



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

Processo nº 18050.001566/2008-94
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **2403-001.006 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 7 de fevereiro de 2012.
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CIA DE ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DA BAHIA - COELBA E OUTRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/10/1998

Ementa:

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Por maioria de voto, dar provimento parcial ao 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. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente/Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel De Souza, Ivacir Julio De Souza, Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro e Marthius Sávio Cavalcante Lobato

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador, acórdão 15-19.044, que julgou procedente o lançamento.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

Do Lançamento

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário contra a COELBA- CIA DE ELETRICIDADE DO ESTADO DA BAHIA e a ELETREL INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA (inscrita no CNPJ sob número 13.683.313/0001-33), no montante de R\$ 52.728,89 (cinquenta e dois mil setecentos e vinte e oito reais e oitenta e nove centavos), consolidado em 25 de junho de 2003, relativo à responsabilidade solidária na construção civil.

Consoante o Relatório Fiscal (fls. 31/34), o crédito apurado refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos segurados empregados, da empresa e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

De acordo com o relato da Fiscalização, o fato gerador da presente notificação é constituído pelos valores constantes em notas fiscais de prestação de serviço, referentes à mão-de-obra contratada de pessoa jurídica, nas competências 07/1998, 08/1998 e 10/1998, tendo sido o crédito apurado por meio de aferição indireta, com fundamento no art. 30, VI, da Lei 8.212/91, com redação alterada pela Lei 9.528/97, combinado com os artigos 43 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social - ROCSS, aprovado pelo Decreto 2.173/97 e artigo 63 da Instrução Normativa INSS/DC nº 70/2002 (40% do valor dos serviços constantes das notas fiscais), uma vez que a COELBA não apresentou as guias de recolhimento prévio solicitadas.

O Relatório informa ainda que os serviços de construção de redes elétricas, executados pela empreiteira, fazem parte do Anexo III, 45.32-2 da IN 69/2002 e que as notas fiscais, data de emissão, valor total e tipo de serviço estão relacionados na tabela anexa ao Relatório de Fatos Geradores.

Da Impugnação

A COELBA foi cientificada do lançamento, por via postal, em 02 de setembro de 2003, conforme comprovante A fl. 263. Apresentou impugnação em 17 de setembro de 2003, As fls. 41/46, alegando, em síntese, o que se relata a seguir.

Inconformada com a decisão, a recorrente (COELBA) apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- O órgão julgador a quo manteve o lançamento fiscal, sob a alegação de que a Recorrente não juntou a documentação necessária a prova da quitação do valor supostamente devido. Em função disso, também foi mantida a imputação de responsabilidade solidária, bem como a apuração do valor supostamente devido mediante aferição indireta.
- Uma vez demonstrado pelo contribuinte o desacerto da presunção, mediante a apresentação das guias de pagamento e demais documentos comprobatórios da quitação do suposto débito que lhe foi imputado, tal presunção deve ser desconstituída, fazendo-se o mesmo em relação aos lançamentos fiscais dela decorrentes.
- A Recorrente apresentou toda a documentação hábil, idônea e suficiente A comprovação da quitação dos supostos débitos em questão.
- Ao contrario do que afirmou o acórdão recorrido, a . Recorrente anexou sim aos autos as cópias das folhas de pagamento correspondentes às guias de recolhimento.
- A presunção gerada pelo método da aferição indireta é relativa (juris tantum), tendo sido devidamente elidida pela apresentação de farto e suficiente conjunto probatório em contrário, constante dos autos;
- A aferição indireta do montante supostamente devido é um expediente cuja utilização pela Fazenda Pública possui caráter excepcional, só podendo ser utilizada na ocorrência das hipóteses e requisitos estritamente definidos em lei, que não se vislumbraram in casu.
- Houve apenas uma indisponibilidade momentânea dos documentos durante o procedimento fiscalizatório por estes se encontrarem com a ELETREL.
- Deve ser inteiramente afastada eventual responsabilidade solidária da tomadora de serviço quando for comprovado o recolhimento por parte da prestadora.
- Encontram-se devidamente comprovados nos autos os efetivos recolhimentos das contribuições previdenciárias por parte da empresa prestadora do serviço

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

Segundo o relatório Fiscal, folhas 222 a 225, o lançamento, pelo fato de a recorrente não haver apresentado os documentos solicitados durante a fiscalização, se utilizou do instituto da aferição.

