



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

Processo nº 14367.000368/2010-11
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.789 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de novembro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TORONTO CONSTRUÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2001 a 30/04/2001

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. PROCESSOS PRÓPRIOS.

O contribuinte que tiver créditos de valores recolhidos indevidamente à Previdência Social ou a outras entidades e fundos junto ao fisco deve se habilitar para recebê-los mediante processos próprios de restituição/compensação.

MULTA DE MORA.

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.

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.

MULTA MAIS BENÉFICA

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, a) pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso à questão da apropriação dos valores abatidos no DEBCAD 37.304.598-0. Vencidos os conselheiros Marcelo Magalhães Peixoto (relator), Jhonatas Ribeiro da Silva e Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas. Designado para redigir o **voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza**. b) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar a apropriação das retenções destacadas nas Notas Fiscais descritas na folha 100 do processo, se ainda não apropriadas. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na apropriação e Ivacir Julio de Souza que votou pela conversão do julgamento em diligência.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Ivacir Julio de Souza - Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari , Ivacir Julio de Souza, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro Marcelo Magalhães Peixoto, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elva e Daniele Souto Rodrigues. Jhonatas Ribeiro da Silva.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Acórdão que manteve em parte o lançamento consubstanciado no DEBCAD 37.312.189-0, referente a fiscalização para o período de 01/01/2001 a 31/05/2003, apurado a dívida entre 03/2001 a 04/2003, na qual pretende o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pela empresa, **apuradas em folha de pagamento e nos recibos de contribuintes individuais e não declaradas em GFIP, destinadas ao Fundo de Previdência Social e Assistência Social – FPAS e ao GILRAT**, no valor de R\$ 476.152,09.

Segundo relata a autoridade fiscal nas fls. 66/73, a presente autuação, lavrado em dezembro de 2010, destina-se a substituir Notificações Fiscais de Lançamento de Débito, elencados no Relatório Fiscal, originariamente lavradas em 20/10/2006, e julgadas nulas por vício formal pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém, ante a ocorrência de vícios na cientificação do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

A autuação em epígrafe desdobra-se nos seguintes levantamentos:

EP – CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS: corresponde ao montante das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados que a empresa os tinha considerado como contribuintes individuais e que a fiscalização do lançamento originário comprovou com os próprios documentos da empresa que se tratavam, em verdade, de segurados empregados, conforme documentos constantes na autuação originária, apensado ao presente;

FP – FOLHA DE PAG A PARTIR DE 0199: decorre das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhes prestaram serviços;

VR – VALORES RESTITUÍDOS VIA PROC: foram lançados os valores que foram restituídos via processo administrativo, conforme COGPS – Consulta Detalhes GPS, conforme documento anexo constante na autuação originária, apensado ao presente;

DAL – DIFERENÇA DE ACRÉSCIMOS LEGAIS: registra as diferenças decorrentes de recolhimentos a menor de atualizações monetárias, juros ou multa de mora, com indicação de valores que seriam devidos e dos valores recolhidos, considerando-se como competência para lançamento do acréscimo legal àquela em que foi efetuado o recolhimento a menor.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, o contribuinte apresentou defesa através do instrumento de fls. 77/89.

DO ACÓRDÃO DA DRJ

Após analisar os argumentos da então Impugnante, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém, DRJ/BEL, prolatou o Acórdão nº 01-22.996, fls. 128/142, na qual consignou a procedência em parte da impugnação ofertada para reconhecer a decadência nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, assim como para excluir o segurado Antonio Marques da Silva do levantamento EP – CARACTERIZAÇÃO DE EMPREGADOS, por ausência, nos autos, de provas de sua caracterização como empregado da Impugnante. O julgado restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2001 a 30/04/2003

DECADÊNCIA.

O direito de constituir o crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias, em virtude do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula Vinculante nº 08 de 12/06/2008, publicada no DJ de 20/06/2008, de observância obrigatória por força do disposto no art. 103-A da Constituição Federal de 1988, regulamentado pelo art. 2º da Lei nº 11.417/2006, extingue-se em 5 (cinco). Aplicar-se-á, assim, o prazo decadencial do art. 150, § 4º, ou do art. 173, inciso I, do CTN.

CARACTERIZAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS

Verificando a autoridade administrativa que o trabalho executado pelos prestadores de serviço atendem aos requisitos caracterizadores da relação de emprego, pode ele desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Impugnação Improcedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada, a Recorrente, interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário, fls. 156/159, requerendo a reforma do Acórdão da DRJ, utilizando-se, para tanto, do argumento de que há prejuízos decorrentes da apropriação inadequada dos créditos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA ADMISSIBILIDADE

Conforme documentos de fl. 156, tem-se que o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

Afirma o recorrente que a fiscalização rateou os recolhimentos efetuados no CNPJ nas diversas CEI's/levantamentos, gerando diferenças inexistentes em todos os levantamentos e, especialmente, nas NFLD do presente processo.

Afirma que não conseguiu assimilar como foram apropriados os recolhimentos efetuados no CNPJ, haja vista que o RDA contém valores superiores as contribuições apuradas nas NFLDs, o que faria dele um credor e não devedor.

No entanto, não entendo que o fundamento levantado seja suficiente para a caracterização de nulidade no presente processo, conforme afirma o contribuinte.

Três são os levantamentos presentes neste processo: “EP” – pagamento feito através de recibos aos contribuintes individuais, “FP” referente a lançamentos em folha de pagamento e “VR” – relativo a valores restituídos via processo 10/2001 a 12/2002.

Em anexo ao auto de infração, consta o Discriminativo Analítico de Débitos, assim como o Relatório de Documentos Apresentados, que discrimina, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores confessados pelo sujeito passivo, quando for o caso. Também no RADA, há a demonstração de como os documentos apresentados pelo contribuinte ou apurados na ação fiscal foram apropriados pela fiscalização, GRPS, GPS, LDC, CRED (créditos diversos) e DNF (valores destacados em nota fiscal ainda não recolhidos).

Dessa forma, não vislumbro o erro apontado pelo contribuinte, assim como entendo que não restou demonstrado o suposto prejuízo.

No entanto, uma ressalva merece ser feita.

Nos processos em que fora realizada a aferição indireta, esta turma em julgamento realizado na pauta de outubro/2014 entendeu que ali estão presentes nulidades que maculam os referidos autos de infração de vício material insanável, no qual foi dado provimento ao Recurso Voluntário quanto ao processo de que tratava o DEBCAD 37.304.598-0 (EMPRESA - AFERIÇÃO INDIRETA).

Ocorre que, ao assim se proceder, as apropriações (créditos) realizados pelo fiscal naquele processo merecem ser migrados e devidamente apropriados no presente já que ante a inexistência do lançamento anterior e da constatação da existência do crédito do

contribuinte, não pode o recorrente ter seus créditos, líquidos e certos, excluídos, uma vez que foram devidamente reconhecidos pela própria fiscalização no Relatório de Documentos Apropriados – RADA.

Cumpre destacar que o presente DEBCAD n. 37.304.189-0 (EMPRESA), está relacionado com o DEBCAD 37.304.598-0 (EMPRESA - AFERIÇÃO INDIRETA), que, conforme já se destacou, foi anulado por esta turma de julgamento.

Dessa forma, a partir dos lançamentos efetuados pela fiscalização os seguintes créditos, imputados no DEBCAD 37.304.598-0, devem ser apropriados no presente lançamento:

LEVANTAMENTO	COMPETÊNCIA	VALOR APURADO POR DOC.	VALOR APROPRIADO
AL - RESTAURACAO ASSEMBLEIA LEGIS	jan/03	R\$ 1.696,59	R\$ 1.696,59
AL - RESTAURACAO ASSEMBLEIA LEGIS	jan/03	R\$ 11.310,62	R\$ 11.310,62
DE - CONST DELEGACIA TAPAUA	mai/02	R\$ 702,00	R\$ 702,00
IN - ILUMINAÇÃO NATALINA	dez/01	R\$ 7.340,00	R\$ 7.340,00
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	set/02	R\$ 2.325,44	R\$ 2.325,44
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	set/02	R\$ 15.502,91	R\$ 15.502,91
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	out/02	R\$ 2.325,44	R\$ 2.325,44
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	out/02	R\$ 15.502,91	R\$ 15.502,91
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	nov/02	R\$ 2.325,44	R\$ 2.325,44
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	nov/02	R\$ 15.502,91	R\$ 15.502,91
NR - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANDO	dez/02	R\$ 15.502,91	R\$ 15.502,91

Os créditos acima totalizam um montante de R\$ 90.037,17 (noventa mil, trinta e sete reais e dezessete centavos) e devem ser apropriados, (independentemente da correlação de obras uma vez que se trata do mesmo contribuinte) para o presente DEBCAD por também se tratar da parte EMPRESA.

Logo, quando da execução do julgado, os créditos acima devem ser abatidos até o limite do presente DEBCAD.

DOS CRÉDITOS NÃO CONSIDERADOS PELA FISCALIZAÇÃO – DA RETENÇÃO DE 11%

O recorrente alega que a fiscalização deixou de considerar a retenção realizada em diversas notas fiscais, sob o argumento de que apesar de constar no documento fiscal que teria havido uma retenção, não constam nos sistemas da RFB o devido recolhimento por parte do tomador de serviços.

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

Autenticado digitalmente em 31/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 26/01

/2015 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 31/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO,

Assinado digitalmente em 10/02/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Este argumento foi reforçado pela DRJ.

No entanto, entendo que merece provimento o Recurso Voluntário do Contribuinte neste tocante, uma vez que a obrigação pelo recolhimento é do tomador de mão-de-obra, devendo a fiscalização diligenciar perante ele, já que não se trata aqui de solidariedade, mas sim de subrogação.

Dessa forma, analisando as provas, bem como a planilha elaborada pela recorrente, tem-se os seguintes valores para consideração no presente processo:

LEVANTAMENTO	COMP.	NF	VALOR DA NOTA	VALOR RETIDO	REF.	PROVA - FL.
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	out/01	254	R\$ 148.813,77	R\$ 4.910,89	FL. 100	
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	dez/01	280	R\$ 80.816,42	R\$ 2.666,96	FL. 100	106
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	out/01	254	R\$ 148.813,77	R\$ 4.910,89	FL. 100	104
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	jan/34	280	R\$ 80.816,42	R\$ 2.666,96	FL. 100	106
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	dez/01	281	R\$ 40.804,44	R\$ 1.346,55	FL. 100	107
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	jan/02	288	R\$ 3.270,31	R\$ 107,92	FL. 100	108
088 - AMPLIAÇÃO DO BLOCO 5 E CONST. QUADRA ESPORTES	jan/02	291	R\$ 16.666,60	R\$ 549,99	FL. 100	109
236 - CONST DE DELEGACIA DE TAPUA	jan/02	290	R\$ 33.744,61	R\$ 1.137,57	FL. 100	110
236 - CONST DE DELEGACIA DE TAPUA	mar/02	303	R\$ 33.748,74	R\$ 556,85	FL. 100	111
236 - CONST DE DELEGACIA DE TAPUA	jun/02	317	R\$ 40.305,70	R\$ 806,11	FL. 100	112
271 - PISTA DE POUSO E DECOLAGEM DE PAUINI	mar/02	305	R\$ 1.123.072,61	R\$ 22.461,45	FL. 100	113
271 - PISTA DE POUSO E DECOLAGEM DE PAUINI	jun/02	311	R\$ 598.611,18	R\$ 11.972,22	FL. 100	114
271 - PISTA DE POUSO E DECOLAGEM DE PAUINI	jun/02	312	R\$ 14.630,98	R\$ 2.946,62	FL. 100	115
017 - RESTAURAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA	out/02	362	R\$ 297.368,91	R\$ 16.355,25	FL. 100	116
017 - RESTAURAÇÃO	nov/02		R\$ 329.716,58	R\$ 18.134,41	FL. 100	

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

Autenticado digitalmente em 22/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 26/01

/2015 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 31/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO,

Assinado digitalmente em 10/02/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA	366					117
017 - RESTAURAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA	dez/02	371	R\$ 340.230,38	R\$ 18.712,67	FL. 100	118
017 - RESTAURAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA	jan/03	398	R\$ 163.746,05	R\$ 9.006,03	FL. 100	119
045 - ESTRADA TRANSMAMAZONICA HUMAITÁ	set/02	348	R\$ 878.906,88	R\$ 14.501,96	FL. 101	120
056 - PAVIMENTAÇÃO EM APUI	ago/02	338	R\$ 35.000,00	R\$ 577,50	FL. 101	121
076 - SISTEMA VIÁRIO DE BENJAMIN CONSTAN	jan/03	399	R\$ 2.605.956,15	R\$ 42.998,28	FL. 101	122
040 - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANSO	ago/02	342	R\$ 1.104.408,72	R\$ 18.222,74	FL. 101	123
040 - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANSO	set/02	343	R\$ 450.000,00	R\$ 7.425,00	FL. 101	124
040 - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANSO		366				
040 - DRENAGEM ESTRADA NOVO REMANSO		(388 no doc)	R\$ 383.454,83	R\$ 6.327,00	FL. 101	125
044 - ILUMINAÇÃO NATALINA 2001	dez/02					
	fev/02	308	R\$ 550.500,20	R\$ 2.128,60	FL. 101	
TOTAL:				R\$ 203.852,57		

Ante o exposto, devem as retenções efetuadas obstante não terem sido recolhidas pelo tomador de serviços.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe provimento para, determinar a apropriação dos créditos apurados no DEBCAD n. 37.304.598-0, bem como os valores que foram retidos e não recolhidos das quais o contribuinte anexou provas aos autos.

Marcelo Magalhães Peixoto

Voto Vencedor

Embora respeitando o entendimento do i. Conselheiro que desenvolveu os encimados argumentos sustentados na motivação de seu voto, ousou discordar de sua conclusão.

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

Autenticado digitalmente em 31/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 26/01

/2015 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 31/12/2014 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO,

Assinado digitalmente em 10/02/2015 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 11/02/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Na condução do voto , o I. Conselheiro referindo-se aos créditos de outro processo aduz que esses devam ser apropriados neste , independente de correlação:

"Ocorre que, ao assim se proceder, as apropriações (créditos) realizados pelo fiscal **naquele processo merecem ser migrados e devidamente apropriados no presente** já que ante a inexistência do lançamento anterior e da constatação da existência do crédito do contribuinte, não pode o recorrente ter seus créditos, líquidos e certos, excluídos, uma vez que foram devidamente reconhecidos pela própria fiscalização no Relatório de Documentos Apropriados – RADA. (...) (independentemente da correlação de obras uma vez que se trata do mesmo contribuinte) para o presente DEBCAD por também se tratar da parte de terceiros. Logo, quando da execução do julgado, os créditos acima devem ser abatidos até o limite do presente DEBCAD "

E nesta questão em que divirjo em razão de entender que o contribuinte que tiver créditos de valores recolhidos indevidamente à Previdência Social ou a outras entidades e fundos junto ao fisco, nas circunstâncias em comento, **deve se habilitar para recebê-los mediante processos próprios de restituição/compensação.**

DA MULTA DE MORA

A infração ocorrera no período 01/04/2001 a 30/04/2001. Às fls. 01 se observa que a empresa fora penalizada com **multa de mora de mora**.

No Relatório de Fundamentos Legais do Débito – FLD, de fls. 32 o item, 601 – Acréscimos Legais da Multa, a multa restou assentada 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”

Eis que o caput e § 2º da sobredita 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.”

Desse modo, cabe recálculo da multa aplicada na forma do previsto na art. 35 da Lei n 8.212/912 na forma da 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.

Ivacir Júlio de Souza- Relator designado.