



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

Processo nº 13840.000272/2007-44
Recurso nº 260.842 Voluntário
Acórdão nº **2403-001.234 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente AF COMÉRCIO TERCEIRIZAÇÃO E SERVIÇOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/01/2007

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE DA NFLD. NÃO OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. MULTA DE MORA.

Não há que se falar em nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, quando não houver qualquer tipo de vício.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial das Contribuições Previdenciárias é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, quando houver antecipação no pagamento, mesmo que parcial, por força da Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal.

Recálculo da multa de mora para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106, II, “c” do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas Preliminares por unanimidade de voto, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência das competências entre 01/1999 a 06/2002, inclusive, com base no art. 150, § 4º do CTN. No mérito por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que seja recalculada a multa de mora de acordo com a redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Cid Marconi Gurgel de Souza, Ivacir Júlio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

1. Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte acima identificado, através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, DEBCAD nº 37.072.325-2, no valor de R\$ 125.132,17 (cento e vinte e cinco mil, cento e trinta e dois reais e dezessete centavos), que acrescido de multa e juros corresponde ao valor consolidado em 28/06/2007, cuja notificação ocorreu em 04/07/2007, no valor de R\$ 212.476.29 (duzentos e doze mil, quatrocentos e setenta e seis reais e vinte e nove centavos) nas seguintes competências: 01/1999 a 04/1999, 06/1999, 08/1999, 11/1999 a 13/1999, 03/2000, 08/2000, 09/2000, 12/2000, 13/2000, 10/2001, 08/2002, 13/2002, 01/2003 a 04/2003, 08/2003 a 10/2003, 12/2003 a 02/2004, 04/2004, 06/2004, 07/2004, 09/2004 a 01/2005, 04/2005 a 06/2005, 13/2005, 01/2006, 02/2006, 12/2006 e 01/2007.

1.1. O presente lançamento engloba as contribuições sociais, devidas e não recolhidas pela empresa, relativas à parte da empresa destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão de grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT) e as destinadas a entidades e fundos (SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA E SALÁRIO EDUCAÇÃO), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais.

2. Observam-se as seguintes informações no relatório fiscal de fls. 41/47:

2.1. As contribuições dos segurados empregados, objeto da presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD, foram descontadas em Folhas de Pagamento e não foram recolhidas em sua integralidade, pois foram mencionadas várias planilhas demonstrativas de fatos geradores – obtidos das folhas de pagamento e das GFIP – e a diferença (divergências) entre esses valores, quais sejam, valores de folhas ‘menos’ os da GFIP.

2.2. O lançamento teve como base as Folhas de Pagamento e os dados informados em GFIP.

2.3. Os dispositivos legais que amparam o presente lançamento encontram-se discriminados no Relatório de Fundamentos Legais de Débito – FLD, que integra a NFLD.

2.4 Durante o procedimento foram analisados os documentos: folhas de pagamento, recibos de pagamento de salário, rescisões contratuais, GFIP, GPS – Guia da Previdência Social, e RAIS - Relação Anual de Informações Sociais, livros e fichas de registro de empregados, notas fiscais de prestação de serviços, livro de registro de prestação de serviços do ano de 2006, livro caixa do ano de 2006 e atos constitutivos, sendo que os débitos lançados na presente notificação foram apurados com base nas folhas de pagamento.

2.5 As bases de cálculo, as contribuições lançadas, as deduções efetuadas, os recolhimentos considerados e as alíquotas e percentuais de multas aplicadas estão demonstradas na coluna “DIVERGÊNCIAS” da planilha “demonstrativo dos valores apurados e divergências entre folhas de pagamento e GFIP”, bem como nos relatórios: Discriminativo Analítico de Débito — DAD, no Discriminativo Sintético do Débito — DSD e no Relatório de

Lançamento - RL. Através do RADA — Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados e FLD – Fundamentos Legais dos Débitos. Todos os Relatórios e Demonstrativos se encontram anexos na presente NFLD.

DA IMPUGNAÇÃO

3. Inconformada com o lançamento, a empresa contestou a presente NFLD, através do instrumento de fls. 215/216 e anexo de fl. 217, alegando em síntese:

3.1. Na preliminar, suscita que não há descrição pormenorizada e detalhada que facilite o entendimento da defesa, sendo o relatório complexo e confuso. Bem como, que todos os 7 Autos de Infrações e 5 NFLD's têm semelhantes narrativas e relatórios, o que dificulta a defesa e assim deveria resultar na nulidade da NFLD, visto que limita na ampla defesa e contraditório.

3.2. Aponta a prescrição de parte das competências abrangidas no período de 01/1999 a 06/2002, uma vez que tal período tem fato gerador superior a 5 anos da constituição válida do lançamento, com base nos arts. 174 e 175 do Código Tributário Nacional - CTN.

3.3. Considera que o crédito tributário foi apurado mediante aferição indireta, sendo tributado em 40% sobre o montante das notas fiscais emitidas. Sendo que a empresa já teria pago 11% desse montante, indiretamente, decorrente da retenção obrigatória do tomador de serviços, restando ainda um débito de 29%.

3.4. Narra que foi ilegal o método aplicado de aferição indireta, pois o cálculo teria sido apurado com base na presunção de percentual sobre o faturamento.

3.5. Para reforçar aponta que o débito foi apurado em procedimento realizado nas instalações do próprio INSS, com base nas informações de seu banco de dados e não com base nas reais informações da entidade contribuinte.

3.6. Destaca ainda que, possui um crédito com o INSS, referente à competência de abril de 2000, decorrente de um pagamento com código diverso e que sendo esses valores devidos pela autarquia, deveriam ser compensados ou devolvidos com acréscimos legais e, por possuir este crédito, assim como ter pedido a restituição do mesmo, estaria sofrendo retaliação do Fisco.

3.7. Conclui que o auto de infração deve ser julgado inconsistente, eis que lavrado mediante aferição indireta, pois a fiscalização teria mecanismos completos e adequados para apurar os valores com precisão. Assim, espera a abertura de prazo para apresentação de livros e documentos necessários, para que seja realizada nova apuração com a anulação do anterior.

3.7. Requer finalmente a procedência da impugnação, culminando em extinção e arquivamento do auto de infração DEBCAD 37.072.325-2 .

DA DECISÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da Recorrente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, através da 7ª Turma da DRJ/RPO, prolatou o Acórdão nº 14-18.276, de fls. 231/237, mantendo procedente em totalidade o lançamento, conforme ementa que abaixo se transcreve, *verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração 01/01/1999 a 31/01/2007

**CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PARTE PATRONAL.
APURAÇÃO COM BASE EM FOLHAS DE PAGAMENTO.**

A remuneração paga a segurado a serviço da empresa, verificada em folha de pagamento, constitui fato gerador das contribuições destinadas à seguridade social, correspondentes à quota da empresa.

ALEGAÇÕES DESPROVIDAS DE COMPROVAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E DE DESCRIÇÃO DOS FATOS. VIOLAÇÃO DE AMPLA DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo as exceções previstas legalmente.

Os fatos ocorridos e os fundamentos legais do débito, discriminados de forma clara e sistematizada no relatório fiscal e no anexo de fundamentos legais, consubstanciam-se em pressupostos jurídicos suficientes para a exigência fiscal, incorrendo violação a ampla defesa e do contraditório.

PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

A prescrição não é uma preliminar invocável no processo administrativo tributário, pois seu curso é contado somente a partir da constituição definitiva do crédito tributário.

LAVRATURA FORA DA SEDE DA EMPRESA. VALIDADE, INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS. BANCO DE DADOS DO FISCO FEDERAL.

Perfeitamente válido o auto de infração ou notificação confeccionado na repartição do órgão fiscalizador, a partir do seu banco de dados, uma vez que seu aperfeiçoamento como ato administrativo deu-se com a regular notificação ao sujeito passivo.

Legítima a consulta às informações, constantes dos bancos de dados do fisco federal, notadamente por serem alimentados pelas próprias empresas e contribuintes, por meio de documentos informativos e declaratórios.

RETENÇÃO DE 11%. NOTAS FISCAIS. ANTECIPAÇÃO DE RECOLHIMENTO.

Deve o contratante (tomador de serviços) reter e recolher o percentual de 11%, incidente sobre as notas fiscais/faturas emitidas pela contratada, mediante cessão de mão-de-obra. Tal retenção representa mera antecipação de recolhimento, em relação ao total da folha de pagamento, devido pela empresa prestadora de serviços.

DO RECURSO

Inconformada, a empresa interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 247/253), requerendo a reforma do Acórdão da DRJ, com os seguintes argumentos:

1 – Preliminar

1.1 – Da dificuldade imposta à defesa, criada pelo fisco, decorrente das semelhantes narrativas no relatório do termo de encerramento fiscal.

A Recorrente alega que o termo de encerramento de ação fiscal faz menção a sete autos de infração e cinco notificações fiscais de lançamento de débito, trazendo em todos eles semelhantes narrativas no relatório. Alega ser uma dificuldade imposta pelo fisco e que deve resultar na nulidade da NFLD, visto que limita o direito da ampla defesa e contraditório, princípios consagrados constitucionalmente.

1.2 – Da Prescrição e/ou caducidade dos créditos tributários anteriores a junho de 2002

A Recorrente se insurge pela aplicação da prescrição nos termos do art. 174 e 175 do CTN, não revogados pela legislação tributária. Cita Doutrina para fundamentar o alegado.

2 – Do Mérito

2.1 – Da base de cálculo tributada em 40% sobre o total das notas fiscais emitidas.

A Recorrente considera que o crédito tributário foi apurado mediante aferição indireta, sendo tributado em 40% sobre o montante das notas fiscais emitidas. Sendo que, a empresa já teria pago 11% desse montante, indiretamente, decorrente da retenção obrigatória do tomador de serviços, restando ainda um débito de 29%.

Narra que foi ilegal o método aplicado de aferição indireta, pois o cálculo teria sido apurado com base na presunção de percentual sobre o faturamento, enquanto poderia ter sido apurado precisamente através da análise de documentos em poder da Recorrente.

2.1 – Da apuração do crédito tributário ter sido realizada nas instalações do próprio INSS.

A Recorrente se insurge do fato da apuração do crédito tributário ter sido realizado nas próprias instalações do INSS, com base nas informações do seu próprio banco de dados e não com base nas informações da entidade contribuinte.

Sugere que nos procedimentos fiscalizatórios o ente tributante deve se ater à escrita contábil e demais documentos que podem ser apresentados pela empresa averiguada, somente autorizando outra forma de fiscalização se houver recusa ou sonegação na apresentação dos documentos.

Em decorrência requer a anulação das notificações fiscais de lançamento dos débitos, pela ausência dos pressupostos que o amparam, ou seja, liquidez, certeza e exigibilidade.

Processo nº 13840.000272/2007-44
Acórdão n.º **2403-001.234**

S2-C4T3
Fl. 4

Ao final informa ainda estar sofrendo retaliação por parte do fisco, haja vista possuir um crédito com o INSS e já ter realizado os correspondentes pedidos de restituição. Seriam créditos do Recorrente referentes a um pagamento feito em duplicidade na competência de abril de 2000 e de um pagamento com código diverso (115), quando deveria ter sido recolhido no código 150.

Ao final requer provimento do Recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 246, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

PRELIMINARMENTE**DA DIFICULDADE IMPOSTA PELO FISCO FACE AS SEMELHANTES NARRATIVAS DO RELATÓRIO DE ENCERRAMENTO FISCAL, LIMITANDO O DIREITO À AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO**

Os dispositivos legais que amparam o presente lançamento encontram-se discriminados no Relatório de Fundamentos Legais de Débito – FLD, que integra a NFLD.

As bases de cálculo, as contribuições lançadas, as deduções efetuadas, os recolhimentos considerados e as alíquotas e percentuais de multas aplicadas estão demonstradas na coluna “DIVERGÊNCIAS” da planilha “demonstrativo dos valores apurados e divergências entre folhas de pagamento e GFIP”, bem como nos relatórios: Discriminativo Analítico de Débito — DAD, no Discriminativo Sintético do Débito — DSD e no Relatório de Lançamento - RL. Através do RADA — Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados e FLD – Fundamentos Legais dos Débitos. Todos os Relatórios e Demonstrativos se encontram anexos na presente NFLD.

Conforme demonstrado, o processo foi perfeitamente instruído, detalhando todas as circunstâncias ensejadoras dos autos de infração e notificações fiscais de lançamento de débitos.

O fisco não fugiu às suas regras e normas de fiscalização e imputação de crédito tributário. Em relação aos demais casos não houve em detrimento deste qualquer diferença capaz de ensejar a anulação do auto por faltar-lhe qualquer das prerrogativas constituidoras de crédito em favor do fisco.

Nesse diapasão, por ausência de previsão legal, não merece prosperar a alegação da Recorrente de falta de descrição pormenorizada das ocorrências e fundamentações legais das rubricas exigidas.