3.1- CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO

O crédito constante do lançamento foi obtido com base no valor das notas fiscais de serviço/fatura de mão de obra, apurado por aferição indireta, disciplinada no artigo 33, § 3º da Lei 8.212/1991 (com a redação posterior da Lei 10.256, de 09/07/2001), combinado com o artigo 52 do ROCSS, aprovado pelo Decreto 2.173/97, uma vez que a COELBA não apresentou as Guias de Recolhimento Prévio solicitadas, não elidindo a sua responsabilidade. A contratante não obedeceu o que determina a ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF 165, III, 20, de 11/07/1997, modificada pela ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF 185, de 31/03/1998 e os §§ 1º e 20 do artigo 43, do ROCSS, aprovado pelo Decreto 2.173 de 05/03/97.

3.2- RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE

A responsabilidade do contratante dos serviços prestados por pessoa jurídica em construção civil, esta disciplinada no inciso VI, do artigo 30, da Lei 8.212, de 24/07/1991 (com redação dada pela Lei 9.528/97), combinada com o artigo 43, do ROCSS, aprovado pelo Decreto 2.173/97.

A cessão de mão de obra esta caracterizada nas fls 124, 125 e 167 deste processo.

3.3- BASE DE CALCULO

A base de cálculo foi apurada de acordo com o percentual de 40% estabelecido no artigo 74, da INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC 69, de 10/05/2002 (DOU DE 15/05/2002), no caso de construção civil.

Este percentual foi aplicado sobre o total das notas fiscais, por competência, uma vez que a empresa contratante fornece todo o material utilizado (fl 125 e 168 deste processo).

O Decreto 2.173/97 estabelece condições para elisão da responsabilidade solidária. Para que isso aconteça, deve ser comprovado pelo executor da obra o recolhimento

das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, quando não comprovadas contabilmente.

Para tanto, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento. O procedimento da aferição indireta tem respaldo no artigo 33 da Lei 8.212/91

Decreto 2173/97

Art. 43. O proprietário, o incorporador definido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, o dono de obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor nas obrigações para com a seguridade social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra, admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações.

§ 1º A responsabilidade solidária somente será elidida se for comprovado pelo executor da obra o recolhimento das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura, quando não comprovadas contabilmente.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, o executor da obra deverá elaborar folhas de pagamento e guias de recolhimento distintas para cada empresa contratante, devendo esta exigir do executor da obra, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da guia de recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento.

§ 3º Considera-se construtor, para os efeitos deste Regulamento, a pessoa física ou jurídica que executa obra sob sua responsabilidade, no todo ou em parte.

Lei 8.212/91

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11; e ao Departamento da Receita Federal-DRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível,

inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Solicitação de Diligência Fiscal, folha 103, deixa claro que a COELBA não apresentou os documentos necessários à elisão da responsabilidade solidária.

2. Não tendo a COELBA, para se elidir da responsabilidade solidária, apresentado a documentação prevista no § 2º do Art. 43 do Decreto 2.173/97, a base de cálculo das contribuições previdenciárias foi apurada por aferição indireta, com base no valor das notas fiscais de serviço/faturas de mão-de-obra emitidas pela Eletrel Instalações Elétrica Ltda, de acordo com o percentual previsto no Art. 63 da Instrução Normativa INSS/DC nº 070 de 10 de maio de 2002.

Quanto à questão da guia de recolhimento apresentada, referente a desconto de segurado, e folhas de pagamento, tais documentos não elidem a responsabilidade solidária da COELBA, uma vez que estes documentos não estão vinculados nem à contratante nem às notas fiscais, conforme manifestação fiscal, folha 226.

-a guia apresentada (fl 74), referente a desconto de segurado, as folhas de pagamento (fl 87 a 99) não elidem a responsabilidade solidária da Coelba, uma vez que estes documentos não estão vinculados nem à contratante nem às notas fiscais não obedecendo o que determina a ORDEM DE SERVIÇO INSS/DAF 165, III, 20, de 11/07/1997, modificada pela ORDEM DE SERVIÇO INSSIDAF 185, de 31/03/1998 e os §§ 1º e 2º do artigo artigo 43, do ROCSS, aprovado pelo Decreto 2.173 de 05/03/97.

O conta corrente da empresa (fl 217) não consta recolhimento nas competências 07 a 09/1998 e a competência 10/1998 é exatamente referente A guia anexada a fl 74;

Verifica-se pelo exposto acima que o procedimento fiscal foi correto e conforme as normas.

MULTA DE MORA

Por dever de ofício passo a analisar a questão da multa de mora aplicada.

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 estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que 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, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la 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.

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

Voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação do artigo 35 da Lei 8.212/91 dada pela Lei 11.941/2009 e prevalência da mais benéfica à contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari