



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

Processo n° 15504.725812/2012-18
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-004.137 – 3ª Turma Especial
Sessão de 10 de março de 2015
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO; RÊMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS; CONTRIBUINTE INDIVIDUAL; SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL; TERCEIROS; CONSTRUÇÃO CIVIL: CESSÃO DE MÃO DE OBRA. EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente TOTAL ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 01/01/2009

DECADÊNCIA OCORRÊNCIA PARCIAL. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO *IN NATURA*. ABONO FÉRIAS. ABONO ASSIDUIDADE SOBRE FÉRIAS. SITUAÇÕES QUE FICAM FORA DA INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DIFERENÇAS DE VALORES GFIP X MANAD/FOLHA DE PAGAMENTO. OCORRÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DA MULTA QUE SE ENCONTRAVA EM VIGOR NA ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, POR SER A MAIS BENÉFICA. CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS PARTE DA EXAÇÃO É DEVIDA. FRETE E CARRETO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO SERVIÇOS FORA DA INCIDÊNCIA DA TÉCNICA DE ARRECADAÇÃO. EXCLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIMENTO VEDADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Ricardo Magaldi Messetti quanto à decadência e multa da competência 12/2008.

(Assinado digitalmente).

Processo nº 15504.725812/2012-18
Acórdão n.º **2803-004.137**

S2-TE03
Fl. 4.825

Helton Carlos Praia de Lima. –Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP – DEBCAD 37.342.589-9, que objetiva o lançamento das retenções de onze por cento, decorrente de serviços prestados por empreitada, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP – DEBCAD 37.342.590-2 que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, relativamente, a cota patronal e ao SAT/RAT, e, ainda, da retribuição ao contribuinte individual – cota patronal, assim como o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.342.591-0, que objetiva o lançamento da contribuição social previdenciária, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados – parte descontada do trabalhador, e, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP - DEBCAD 37.342.592-9, que objetiva o lançamento da contribuição destinada a outras entidades e fundos – terceiros, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, com período de apuração 01/2007 a 12/2008, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 135 e 136.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 16/07/2012, conforme Folhas de Rosto dos Autos de Infração de Obrigação Principal – AIOP, fls. 03; 20; 38 e 52.

A contribuinte apresentou petição, em 09/08/2012, fls. 246; 249; 251, onde pede o desmembramento do crédito DEBCAD 37.342.590-2; 37.342.591-0; 37.342.592-9, referente aos levantamentos “ajuda de custo” (AJ, AC E C1), relativamente as competências 07/2007 a 12/2008.

O pedido de desmembramento foi atendido, conforme Termo de Transferência – TETRA, de fls. 260; 274 e 285, do qual consta que foi transferido do DEBCAD 37.342.590-2; 37.342.591-0; 37.342.592-9 para o DEBCAD 37.390.671-4; 37.390.679-0; 37.390.675-7, os valores de R\$ 96.882,27; R\$ 33.698,16 e R\$ 19.018,51, respectivamente.

A efetivação do desmembramento está confirmada pelo Despacho-Desmembramento, de fls. 296 e 297.

O contribuinte foi cientificado do desmembramento, pela intimação, de fls. 298, recebida pelo AR, de fls. 299 e 300, em 07/12/2012.

O contribuinte apresentou suas defesas/impugnações petição, as fls. 301; 1.059; 1.817; 1.964, recebidas, em 14/08/2012, com razões impugnatórias, acostadas, as fls. 302 a 357; 1.060 a 1.113; 1.818 a 1.826; 1.965 a 1.997, estando acompanhada dos documentos, de fls. 358 a 1.058; 1.114 a 1.816; 1.827 a 1.963; 1.998 a 2.663.

As impugnações foram consideradas tempestivas, fls. 2.264.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 08-29.416 - 6ª, Turma DRJ/FOR, em 24/04/2014, fls. 2.694 a 2.712.

A impugnação foi considerada procedente em parte e o crédito retificado pelos Discriminativos Analíticos de Débitos Retificados – DADR, de fls. 2.671 a 2.693, conforme a seguir discriminado.

DEBCAD 37.342.589-9, fls. 2.671 a 2.679:

- comp: 03/2008 – exclusão R\$ 27.364,92 da BC – levantamento R1 – Retencao Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 8.000,00 da BC – levantamento S6 – Retencao Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 1.590,21 da BC – levantamento S8 – Reteno Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 21.520,16 da BC – levantamento S9 – Retencao Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 17.479,85 da BC – levantamento V1 – Retenção Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 430,77 da BC – levantamento V2 – Retencao Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 2.568,17 da BC – levantamento V3 – Retencao Empreitada Serviços;
- comp: 12/2008 – exclusão R\$ 6.042,00 da BC – levantamento V5 – Retencao Empreitada Serviços;

DEBCAD 37.342.590-2, fls. 2.680 a 2.687:

- comp: 06/2008 – exclusão R\$ 1.920,00 da BC – levantamento CI – Contribuinte Ind Autonomo;

DEBCAD 37.342.591-0, fls. 2.688 a 2.693:

- comp: 06/2008 – exclusão R\$ 211,20 da contribuição do segurado – levantamento CI – Contribuinte Ind Autonomo;

O contribuinte foi cientificado desse decisório, em 26/05/2014, conforme AR de fls. 2.715 a 2.720.

Irresignado o contribuinte impetrou Recurso Voluntário, em petições apartadas para cada crédito, conforme fls. 2.721; 2.760; 2.824; 3.716, com razões recursais acostadas, as fls. 2.722 a 2.759; 2.761 a 2.823; 2.825 a 2.835; 3.717 a 3.779, recebidos, em 25/06/2014, acompanhados dos documentos, de fls. 2.836 a 3.715; 3.780 a 4.821.

As razões recursais são as que seguir constam de forma sumariada.

DEBCAD 37.342.592-9.

Mérito.

- que ocorreu decadência para as contribuições com fatos geradores ocorridos até 16/07/2007, nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, pois apesar de entender a turma julgadora *a quo* de que não houve a antecipação do pagamento pela recorrente, deve-se observar que a recorrente juntou aos autos diversas GPS, bem como o lançamento refere-se a diferenças verificadas entre GFIP e folha de pagamento e não ao recolhimento integral, operando-se a decadência parcial;
- que sobre os valores pagos a título de alimentação não devem incidir contribuição social previdenciária, pois o vale refeição não tem correlação com as atividades do trabalho, não tendo, assim, natureza salarial, cita Délio Maranhão, sendo que o artigo 28, I, da Lei 8.212/91 e artigo 240, da CF/88 informam que o salário de contribuição é a remuneração auferida pela trabalhador e que a contribuição previdenciária se dá sobre a folha de salários, sendo irrelevante a falta de inscrição no PAT, cita decisão do STJ, AD Nº 03/2011 – PGFN, volta a citar decisão do STJ, cita Roque Antônio Carraza, devendo a exigência fiscal sobre alimentação ser excluída do lançamento;
- que os montantes pagos a título de abono de férias não tem caráter salarial ou retributivo e assim não é fato gerador da contribuição social previdenciária, sendo tal valor pago por força de acordo coletivo de trabalho, como estímulo assiduidade, sendo um abono anual pago em conjunto com a remuneração de férias, que apesar do nome a verba é premial, excepcional e não habitual e só é paga aos trabalhadores assíduos, cita Maurício Godinho Delgado e Arnaldo Sussekind;
- que o abono de férias é um prêmio eventual, pois não é direito de pronto, sendo esporádico porque nem todos os trabalhadores fazem jus, só aqueles filiados a certo sindicato e que sejam assíduos, ficando clara a eventualidade, pois apenas pago em 2008 apesar do lançamento envolver o ano de 2007, votando a citar Sussekind;
- que se tal verba fosse salário seria devida a todos inclusive aos faltosos, bem como de forma proporcional na rescisão o que é vedado pelo ACT que tem força de lei entre as partes, cita decisão do STJ, cita o artigo 28, §9º, “e”, item 7, da Lei 8.212/91 e volta a citar o STJ, cita decisão do CARF, cita o AD 16/2011 – PGFN, esbarrando o lançamento em incontornáveis vícios e ilegalidades que o inquinam de morte, devendo ser cancelado e extinto o créditos tributário arrimado no prêmio assiduidade;
- que a recorrente verificou a ocorrência de diferenças de valores entre o MANAD e as GFIP e assim corrigiu os valores para o período 01/2008 a 12/2008, sendo a base de cálculo da contribuição as que estão declaradas em GFIP, as quais encontram-se detalhadas nas

folhas de pagamento e no MANAD, cita exemplificativamente Eurico Pires da Gama, em 03/2008, sendo que as bases de cálculo corretas são as das GFIP e folha de pagamento, não havendo diferença de contribuição, não merecendo a atuação prosperar;

- que os valores constantes do Anexo VI são decorrentes de pagamento de rescisão de contratos *a posteriori* e que não podem ser declarados em GFIP posterior, presumindo o fisco o seu não recolhimento, listando os oito ex-empregados que estariam nessa situação, exemplifica a situação de José Ventura Alves que em 01/2008 recebeu R\$ 8.116,42 e em 02/2008 a diferença de R\$ 192,98, os quais somados dão R\$ 8.309,40 onde aplicado 5,8% de terceiros, teríamos R\$ 481,95 exatamente o valor recolhido;
- que o fisco desconsiderou efetivamente as bases de cálculo declarada em GFIP pela recorrente em alguns casos, listando quinze empregados em que teria isso ocorrido, mas todos foram devidamente declarados em GFIP, ilustra com a situação de Jaderson Ferreira da Cunha – comp. 02/2008 – R\$ 795,98, tendo a contribuição sido recolhida como consta da GPS, estando o lançamento equivocado, conforme provas apresentadas, cabendo a exclusão dos valores da autuação;
- que deve ser aplicada a multa menos onerosa, artigo 106, II, “c”, do CTN, pois no período de 01/2007 a 12/2008 foi aplicada multa de vinte e quatro por cento, mas que o artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009 determina a aplicação de multa limitada a vinte por cento, devendo essa nova penalidade incidir sobre o fato, pois é mais benéfica, cita decisão do STJ, assim a aplicação de multa de vinte e quatro por cento é ilegal, devendo ser reduzida a vinte por cento
- Dos pedidos: a) que seja acolhido o recurso; b) reformada a decisão *a quo*; c) reconhecendo a decadência para os fatos geradores ocorridos até 16/07/2007; d) excluindo a incidência da contribuição sobre fornecimento de ticket alimentação e abono assiduidade/prêmio; e) exclusão da exigência ilegal das supostas divergências entre MANAD e GFIP; f) redução da multa de mora para vinte por cento.

DEBCAD 37.342.591-0 e 37.342.590-2.

Mérito.

- decadência tese já apresentada no recurso do DEBCAD 37.342.592-9.
- auxílio – alimentação – idem ao item anterior.
- abono de férias – idem ao item anterior.
- que é indevida a cobrança sobre remunerações de contribuintes individuais, pois parte já foi paga, a tempo e a modo, uma vez que

incluídas em GFIP e GPS é o caso de Evaldo da Silva Paiva e John Gilbert Spangler, conforme documentos, mas a decisão recorrida manteve o lançamento, pois constou da GFIP o nome Edvaldo e não Evaldo, porém o NIT no RPA e GFIP são os mesmos, bem como o sobrenome;

- que o mesmo se deu com Ailton Gonçalves Pereira e Alex Ribeiro Figueiredo, uma vez que ambos são funcionários da recorrente, sendo o NIT de Ailton 124.46285.41-6, estando declarado em GFIP, não sendo possível admitir lançamento por presunção, cita decisão do CARF;
- que em face dos funcionários não foi emitido RPA como consta de forma equivocada na decisão recorrida, ocorre que tais funcionários são auxiliares administrativos e que sob suas responsabilidades são enviados recursos para cobrir despesas de obras, foi o que ocorreu com o valor de R\$ 801,00 transferido a Ailton em 09/2008, porém tal valor era para pagamento de Pedro Roberto do Santos autônomo, entendendo-se equivocadamente que o RPA foi emitido em razão do empregado, repetindo-se essa situação de janeiro a abril/2008, transferindo a recorrente valores para os empregados fazerem frente as despesas de obra, que foram erroneamente considerados pelo fisco pagamento a autônomos, os documentos anexados comprovam as alegações, pedindo pela exclusão dos valores da autuação;
- que o fisco está exigindo contribuição social sobre frete e carretos a transportadores autônomos, conforme RPA's, mas o STF considerou essa cobrança indevida, por ausência de lei em sentido formal e material, pois a alíquota está fixado no artigo 267, do RPS, e alterações, culminando na Portaria MPAS nº 1.135/2001, sendo o tributo e base de cálculo estabelecido por ato infralegal, cita RMS 25.467/DF, não havendo campo de incidência da exação de frete, segundo o STF, sendo insubsistente a exação;
- que caso ultrapassada essa questão cabe lembrar que o auditor lançou sobre o valor bruto do frete ou carreto, mas o artigo 201, § 4º, do Decreto 3.048/99 estabeleceu que a base de cálculo é de 20% da nota, estando o crédito sendo exigido a maior, não aceitando o fisco os RPA's apresentadas pela empresa, o que viola o artigo 368, do CPC, cabendo ser declarado improcedente o lançamento a título de frete;
- inexistência de diferenças entre folha de pagamento e GFIP tese já apresentada no recurso do DEBCAD 37.342.592-9.
- que a aplicação da multa do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009 multa de ofício, no período de janeiro/2007 a 12/2008 é prejudicial, aplicando o agente fiscal dois pesos e duas medidas nos DEBCAD's 37.341.591-0 e 37.342.590-2, aplicou o artigo 44, I, da Lei 9.430/1996 e nos DEBCAD's 37.341.589-9 e 37.342.592-8, aplicou vinte e quatro por cento, artigo 35, alínea "a",

realizou o agente autuante notória confusão entre as penalidades: (multa de ofício; multa de mora) com fossem de idêntica natureza, cita decisão do TRF5 e decisão do CARF, diz que a jurisprudência do CARF distingue as penalidade por descumprimento de obrigação principal e acessórias;

- que o artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009 estabeleceu penalidade menos severa, no importe máxima de vinte por cento, volta a citar precedente do CARF;
- que da forma como comparadas as multas acabou-se por aplicar multa mais severa, ou seja, setenta e cinco por cento, sendo a de vinte e quatro por cento menos severa, porém para o período da autuação aplicava-se a multa de vinte e quatro por cento e paralelamente a multa isolada de cem por cento, artigo 32, §§ 3º e 5º, da Lei 8.212/91, mas tais dispositivos foram revogados pela Lei 11.941/2009, passando a prever multa isolada no artigo 32-A, deixando de existir a de cem por cento, não se podendo utilizar a Portaria PGFN/RFB nº 14/2009, pois esta extrapola os limites da Lei, cita decisão da CSRF no sentido de que é pacífico naquele órgão o entendimento de que atos infralegais não podem inovar o ordenamento, criando restrição não prevista em lei, rogando pela exclusão da multa de setenta e cinco por cento, com a aplicação de multa no patamar de vinte por cento ou pela argumento a de vinte e quatro por cento;
- Dos pedidos: a) que seja acolhido o recurso; b) reformada a decisão *a quo*; c) reconhecendo a decadência para os fatos geradores ocorridos até 16/07/2007; d) excluindo a incidência da contribuição sobre fornecimento de ticket alimentação e abono assiduidade/prêmio; e) exclusão de fretes e carretos pagos aos transportadores autônomos ou redução da base de cálculo; f) exclusão da exigência ilegal das supostas divergências entre MANAD e GFIP; g) redução da multa de mora para vinte por cento ou caso superada a aplicação da multa de vinte e quatro por cento.

DEBCAD 37.342.589-9.

Mérito.

- que o fisco está exigindo contribuições sobre serviços que não se submetem a retenção, conforme rol taxativo que regulamenta o artigo 31, da Lei 8.212/91, estando tal dispositivo regulamentado pelo artigo 219, do Decreto 3.048/99, sendo que o artigo 147, da IN Nº 03/2005 deixa claro que a lista de serviços é exaustiva;
- que embora a lista seja extensa nela não se inclui: a) locação de equipamentos; b) serviços de recrutamento e consultoria, cita Bernado Ribeiro de Moraes, cita a SV 31 do STF, sendo que o fisco não admitiu as notas para comprovação dos serviços, exigindo a apresentação dos contratos, mas para tal o fisco deveria comprovar a

inidoneidade dos documentos, o que não ocorreu, o que viola os artigos 387 e 389, do CPC, cita decisão do STJ, não comprovando o fisco que as notas das empresas CWA; Metro Mont; Mega RH e Cláudio Ferreira, não sejam merecedoras de fé, as quais demonstram que os serviços por elas prestados não se submetem a retenção, rogando-se sejam excluídos esses serviços do lançamento;

- Dos pedidos: a) a recorrente roga seja julgado parcialmente procedente o recurso, para exclusão dos serviços de locação, recrutamento e consultoria do lançamento.

A autoridade preparadora reconheceu e a tempestividade do recurso, fls. 4.822.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho de fls. 4.822.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 11/09/2014, Lote 09, fls. 4.823.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Mérito.

O presente Processo Administrativo Fiscal contém quatro débitos distintos, contudo algumas situações são relativas a mais de um débito e outras são específicas, estando tais situações discriminadas no sumário recursal do relatório.

Desta forma, as questões que se referirem a mais de um crédito serão julgadas em conjunto e as demais da forma que se apresentam e que foram sumariadas.

DEBCAD 37.342.592-9; DEBCAD 37.342.591-0 e 37.342.590-2; DEBCAD 37.342.589-9.

Decadência.

Verifica-se dos autos, conforme relação abaixo, que existem GPS de pagamento para o período de 01/2007 a 06/2007, embora algumas estejam recolhidas no código 2.119 que refere-se somente a recolhimento para terceiros.

GPS CNPJ 00.756.862/0001-49

COMP 01/2007 – FLS. 3.810 – VALOR R\$ 621,96 - COD. 2119

COMP 02/2007 - FLS. 3.846 A 3.848 – VALOR R\$ 671,29 – CÓD. 2119

COMP 03/2007 - FLS. 3.875 – VALOR R\$ 679,81 – CÓD. 2100

COMP 04/2007 - FLS. 3.917 A 3.919 – VALOR R\$ 6.721,51 – CÓD. 2100

COMP 05/2007 - FLS. 3.979 E 3.981 – VALOR R\$ 833,49 – CÓD. 2119

COMP 06/2007 - FLS. 4.024 E 4.025 – VALOR R\$ 431,63 – CÓD. 2119

A contribuição para terceiros não se confunde com contribuição social previdenciária e assim o pagamento exclusivo da contribuição para terceiros não aproveita a contagem do prazo decadencial relativo a contribuição social previdenciária e vice versa.

Aliás, é isso que diz a Súmula 99, do CARF a seguir transcrita, pois ela se reporta a contribuição previdenciária de forma expressa.

*Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, **para as contribuições previdenciárias**, caracteriza pagamento **antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor***

considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração. (grifei).

Assim, apenas para as competências março e abril/2007 pode-se levar em consideração as GPS apresentadas, relativamente a contribuições sociais previdenciárias.

Entendo que para a contagem do prazo de decadência acompanhando jurisprudência do STJ, que o pagamento é o marco diferenciador da contagem e para as competências citadas, como houve pagamento e como o lançamento se deu em 13/07/2012, retroagindo-se cinco anos, ter-se-ia a data fatal da decadência em 14/07/2007

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

Destarte, as competências março/2007 e abril/2007 referentes as contribuições sociais previdenciárias quando do lançamento estavam decadentes e assim devem ser excluídas dos lançamentos para todos os levantamentos, exceto o crédito DEBCAD 37.342.592-9 – relativo a outras entidades e fundos – terceiros.

Nessa linha de raciocínio as competências 01/2007; 02/2007; 05/2007 e 06/2007, relativas ao crédito DEBCAD 37.342.592-9 – referente a outras entidades e fundos – terceiros devem ser excluídas em razão da decadência.

O fato do lançamento ser referente a supostas diferenças como alega a recorrente é irrelevante, pois nos termos da lei o pagamento só se prova com o recibo/comprovante, artigo 320, da Lei 10.406/2002 c/c o artigo 158, da Lei 5.172/66.

Alimentação.

O levantamento denominado AL –ALIMENTAO SEM PAT, conforme ANEXO I - DISCRIMINATIVO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DA ALIMENTAÇÃO FORNECIDA SEM PAT, fls. 80 a 94, na coluna “Descrição da Conta” deixa patente que tal valor foi pago para compra de (lanche; alimentação; refeição; vale refeição, cesta básica), porém verifiquei que na competência - 08/2007 - 10/08/2007 - 00001810 3.1.01.02.0014 viagens e refeições 60,00 2.1.03.08.1313 valor ref. Provisão nf 1158 pousada ouro de minas – consta um despesa com viagem, mas isso é irrelevante em razão do valor R\$ 60,00, pois esse jamais seria superior a cinquenta por cento da remuneração de qualquer trabalhador, uma vez que nessa competência o salário mínimo era de R\$ 415,00.

Assim sendo, em todo o período constante do citado Anexo I o valor pago a título de alimentação refere-se a alimentação *in natura* e deste forma não é base de incidência da contribuição social previdenciária, nos termos da AD nº 03/2011.

ATO DECLARATÓRIO Nº 03 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

“nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária”.

JURISPRUDÊNCIA: Resp nº 1.119.787-SP (DJe 13/05/2010), Resp nº 922.781/RS (DJe 18/11/2008), EREsp nº 476.194/PR (DJ 01.08.2005), Resp nº 719.714/PR (DJ 24/04/2006), Resp nº 333.001/RS (DJ 17/11/2008), Resp nº 977.238/RS (DJ 29/11/2007).

*Brasília, 20 de dezembro de 2011.
ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional*

Com os esclarecimentos acima o levantamento AL –ALIMENTAO SEM PAT deve ser excluídos de todos os créditos desse PAF onde se encontra lançando, pois alimentação *in natura*.

Abono férias.

É irrelevante o fato do abono férias estar instituído por acordo coletivo, pois como bem disse a recorrente o acordo é lei entre as partes e o fisco não é parte no acordo, assim, não se submete a ele, além do que aplica-se nesse caso o artigo 123, da Lei 5.172/66.

O Refisc, de fls. 73, identifica dois tipos de abonos, a saber:

- Cód: 029 – Abono Férias Convenção;
- Cód: 143 – Abono Assiduidade Férias CCT.

Pode-se verificar do ANEXO III - DISCRIMINATIVO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DO ABONO DE FÉRIAS CCT, de fls. 107 a 109, que a rubrica cód. 029 foi paga uma única vez, na comp. 04/2007.

As características dessas duas rubricas dão a transparecer que elas se ajustam ao que contido no artigo 143 e 144, do Decreto-Lei 5.452/1943 e assim não integrariam a base de cálculo da contribuição social previdenciária, nos termos do artigo 28, § 9º, alínea “e”, item 6, que percorre o caminho da não incidência, observe-se as decisões transcritas.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/1997 a 30/11/2003 PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO. ABONO DE FÉRIAS. SALÁRIO EDUCAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE VERBA INTEGRANTE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. 1. O simples fato de o pagamento do abono estar condicionado à assiduidade do empregado não tem o condão, por si só, de modificar a sua natureza jurídica. Ora, se a própria aquisição das férias subordina-se a este requisito (art. 130 da CLT), admitir-se tal sorte de ilação implicaria a transformação automática das férias em prêmio por assiduidade, o que seria um absurdo. 2. Apesar de uma análise isolada do instituto levar a uma possível caracterização da verba como gratificação (frise-se, gratificação, e não prêmio), foi a própria lei quem lhe negou o caráter salarial (art. 144 da CLT), não podendo o intérprete se esquivar da sua aplicação, sob pena de infringência ao princípio da legalidade, insculpido no caput do art. 37 da Constituição da República (CR). 3. Os prêmios somente integram o salário de contribuição quando pagos com habitualidade ao empregado. Recurso Voluntário Provido. Proc: 106670.002104/2009-66. Acórdão 2803-001.157. Data 03/11/2011. Cons. Amílcar Barca Teixeira Júnior.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Exercício: 2007 NÃO INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR SUPRESSÃO DE HORAS EXTRAS HABITUAIS, A indenização prevista na súmula n. 291 do tribunal superior do trabalho, em face da natureza que ostenta, não atrai a incidência de contribuições previdenciárias ABONO DE FÉRIAS. ACORDO COLETIVO. NÃO INCIDÊNCIA. Abono de férias reduzido em razão da assiduidade do empregado, concedido em virtude de convenção coletiva, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integra a remuneração do empregado para os efeitos da previdência social, conforme dispõe o artigo 144 da CLT, não estando, portanto, sujeito à incidência da contribuição previdenciária. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E FUNCIONÁRIOS. VALOR FIXO. CRITÉRIOS. Para fins de não incidência sobre as verbas pagas aos empregados a título de PLR, é necessário que os critérios seja vinculados à resultado e lucro, com metas bem definidas. Recurso Voluntário Provido Em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte. Proc: 13603.723691/2010-56. Acórdão 2803-003.690. Data 07/10/2014. Cons. Gustavo Vettorato.

A primeira rubrica de cód. 029 – Abono Férias Convenção só foi paga uma única vez, na competência abril/2007, como supramencionado e assim ajusta-se ao AD Nº 16/2011, da PGFN, nos termos que segue.

ATO DECLARATÓRIO Nº 16 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2114 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 09/12/2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

“nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o abono único, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho, desvinculado do salário e pago sem habitualidade, não há incidência de contribuição previdenciária”.

JURISPRUDÊNCIA: REsp nº 434.471/MG (DJ 14/2/2005), REsp nº 1.125.381/SP (DJe 29/4/2010), REsp nº 840.328/MG (DJ 25/9/2009) e REsp nº 819.552/BA (DJe 18/5/2009).

*Brasília, 20 de dezembro de 2011.
ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional*

Desta forma, com essas esclarecimentos os levantamentos AB – ABONO FERIAS CCT 2007 e AF – ABONO FERIAS CONV COLETIVA devem ser excluídos de todos os créditos desse PAF onde se encontram lançados.

Diferenças MANAD X GFIP

Os documentos apresentados em fase recursal denominados de MANAD – ACERTO, fls. 3.263 a 3.715, pela recorrente não tem valor probatório algum, pois não se sabe a origem das informações, bem como a validade das mesmas.

Aliás, não se sabe nem quais são as informações que se pretende fornecer com tais documentos, sendo um amontoado de dados, desconfigurados e não identificados.

Não fosse isso suficiente tais arquivos precisam passar pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais, conforme ocorreu com os documentos entregues em 06/06/2012 CD/DVD, recibo, fls. 240, bem como recibo, de fls. 670, Disquete.

Além do que dito, acima a DRJ já desmistificou tal alegação, conforme transcrito.

Veja-se por exemplo, o ocorrido com o trabalhador João Mendes Pinheiro, competência 06.2008:

A fiscalização lançou como valor de folha a base de R\$ 742,61 (fl. 122, Anexo VI) e R\$ 726,49 como base declarada em GFIP, apontando, portanto, a diferença de R\$ 5,18; já a folha apresentada pela empresa consta como “base de INSS” o valor

de 737,44 (fl. 1.460). Evidencia-se, portanto, desconcontro até mesmo na folha digital apresentada à fiscalização e a folha impressa trazida na impugnação, não conseguindo demonstrar a empresa que as diferenças entre folha e GFIP inexistem.

A folha de pagamento, de fls. 4.545, em relação ao mesmo trabalhador e competência traz a mesma informação salário R\$ 737,44, enquanto o fisco encontrou R\$ 742,62, mas isso a recorrente não esclarece.

Cumpre, ainda, lembrar que aplica-se ao caso o artigo 147, parágrafo único, da Lei 5.172/66.

A GFIP possui campo para declaração de valores rescisórios e caso ocorra o pagamento de diferença *a posteriori* como alega a recorrente ela tem o dever de enviar GFIP retificadora para a competência informando novamente todos os dados já informados e passando a informar o novo valor para o trabalhador com direito a diferença é o que diz Manual SEFIP/GFIP versão 8.4, de 10/2008.

Atenção:

Havendo diferença de remuneração em decorrência de rescisão complementar, a quitação dos valores devidos ao FGTS deve ser realizada em Guia de Recolhimento Rescisório do FGTS, sendo necessário o envio de nova GFIP/SEFIP, para informação à Previdência Social, contendo o valor integral da remuneração, já considerado o complemento, e indicando que o recolhimento do FGTS já foi efetuado.

Assim, improcede a alegação da recorrente.

Não verifico a alegação da recorrente, as fls. 2.365, consta um resumo da folha de pagamento do mês de janeiro/2008, cuja a base de cálculo para o INSS é de R\$ 8.309,40, e, as fls. 2.366, consta uma listagem da folha de pagamento na qual informa um valor de R\$ 192,98 em favor do Senhor José Ventura Alves.

Porém, as fls. 2.371, tem-se um novo resumo para a folha de janeiro/2008 onde a base de cálculo da previdência passou a ser R\$ 8.551,98, ou seja, R\$ 242,58 maior que a anterior, assim ante a desconexão das informações, ao fisco cabe lançar as diferenças encontradas.

O valor de R\$ 8.309,40 que a empresa alega ser da soma de R\$ 8.116,42 (salário de janeiro) + R\$ 192,98 (diferença de rescisão) não encontra respaldo nos documentos, pois o valor de R\$ 8.309,40 refere-se a total da folha de janeiro, conforme resumo já citado, e não de pagamento de duas parcelas a um só trabalhador.

E caso se admitisse como correta a assertiva da empresa o que se faz apenas a título de ilustração e demonstração da invalidade da tese, o valor a ser recolhido de parte patronal não seria os R\$ 982,21, da GPS, de fls. 2.369, pois R\$ 8.309,40 x 23% (20% patronal + 3% SAT), sem incluir a contribuição do segurado daria R\$ 1.911,16, ou seja, faltou recolher R\$ 928,85, só nesse exemplo.

No que tange a alegação de que trabalhadores declarados em GFIP foram listados como não declarados exemplificando a situação com Jaderson Ferreira da Cunha –

comp 02/2008, verificou a existência de uma Relação dos Trabalhadores com GRRF constantes no arquivo SEFIP, mas que não contém o recibo de remessa Conectividade Social não permitindo averiguar a regularidade da informação, veja o que diz o manual SEFIP/GFIP.

11.2 – Comprovantes para a Previdência Social

A entrega de GFIP/SEFIP para a Previdência Social é comprovada com os seguintes documentos:

- a) Protocolo de Envio de Arquivos, emitido pelo Conectividade Social;*
- b) Comprovante de Declaração à Previdência;*
- c) Comprovante/Protocolo de Solicitação de Exclusão.*

Desta forma, sem validação da informação não se pode fazer uma maior averiguação, situação que impede reconhecer a existência de irregularidade, caso haja.

Multa menos onerosa.

Os lançamentos são todos decorrentes de lançamento de ofício em razão da não inclusão de determinadas informações em GFIP e em assim sendo essa situação elimina a possibilidade de aplicação da multa do artigo 35, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 61, da Lei 9.430/96, ou seja, multa de vinte por cento.

Todavia, no tocante a multa de ofício de setenta e cinco por cento aplicada na maioria do levantamentos a mesma não é adequada, uma vez que está foi introduzida pela MP 449/2008 e assim não pode ser aplicada para competências anteriores, ainda, que o lançamento se dê depois da edição da citada MP, em razão do artigo 144, da Lei 5.172/66.

O presente crédito foi constituído, em 13/07/2012, nesta ocasião já estava em vigor a Lei 11.941/2009, oriunda da conversão da MP 449/2008, ou seja, vigorava a multa de ofício de 75%, artigo 35 - A, da Lei 8.212/91, introduzido pelo diploma legal, anteriormente, citado.

Porém o presente crédito encerra contribuições do período de 01/2007 a 12/2008, Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIFP, de fls. 135 e 136.

Desta forma, para o período de 01/2007 a 11/2008, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 a regra a ser aplicada e a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

No que tange a competência 12/2008, a multa a aplicar é a do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, pois essa já se encontrava em vigor.

A retificação da multa nos termos acima esclarecidos deve ser aplicados para todos os levantamentos dos débitos DEBCAD 37.342.590-2 e 37.342.591-0, relativamente as competências 01/2007 a 11/2008.

Contribuintes Individuais.

Não há reparos a fazer na decisão da DRJ no que tange a Evaldo/Edvaldo, pois existem três RPA em nome deste contribuinte individual, fls. 4.038; 4039 e 4.040, respectivamente, R\$ 606,36; 320,00 e 300,00, as duas últimas somam por óbvio R\$ 620,00 e aparentemente estão declaradas na GFIP 02/2008, fls. 4.042, em que pese a precariedade da prova.

Contudo, a outra de valor mais alto não se encontra declarada e é esse valor que o fisco está cobrando, ante a falta de prova de oferecimento a tributação.

No caso do outro contribuinte individual John Gilbert Spangler o fisco o incluiu na competência maio/2008, do Anexo V, pois foi a competência do pagamento da expressão monetária, contudo parte da documentação apresentada, a fls. 4.028 a 4.037, ainda, que de forma precária ante a incompletude dos elementos e a má qualidade das cópias, permitiram verificar que este consta da GFIP, competência 04/2008 mês da emissão da RPA.

Assim, nesse competência maio/2008 o segurado John Gilbert Spangler e valor correspondente devem ser excluídos.

A situação do senhor Ailton Gonçalves Pereira é a seguinte, conforme consta dos autos, está listado no Anexo V para as competências 01/2008 a 04/2008 e 09/2008 na qualidade de contribuinte individual – CI.

Porém, a empresa alega que ele é empregado, juntando os documentos, de fls. 4.068 e 4.069, visando comprovar que o mesmo é empregado da recorrente e que este apenas estava efetuando o repasse do pagamento para o real contribuinte individual.

- Comp 01/2008 – consta, as fls. 4.081 e 4.124, que o pagamento se refere a adiantamento a favor de Reinaldo P. Mendonça, constando Ailton e Reinaldo na GFIP, ambos – categoria 1;
- Comp 02/2008 – consta, as fls. 4.082, que o pagamento se refere a Movimento de Caixa Nº 16, fls. 4.084, mas o valor de um documento não confere com o outro, o que nega a alegação devendo permanecer o lançamento;
- Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.086, que o pagamento se refere a fundo de caixa, bem como, as fls. 4.088 a 4.090, que este pagamento é relativo a acordo trabalhista em razão do reclamante Wilson Gomes Silva;
- Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.092 e 4.093, que o pagamento se refere a fundo de caixa;

- Comp 09/2008 – consta, as fls. 4.069 a 4.072, que o pagamento se refere a RPA 23 a favor de Pedro R. Santos, constando Ailton e Pedro na GFIP, respectivamente – categoria 1 e 13;

Passo a analisar a situação do Senhor Alex Ribeiro de Figueiredo, consta, as folhas 4.052, registro de empregados.

- Comp 01/2008 – consta, as fls. 4.053 e 4.054, que o pagamento se refere a liq. Proventos, que pode ser a qualquer um inclusive ao Senhor Alex, pois este é identificado como favorecido, sendo o nome da operação Realpaque Salários, assim o lançamento deve permanecer, até porque o valor diverge do constante da GFIP, de fls. 4.057 a 4.064, o que indica outro pagamento;
- Comp 01/2008 – consta, as fls. 4.055 e 4.056, que o pagamento se refere a liq. Proventos, que pode ser a qualquer um inclusive ao Senhor Alex, pois este é identificado como favorecido, sendo o nome da operação Realpaque Salários, assim o lançamento deve permanecer, até porque o valor diverge do constante da GFIP, de fls. 4.057 a 4.064, o que indica outro pagamento;

Dessa forma, com os esclarecimentos acima devem ser excluídos do crédito os lançamentos das competências indicadas abaixo levantamento CI – CONTRIBUINTE IND AUTÔNOMO, nos valores constante do Anexo V.

- Comp 01/2008 – consta, as fls. 4.081, que o pagamento se refere a adiantamento a favor de Reinaldo P. Mendonça, constando Ailton e Reinaldo na GFIP, fls. 4.124, ambos – categoria 1;
- Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.086, que o pagamento se refere a fundo de caixa, bem como, as fls. 4.088 a 4.090, que este pagamento é relativo a acordo trabalhista em razão do reclamante Wilson Gomes Silva;
- Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.092 e 4.093, que o pagamento se refere a fundo de caixa;
- Comp 09/2008 – consta, as fls. 4.069 a 4.072, que o pagamento se refere a RPA 23 a favor de Pedro R. Santos, constando Ailton e Pedro na GFIP, respectivamente – categoria 1 e 13;

Transportadores autônomos – fretes e carretos.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob

fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Por fim, apenas para sedimentar de vez a impossibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade por órgão administrativo, basta ler o que disse o Supremo Tribunal Federal – STF ao tratar da competência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que apesar de órgão da estrutura do judiciária exerce competência administrativa e não judicial, artigo 103-B, parágrafo 4º, da CRFB/88.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE.
ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA
DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE
ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO ULTRA VIRES.
LEGITIMIDADE DO CONTROLE
JURISDICIONAL.PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA,**

PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

D.2. Indevido exercício da atividade de controle de constitucionalidade e descumprimento do dever de zelar pelo cumprimento da LOMAN. Essa Suprema Corte, por diversas vezes, já declarou ser vedado ao CNJ o exercício de atividade de controle de constitucionalidade, por tratar-se o Conselho de órgão com natureza administrativa. Nesse sentido, em recente decisão, proferida nos autos da medida cautelar no MS 32582, deixou claro o Ministro Celso de Mello que o CNJ não dispõe de competência para exercer o controle incidental ou concreto de constitucionalidade (muito menos o controle preventivo abstrato de constitucionalidade) dos atos do Poder Legislativo. Inobstante, na hipótese presente, como já referido, para a prolação da decisão aqui combatida, o CNJ afastou do ordenamento jurídico pátrio o disposto no artigo 99 da LOMAN que, conforme esclarecido adiante, chancela de forma explícita a correção da atuação do primeiro impetrante, declarando uma suposta inconstitucionalidade do mesmo dispositivo e negando efeitos à sua vigência. Ademais, além do exercício indevido de atividade de controle de constitucionalidade, ao negar vigência a dispositivo da LOMAN, deixou o CNJ, ainda, de exercer competência indelével de zelar pelo cumprimento daquele estatuto, competência esta que lhe é conferida, também de forma explícita, pelo disposto no artigo 103-B, § 4, inciso I, da Constituição: (STF - MS: 32865 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/06/2014, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

Evidente, assim, que o CARF apesar de órgão judicante, mas por exercer essa competência apenas na função administrativa e não judicial não detém competência para o controle de constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de inconstitucionalidade, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

De mais a mais a norma e vigente, eficaz e válida e assim, nos termos do artigo 37, caput, c/c o artigo 142, parágrafo único da Lei 5.172/66 é de observação obrigatória pelo fisco.

Quanto a valor da base de cálculo a exação de transportadores frete e carretos, pode-se verificar o que segue.

- NFA Nº 016032, fls. 1.410, comp. 05/2008 deve ter a base de cálculo reduzida para 20% do valor da nota;
- RPA, de fls. 1.412, não consta do Anexo V;
- NFA Nº 016499, fls. 1.413, comp. 06/2008 já teve a base de cálculo retificada pela DRJ;
- RPA, de fls. 1.417, comp. 07/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 40,00;
- NFA Nº 016727, fls. 1.419, comp. 06/2008 não tem no Anexo V, lançamento correspondente ao valor dessa nota R\$ 1.760,00;
- RPA, de fls. 1.420, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 60,00;
- RPA, de fls. 1.422, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 26,00;
- RPA, de fls. 1.424, comp. 07/2008 não consta do Anexo V;
- RPA, de fls. 1.426, comp. 07/2008 não consta do Anexo V;
- NFA Nº 017140, fls. 1.428, comp. 09/2008 não consta do Anexo V;

Das averiguações supramencionados verifica-se que as notas ou RPA's devem ter suas bases de cálculo retificadas no lançamento tanto na parte patronal como na contribuição do segurado, conforme lista a seguir.

- NFA Nº 016032, fls. 1.410, comp. 05/2008 deve ter a base de cálculo reduzida para 20% do valor da nota;
- RPA, de fls. 1.417, comp. 07/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 40,00;
- RPA, de fls. 1.420, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 60,00;
- RPA, de fls. 1.422, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 26,00;

Retenção sobre serviços fora dessa sistemática.

Penso de maneira diametralmente oposta ao julgador *a quo* não é a empresa que tem que provar que não está sujeita à retenção, mas sim o fisco é que deve provar que ela e o serviço prestado se submetem a essa técnica de arrecadação, caso ela própria não se autoconsidere sujeito a essa sistemática.

Assim sendo, as notas fiscais das empresas, abaixo citadas, e identificadas pelo número de folhas do processo se, ainda, não foram excluídas da retenção devem o ser.

- Mega – Recursos Humanos Ltda, de fls. 1.874 a 1.894;
- Metro Montagens e Locações de Equipamentos para Construção Civil Ltda – ME, de fls. 1.901;
- Cláudio Ferreira de Araújo – de fls. 1.916.

Expostos os argumentos acima o crédito merece ser retificado, nos termos supramencionados.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para excluir dos créditos os elementos a seguir discriminados:

I – em razão da decadência pelo artigo 150, §4º, da Lei 5.172/66 as competências março/2007 e abril/2007 de todos os créditos e levantamentos, relativo as contribuições sociais previdenciárias, exceto o crédito DEBCAD 37.342.592-9 – por se referir a outras entidades e fundos – terceiros;

II- em razão da decadência pelo artigo 150, §4º, da Lei 5.172/66 as competências 01/2007; 02/2007; 05/2007 e 06/2007, relativas ao crédito DEBCAD 37.342.592-9 – referente a outras entidades e fundos – terceiros;

III – o levantamento AL – ALIMENTAO SEM PAT de todos os créditos, pois alimentação *in natura* não é base de calcula da contribuição previdenciária;

IV - os levantamentos AB – ABONO FERIAS CCT 2007 e AF – ABONO FERIAS CONV COLETIVA devem ser excluídos de todos os créditos desse PAF onde se encontram lançados, uma vez que estão fora da hipótese de incidência;

V - o segurado John Gilbert Spangler e valor correspondente da competência maio/2008 do levantamento CI – CONTRIBUINTE IND AUTÔNOMO parte patronal e segurado;

VI - do crédito os lançamentos das competências indicadas abaixo do levantamento CI – CONTRIBUINTE IND AUTÔNOMO, nos valores constante do Anexo V, parte patronal e segurado - Comp 01/2008 – consta, as fls. 4.081, que o pagamento se refere a adiantamento a favor de Reinaldo P. Mendonça, constando Ailton e Reinaldo na GFIP, fls. 4.124, ambos – categoria 1; - Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.086, que o pagamento se refere a fundo de caixa, bem como, as fls. 4.088 a 4.090, que este pagamento é relativo a acordo trabalhista em razão do reclamante Wilson Gomes Silva; - Comp 03/2008 – consta, as fls. 4.092 e 4.093, que o pagamento se refere a fundo de caixa; - Comp 09/2008 – consta, as fls. 4.069 a 4.072, que o pagamento se refere a RPA 23 a favor de Pedro R. Santos, constando Ailton e Pedro na GFIP, respectivamente – categoria 1 e 13;

VII - devem ser retificadas as bases de cálculo das notas fiscais ou RPA's tanto na parte patronal como na contribuição do segurado, para o levantamento CI – CONTRIBUINTE IND AUTÔNOMO, Anexo V, conforme a seguir descrito: a) NFA Nº 016032, fls. 1.410, comp. 05/2008 deve ter a base de cálculo reduzida para 20% do valor da

nota; b) RPA, de fls. 1.417, comp. 07/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 40,00; c) RPA, de fls. 1.420, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 60,00; d) RPA, de fls. 1.422, comp. 06/2008 deve ter sua base de cálculo reduzida para R\$ 26,00;

VIII – as notas de retenção relativas as empresas citadas devem ser excluídos, pois os serviços delas (notas) constante não se sujeitam a retenção: a) Mega – Recursos Humanos Ltda, de fls. 1.874 a 1.894; b) Metro Montagens e Locações de Equipamentos para Construção Civil Ltda – ME, de fls. 1.901; c) Cláudio Ferreira de Araújo – de fls. 1.916.

IX – que a multa de mora/ofício seja retificada para o período de 01/2007 a 11/2008, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66, pois a regra a ser aplicada é a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

No que tange a competência 12/2008, a multa a aplicar é a do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, pois essa já se encontrava em vigor.

A retificação da multa nos termos acima esclarecidos deve ser aplicados para todos os levantamentos dos débitos DEBCAD 37.342.590-2 e 37.342.591-0, relativamente as competências 01/2007 a 11/2008, tudo a depender do momento do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.