, sem contudo, haver alteração no valor da infração, sendo desnecessário que a DRF origem realize qualquer alteração no valor do crédito.

Sala das Sessões 08 de junho de 2010.


EDUARDO DE OLIVEIRA - Relator