DECADÊNCIA

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 12 de Junho de 2008, aprovou a **Súmula Vinculante nº 8**, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Referida Súmula declara inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que impõem o prazo decadencial e prescricional de 10 (dez) anos para as contribuições previdenciárias, o que significa que tais contribuições passam a ter seus respectivos prazos contados em consonância com os artigos 150, § 4º, 173 e 174, do Código Tributário Nacional:

CTN - Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

De acordo com o art. 103-A, da Constituição Federal, a Súmula Vinculante nº 8 vincula toda a Administração Pública, inclusive este Colegiado:

CF/88 - 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 a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

In casu, como se trata de contribuições sociais previdenciárias que são tributos sujeitos a lançamento por homologação, conta-se o prazo decadencial nos termos do art. 150, § 4º do CTN, caso se verifique a **antecipação** de pagamento (mesmo que parcial) ou, nos termos do art. 173, I, do CTN, quando o pagamento não foi antecipado pelo contribuinte.

Nesse diapasão, mister destacar que para que seja aplicado o prazo decadencial nos termos do art. 150, § 4º do CTN, basta que haja a antecipação no pagamento de qualquer Contribuição Previdenciária, ou seja, não é necessária a antecipação em todas as competências. Havendo a antecipação parcial em uma única competência, já se aplica as regras do art. 150, § 4º do CTN.

Também é entendimento deste Relator, que a antecipação a título de Contribuição Previdenciária abrange o pagamento para todas as rubricas relacionadas, tais como: destinadas a outras entidades e fundos — Terceiros (Salário-educação e INCRA), dentre outras.

O presente caso importa a aplicação do prazo previsto no art. 150, § 4º do CTN, pois, da análise do Discriminativo Analítico de Débito – DAD, especificamente nas fls. 06 e 11, verifica-se que houve pagamento parcial da Contribuição Previdenciária em várias competências, como por exemplo em 04/2005.

O período de apuração compreendeu as competências 01/1999 a 02/2007. A notificação ocorreu em 04/07/2007.

Logo, o prazo decadencial ocorreu em relação ao período compreendido entre 01/1999 a 06/2002, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, conforme explicado.

DO MÉRITO

DA BASE DE CÁLCULO TRIBUTADA

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em face da Recorrente, referente às contribuições sociais devidas e não recolhidas à Previdência Social, correspondentes à parte da empresa, à parte destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a entidades e fundos (SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA E SALÁRIO EDUCAÇÃO), dentro do período de 01/1999 a 01/2007, conforme previsto no art. 22, I e III, cumulado com o art. 30, I, “b” da Lei n. 8.212/91 (com alterações da lei nº 9.876/99) e art. 201, inciso I e II, § 1º e art. 216, inciso I, “b” do decreto nº 3.048/99, *verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

(...)

III –vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (acrescentado pela lei nº 9.876, de 26/11/99, com vigência a partir de 03/00. Até 02/00 vigorou a LC nº 84/96).

(...)

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

(...)

b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência

Art. 201. A contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregado e trabalhador avulso, além das contribuições previstas nos arts. 202 e 204; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

II - vinte por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado contribuinte individual; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

(...)

§ 1º São consideradas remuneração as importâncias auferidas em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 9º do art. 214 e excetuado o lucro distribuído ao segurado empresário, observados os termos do inciso II do § 5º.

(...)

Art. 216. A arrecadação e o recolhimento das contribuições e de outras importâncias devidas à seguridade social, observado o que a respeito dispuserem o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal, obedecem às seguintes normas gerais:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar a contribuição do segurado empregado, do trabalhador avulso e do contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração; (Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea "a" e as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, inclusive adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, acordo ou convenção coletiva, aos segurados empregado, contribuinte individual e trabalhador avulso a seu serviço, e sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviço, relativo a serviços que ~~he tenham sido prestados por cooperados, por intermédio de~~

cooperativas de trabalho, até o dia vinte do mês seguinte àquele a que se referirem as remunerações, bem como as importâncias retidas na forma do art. 219, até o dia vinte do mês seguinte àquele da emissão da nota fiscal ou fatura, antecipando-se o vencimento para o dia útil imediatamente anterior quando não houver expediente bancário no dia vinte; (Incluído pelo Decreto nº 6.722, de 30 de dezembro de 2008)

Em suas defesas, a Recorrente sustenta que, para base de cálculo, a fiscalização tributou a Recorrente em 40% sobre o montante das notas fiscais emitidas. Sendo que a empresa já teria pago indiretamente 11% decorrente da retenção obrigatória do tomador de serviços, resultando em débito de 29%, mediante aferição indireta. Argumentos estes que não podem prosperar.

Ocorre que, conforme se extrai das palavras da Fiscalização no item “4” e “5” das fis. 41 e 42 do Relatório Fiscal, a mesma teve como base para apuração do crédito tributário as próprias folhas de pagamento e GFIPS apresentadas pela Recorrente, *verbis*:

“4. As ocorrências dos fatos geradores se deram com os pagamentos de remunerações aos segurados empregados e contribuintes individuais, conforme constatado nas folhas de pagamento apresentados pela empresa, sendo que os recolhimentos de contribuições previdenciárias não foram suficientes para quitação dos débitos apurados. Foram constatados recolhimentos de contribuições retidas por tomadores de serviços. No entanto, na presente ação fiscal foram considerados para abatimento dos valores apurados, apenas os valores informados como compensação na GFIP. Os valores informados como compensação foram considerados como créditos vinculados ao levantamento 002 – VALORES DE FOLHA E GFIP constante das NFLD DEBCAD nr. 37.072.324-4 e 37.072.328-7.

5. Durante o procedimento fiscal foram analisados os documentos: folhas de pagamento, recibos de pagamento de salários, rescisões de contrato de trabalho, GFIP, GPS, RAIS, livro e fichas de registro de empregados, notas fiscais de prestação de serviços, livro de registros de prestação de serviços de 2006, livro caixa do ano de 2006 e atos constitutivos, sendo que, os débitos lançados na presente notificação foram apurados com base nas folhas de pagamento, como já mencionado. As bases de cálculo, as contribuições lançadas, as deduções efetuadas, os recolhimentos considerados e as alíquotas e percentuais de multas aplicadas, estão demonstrados nas colunas ‘DIVERGÊNCIAS’ da planilha ‘demonstrativo dos valores apurados e divergências entre folhas de pagamento e GFIP, em anexo, bem como, nos relativos: DAD – discriminativo analítico dos débitos, RL – relatório dos lançamentos, DSD – Discriminativo sintético de débitos, RDA – Relatório dos documentos apresentados, RADA – relatório de apropriação dos documentos apresentados e FLD – fundamentos legais dos débitos, anexos a NFLD. Os lançamentos foram feitos nos levantamentos: 003 – VALORES DE FOLHAS MENOS GFIP, correspondendo aos fatos geradores constatados em folhas de pagamento e não informados em GFIP, referente ao período de 01/1999 a 02/2007.”

Nesse diapasão, a Recorrente não comprovou a cobrança sobre a base de cálculo da Contribuição Previdenciária de 40% sobre a totalidade de suas notas fiscais que afirma em todos os seus recursos. Não comprovou, outrossim, o adimplemento do referido tributo e muito menos que houve erro no cálculo que ensejou a dívida, razão pela qual, deve o lançamento ser mantido.

Por esses motivos, não devem prosperar as alegações da Recorrente, devendo o lançamento ser mantido.

DO LOCAL DA APURAÇÃO DO CRÉDITO – BANCO DE DADOS DO INSS.

A Recorrente alega e diz respaldar-se em entendimento jurisprudencial do TRF da 4ª Região, mesmo não juntando nenhuma jurisprudência, que nos procedimentos fiscalizatórios o ente tributante deve se ater à escrita contábil e demais documentos que podem ser apresentados pela empresa fiscalizada e que somente é autorizada outra forma de apuração de crédito tributário quando houver recusa ou sonegação na apresentação dos documentos e que esse procedimento teria sido feito nas dependências do INSS, não sendo averiguados os documentos contábeis da empresa.

O contribuinte esquece-se que é prerrogativa do fiscal verificar as informações fiscais prestadas pela empresa, através das obrigação acessória (documentação fornecida pelo contribuinte), como é o caso da apresentação da GFIP.

Ademais, de acordo com a SÚMULA Nº 6 do CARF: “*É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.*”

Assim, não existe a necessidade da lavratura do auto ocorrer nas dependências da empresa fiscalizada quando verificada a declaração da tributação devida em GFIP e não verificado o pagamento correspondente.

DOS ALEGADOS PEDIDOS DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO E VALORES RETIDOS

A Recorrente alega possuir crédito com o Fisco, face aos pedidos de restituição realizados.

Não compete a este conselho, nos autos do processo em tela, decidir sobre os pedidos de restituição realizados pelo contribuinte.

Ademais, com relação aos valores retidos pelos tomadores de serviço já ficou decidido pela DRJ que eles já foram considerados na lavratura do Auto de Infração.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, serão acrescidos de multa de mora nos

termos do art. 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.**

Tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo), para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento.**

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.

CONCLUSÃO

Do exposto, preliminarmente, reconheço a decadência em relação ao período compreendido entre 01/1999 a 06/2002, nos termos do art. 150, § 4º do CTN; no mérito, **julgo parcialmente procedente** o recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto