



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

Processo nº 15983.000945/2008-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.394 – 3ª Turma Especial
Sessão de 16 de maio de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO INDIRETA: PRO-LABORE
Recorrente ASSTMAN CONSULT. E ASS. TECN. DE MANUT S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

Ementa:

CONTRIBUIÇÕES PARA TERCEIROS CONVENIADOS.

O contribuinte é obrigado a recolher as contribuições previdenciárias, SAT e para Terceiros Conveniados, incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas a seus empregados e contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

Constatados fatos geradores sem recolhimento das contribuições previstas na Lei 8.212/91, a fiscalização lavrará Auto de Infração para constituição do crédito previdenciário.

EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir da sua exclusão às normas de tributação e de arrecadação aplicáveis às empresas em geral.

MULTA. RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 15983.000945/2008-48
Acórdão n.º **2803-002.394**

S2-TE03
Fl. 585

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, que deve ser comparada à multa do lançamento fiscal, prevalecendo a mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oseas Coimbra Júnior, Eduardo de Oliveira, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Natanael Vieira dos Santos.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de crédito de contribuições apuradas conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, anexo as fls. 28/33. Refere-se às contribuições devidas pelo contribuinte e destinadas a Terceiros Conveniados (FNDE, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE), incidentes sobre a remuneração de segurados empregados, período de 12/2003 a 12/2004, inclusive 13º salário/2004.

Consta do relatório fiscal, fls. 28/30 dos autos digitalizados:

2. *Trata-se de empresa que tem como objeto social: "Consultoria, Treinamento Técnico Industrial com Administração de Cursos Teóricos e Práticos e Assistência Técnica de Manutenção, Industrial e Marítima em Embarcações Nacionais e Estrangeiras" (cláusula III, da 2a. alteração do contrato social, datada de 05/10/99 e registrada no Oficial de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Santos, em 10/11/99, sob nº 004882, sendo esta a última alteração que foi apresentada à fiscalização). A empresa se encontra em plena atividade, tendo o início de seu funcionamento se dado em 04/05/1989.*

3. *Em consulta aos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil — RFB - observamos que o contribuinte se auto-enquadrou como optante pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, desde 01/01/1997.*

Através do Termo de Início da Ação Fiscal — TIAF, datado de 05/05/2008, intimamos o contribuinte a apresentar os documentos ali relacionados. Nos contratos de prestação de serviços e as notas fiscais apresentados pela empresa, no período abrangido por esta fiscalização, que vai de 12/2003 a 12/2004, constatamos que a empresa exerce atividade em que é vedada a opção por esse sistema simplificado de pagamento de impostos e contribuições.

Os contratos que nos foram apresentados, assinados com as tomadoras de serviço CARGILL AGRÍCOLA S/A, CNPJ 60.498.706/0007-42 e HAMON RESEARCH-COTTRELL DO BRASIL LTDA., CNPJ 71.660.054/0001-21, datados de 09/03/2004 e 02/12/2003, respectivamente, tratam, em linhas gerais, de serviços de manutenção e montagem de aparelhos e máquinas industriais. Além desses dois contratantes, verificamos a emissão de notas fiscais para outras empresas com prestação de serviços semelhantes aos descritos.

Comunicamos a ocorrência dessa situação ao Sr. Delegado da RFB em Santos, encaminhando solicitação para que a empresa

fosse excluída de ofício do SIMPLES, baseados na vedação disposta no inciso XIII do art. 9º, da Lei nº 9.317, de 05/12/1996 e no Ato Declaratório Normativo (ADN) COSIT no. 4, de 22/02/2000, emanado pelo Coordenador-geral do Sistema de Tributação e publicado no DOU em 23/02/2000, que dispõe:

"não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia."

Em vista da situação ora apresentada, foi instaurado o processo nº 15983.000570/2008-16 que culminou com a emissão do Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 32, de 30 de junho de 2008, que trata da exclusão, a partir de 01/01/2002, da sistemática de pagamentos de tributos e contribuições federais denominada SIMPLES da empresa ora em tela. A ciência do contribuinte para este ato se deu em 08/07/08, através do Aviso de Recebimento nº RC 44179349 5 BR emitido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (anexo a este relatório).

4. Em face do exposto, procedemos, então, ao levantamento das contribuições a cargo da empresa e não recolhidas em época própria, que abrangem: a) a parte patronal (vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregado; três por cento destinados ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e vinte por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado contribuinte individual) que está incluída no AI debcad nº 37.145.855-2; b) a parte devida aos denominados terceiros, no caso FNDE, INCRA, SEBRAE, Sesi e SENAI, que é objeto deste Auto-de-Infração; c) a parte devida pelos contribuintes individuais que prestaram serviço à empresa, valores estes que não foram descontados da remuneração desses segurados, mas cujo recolhimento é de responsabilidade da empresa tomadora desses serviços (essa última constituiu o AI debcad nº 37.145.857-9).

5. As quantias devidas no presente levantamento são oriundas de informações obtidas nas folhas de pagamentos da empresa — FP, na Relação Anual de Informações Sociais — RAIS, nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações Previdência Social - GFIP, nos livros contábeis e nos demais documentos apresentados a esta fiscalização.

6. As contribuições sociais devidas pelo contribuinte a terceiros foram inseridas no • levantamento discriminado adiante:

FPI — FOLHA NÃO DECLARADA EM GFIP — trata-se do levantamento dos valores que não foram declarados em GFIP, dessa forma não ensejando ao contribuinte o direito à redução de 50% na multa. A sistemática de cálculo desses valores devidos se fez pelo lançamento do salário de contribuição

calculado com base na remuneração paga aos segurados empregados e sobre este montante foi aplicada a alíquota total de 5,8% (cinco vírgula oito por cento) que é destinada às seguintes entidades: 2,5% ao FNDE; 0,2% destinado ao INCRA; 1,0% para o SENAI; 1,5% ao Sesi e 0,6% para o SEBRAE.

A título de esclarecimento, cabe relatar que, com exceção do mês 12/2003 e conseqüentemente do décimo terceiro salário de 2003, o contribuinte informou na GFIP a totalidade da base de cálculo da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS em todo o período desta auditoria. Porém ao informar mensalmente neste documento ser detentor do direito à opção pelo SIMPLES, declarou apenas como devidos à Previdência Social os valores da parte descontada dos segurados que lhe prestaram serviço, ou seja, toda a parte patronal devida deixou de ser informada, o que prejudica a visualização da real situação da empresa perante a Previdência Social.

O período deste levantamento abrange as competências de 12/2003 a 12/2004.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal, inconformado apresentou impugnação.

O órgão julgador de primeira instância administrativa fiscal considerou procedente o lançamento fiscal.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão e interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- em virtude da irregular desclassificação do sistema SIMPLES foram exigidas da recorrente as contribuições sociais patronais, pior ainda, sem debitar os valores de créditos previamente informados;

- suas atividades são subordinadas a projetos, supervisão de engenharia e execução, por profissional habilitado. A cessão de mão de obra, atividade da recorrente, não está subjugada à responsabilidade técnica, motivo pelo qual a recorrente não está sequer registrada no Conselho de Engenharia;

- a norma trazida pela decisão que excluiu a adesão da recorrente ao SIMPLES (resolução nº 218/73 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia) extrapola os limites trazidos pela Lei 5.194/66;

- há créditos de retenções na fonte que foram feitas pelos tomadores de serviço. É direito do contribuinte a compensação direta dos tributos devidos com aqueles retidos mês a mês, nos termos do art. 31 da Lei 8.212/91. Não há justificativa para que a fiscalização não deduza os valores correspondentes ao crédito ou faça a compensação de ofício;

- não se pode admitir a imputação de multa de ofício ou moratória, posto que os créditos são sempre anteriores aos débitos (indevidamente) apontados e, somente na eventualidade de se haver saldo residual a pagar, ainda descontados os valores havidos de sobras de operações anteriores, é que se deve exigir a penalidade;

- ha exigência indevida de contribuição social de pagamento a administrador, com base nos valores recolhidos à previdência privada. Não se pode admitir a tributação, como se fora remuneração, das contribuições que a recorrente paga a seus diretores, pois não se confunde o pró-labore com o benefício previdenciário;

- por fim, requer o cancelamento do lançamento fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, fl. 582, e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual passo a analisá-lo.

Como se nota do relatório fiscal, fls. 28/30, o fisco, com base nos contratos de prestação de serviços e as notas fiscais apresentados pela empresa, período 12/2003 a 12/2004, constatou que a empresa exerce atividade vedada à opção pelo sistema SIMPLES.

A empresa foi excluída de ofício do SIMPLES, com base na vedação disposta no inciso XIII do art. 9º, da Lei 9.317, de 05/12/1996 e no Ato Declaratório Normativo (ADN) COSIT no. 4, de 22/02/2000, emanado pelo Coordenador-geral do Sistema de Tributação e publicado no DOU em 23/02/2000, que dispõe:

"não podem optar pelo SIMPLES as pessoas jurídicas que prestem serviços de montagem e manutenção de equipamentos industriais, por caracterizar prestações de serviço profissional de engenharia."

Em vista da situação, foi emitido Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 32, de 30 de junho de 2008, que trata da exclusão da recorrente do SIMPLES, a partir de 01/01/2002.

Diante do exposto, foram levantadas as contribuições a cargo da empresa e não recolhidas em época própria, que está incluída no AI Debcad 37.145.855-2, bem como, a parte dos Terceiros (FNDE, INCRA, SEBRAE, SESI e SENAI) que é objeto deste Auto-de-Infração (AI Debcad 37.145.856-0), e, ainda, a parte devida pelos contribuintes individuais de responsabilidade da recorrente (AI Debcad 37.145.857-9).

Ao informar mensalmente na GFIP ser detentor do direito à opção pelo SIMPLES, declarou apenas como devidos os valores da parte descontada dos segurados que lhe prestaram serviço, ou seja, toda a parte patronal devida, inclusive a de Terceiros, deixou de ser informada, período de 12/2003 a 12/2004.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições para Terceiros, conforme art. 94 da Lei 8.212/91. Constatado o não recolhimento das contribuições a Terceiros, a fiscalização lançará o crédito previdenciário, nos termos do art. 37 da Lei 8.212/91 e demais fundamentações legais contidas às folhas 16 e 19 dos autos.

Os argumentos relativos à exclusão do SIMPLES abordados pela recorrente não serão analisados em virtude do lançamento fiscal se referir a outro assunto (contribuições a Terceiros, cujo recolhimento é obrigatório).

Consta do relatório fiscal que foram apropriados nos lançamentos efetuados os valores referentes às contribuições recolhidas por meio de Guias da Previdência Social — GPS código 2631, por tomadores dos serviços oferecidos pela empresa fiscalizada, como se

pode observar no Relatório de Documentos Apresentados — RDA (fls. 14/15). Não houve apresentação de outros documentos de recolhimento por parte da empresa.

A recorrente apresenta recurso voluntário de caráter genérico sem especificar e contestar o lançamento fiscal. Argumentos genéricos e sem comprovação não são suficientes para a desconstituição do crédito fiscal.

O setor competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB responsável pela cobrança dos valores constantes do lançamento fiscal deve atentar para o resultado definitivo do processo de exclusão do SIMPLES relativo à recorrente.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

As contribuições para Terceiros seguem as mesmas regras de cobrança estabelecidas para as contribuições sociais previdenciárias.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação nos termos do art. 150 do CTN. Corroboram com o entendimento o Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 289181/MG.

A multa aplicada pela Lei 8.212/91, na redação introduzida pela Lei 11.941/2009, estabelece a distinção entre multa de mora (art. 35) e a multa de ofício (art. 35-A). Suas aplicações devem seguir formas distintas, aplicando-se para a multa de mora o art. 61 da Lei 9.430/96, e para a multa de ofício o art. 44 da Lei 9.430/96. Este entendimento, também, é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Processo - AGRESP 200601560547.

A multa de mora, art. 35 da Lei 8.212/91, deve ser aplicada para pagamento fora do prazo previsto na legislação e será calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso limitada a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 61 da Lei 9.430/96.

A multa de ofício, art. 35-A da Lei 8.212/91, deve ser aplicada nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96 (I - 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II - 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal). O lançamento de ofício está previsto no art. 149 do CTN:

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas por meio de lançamento de ofício decorrem do fato de omissão na declaração e recolhimento intempestivos da contribuição, nos termos do Processo -RE-AgR 241087. O julgado é acompanhado pelo STJ, REsp 330519/RS, e Tribunais Federais - TRF-3ª Região, AC 94.03.010836-3/SP, e TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.047531-2/DF; que compreendem que deve ser efetuado o lançamento de ofício quando constatada diferença a menor, ou inexistência de pagamento, ou irregularidades na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão).

As alterações trazidas pela Lei 8.212/91 quanto à aplicação da multa devem ser observadas no caso objeto de análise, buscando o disposto nos artigos 106, inciso II, e 112, ambos do CTN, no sentido de se analisar e aplicar a norma que for mais benéfica ao contribuinte.

Ante ao exposto, por se tratar de diferenças não recolhidas na época própria (recolhimento intempestivo da contribuição) e não declarada em GFIP, refere-se a lançamento de ofício. Assim, a multa a ser aplicada será a do art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a mais favorável ao contribuinte.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio de Relatório Fiscal e, ainda, Discriminativo Analítico de Débito – DAD com informações das alíquotas e os valores das contribuições sociais devidas; a Instrução para o Contribuinte – IPC; os Fundamentos Legais do Débito – FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei 8.212/91.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, que deve ser comparada à multa do lançamento fiscal, prevalecendo a mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima