



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 37339.000403/2007-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-008.841 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2021
Recorrente REBELO IND. COM. E NAVEGAÇÃO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LANÇAMENTO. ATIVIDADE VINCULADA.

A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, uma vez detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, cabe à autoridade tributária proceder ao lançamento, com os devidos acréscimos legais.

DECADÊNCIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º DO CTN. SÚMULA CARF Nº 99.

Havendo recolhimento antecipado, o prazo decadencial relativo ao cumprimento de obrigação principal será de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN

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 (Súmula CARF nº 99).

REGIMENTO INTERNO DO CARF. § 3º ART. 57. APLICAÇÃO

Presentes na peça recursal os argumentos de defesa já explicitados por ocasião do oferecimento da manifestação de inconformidade ou impugnação, que foram claramente analisados pela decisão recorrida, esta pode ser transcrita e ratificada.

PROVAS. MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. NÃO APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO.

A prova documental deve ser produzida no início da fase litigiosa (impugnação), considerado o momento processual oportuno, precluindo o direito do sujeito passivo de fazê-lo posteriormente, salvo a ocorrência de qualquer das hipóteses que justifiquem sua apresentação posterior.

PERÍCIA. CONHECIMENTO TÉCNICO ESPECIALIZADO. SUBSTITUIR PROVA DOCUMENTAL. PRESCINDÍVEL. (SÚMULA CARF Nº 163).

A perícia, pela sua especificidade, não tem a faculdade de substituir provas que poderiam ser produzidas pela contribuinte com a juntada de documentos aos autos no momento oportuno. Assim, o pedido de perícia será indeferido se o fato a ser provado não necessitar de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador. O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis (Súmula CARF nº 163).

PROCESSUAIS NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido o Auto de Infração lavrado segundo os requisitos estipulados no art. 10 do Decreto 70.235, de 1972 e comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo e tampouco cerceamento de defesa.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LEIS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

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

As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais.

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.

MPF. IRREGULARIDADE. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA CARF Nº 171.

O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária com vista à maior segurança e transparência do procedimento de auditoria fiscal.

Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento (Súmula CARF nº 171).

MULTA. PERCENTUAL APLICADO. MP Nº 449, DE 2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941, DE 2009. RETROATIVIDADE BENÉFICA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. Nota PGFN SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Em homenagem ao princípio da retroatividade benéfica e em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ e posição da PGFN, conforme Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, deve ser realizado o recálculo da multa,

observando-se a atual redação do art. 35 da Lei 8.212, de 1991, conferida pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo em 20% para a multa moratória, por caracterizar-se como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, "c", do CTN.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO. SÚMULA CARF nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018). Súmula CARF nº 4.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e judiciais, mesmo proferidas pelo CARF ou pelos tribunais judiciais, que não tenham efeitos vinculantes, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se estendem a outras ocorrências, senão aquela objeto da decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso, exceto quanto aos novos documentos anexados apenas na fase recursal, e, na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial para reconhecer a decadência das competências 01/2001 a 02/2002 (inclusive) e determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos –Presidente Substituto e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sônia de Queiroz Accioly, Leonam Rocha de Medeiros, Diogo Cristian Denny (Suplente convocado), Samis Antônio de Queiroz, Martin da Silva Gesto e Mário Hermes Soares Campos (relator e Presidente em exercício). Ausente o conselheiro Ronnie Soares Anderson, substituído pelo conselheiro Diogo Cristian Denny..

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão nº 01-10.859 – 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA (e.fls. 2642/2692), que, em análise de impugnação apresentada pelo sujeito passivo, julgou procedente em parte o lançamento relativo à Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD/DEBCAD - nº 37.088.943-6, de 26/03/2007, no valor original consolidado de R\$ 3.914.599,23, com ciência pessoal, por intermédio de representante legal (diretor), em 30/03/2007.

Conforme o “Relatório de Notificação de Lançamento de Débito NFLD nº 37.088.943-6” (e.fls. 559/569), o lançamento refere-se às contribuições devidas pela pessoa jurídica, incidentes sobre o total da remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados

empregados a seu serviço e a contribuintes individuais que lhe prestam serviços; para o Fundo de Previdência e Assistência Social, o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (Gilrat) e as contribuições destinadas a terceiros. As principais constatações, elementos do lançamento, levantamentos e créditos considerados encontram-se consignados no Relatório Fiscal, onde destaco as seguintes informações:

(...)

5. DOS LEVANTAMENTOS

Valores Declarados em GFIP-FPG e FP, RETENÇÃO SERVIÇO PRESTADO E TOMADOR DE SERVIÇO AVULSO.

5.1. Levantamento FPG - O montante devido neste levantamento foi apurado ao exame das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) conforme dispõe o inciso IV do artigo 225 do Regulamento aprovado pelo Decreto 3048/99 apresentadas pela empresa conforme solicitado em TIAD durante a ação fiscal.

5.2. As remunerações (bases de cálculo) informadas nas Gfips entregues pela empresa estão de acordo com as remunerações observadas nos sistemas informatizados de arrecadação do INSS (PLENUS - ÁGUA/CNISA) processadas pela Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social - DATAPREV, a partir das informações constantes da GFIP, contudo, em algumas competências a empresa informou e recolheu de maneira incorreta. Desta forma, para o cálculo dos valores foram utilizados as bases informadas pelo contribuinte em GFIP e onde as informações foram feitas de maneira incorreta utilizamos as informações de RAIS E FOLHA DE PAGAMENTO.

5.4. A declaração feita pelo contribuinte em GFIP e o arquivo SEFIP correspondente referente à contribuição previdenciária, equivale à confissão de dívida dos valores dela decorrentes e crédito(s) passível (is) de inscrição em Dívida Ativa na ausência do oportuno recolhimento e conseqüente execução judicial nos termos da lei 6.830 de Julho de 1980.

5.5 Para os levantamentos de Retenção por serviços terceirizados identificados por prestador, constituímos o crédito relativo à retenção de onze por cento prevista no art. 31 da Lei nº. 8.212, de 1991, a partir de setembro de 2002 em diante, vez que todas as prestadoras de serviço são optantes pelo SIMPLES e no período de 1º de janeiro de 2000 a 31 de agosto de 2002, não estiveram sujeitas à retenção de onze por cento sobre o valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos na prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada.

5.5.1 A empresa utiliza como base de cálculo para efetivar a retenção o percentual de 30% (trinta por cento do valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços para qualquer tipo de serviço) citaremos como exemplo entre outras a prestadora de serviço A.P.N SERVIÇOS LTDA nas Notas Fiscais discrimina como serviços navais de chaparia, solda manutenção e reparo de máquinas e motores, em anexo estão as Notas Fiscais 0001 e 00064. Abaixo discriminaremos por prestador de serviço a descrição dos serviços realizados:

(...)

Pedimos esclarecimentos para a pessoa responsável pela retenção e recolhimentos dos terceirizados, fomos informados que a empresa se utiliza do disposto no artigo 159 inciso II.

(...)

Pedimos então os contratos de prestação de serviço (em anexo) bem como a apresentação de documentos fiscais de aquisição de material ou contrato de locação de equipamentos, informamos também que nenhuma comprovação material para a utilização do percentual de trinta por cento nos foi apresentada. Constatamos através da

contabilidade da empresa auditada que toda despesa de combustível corre por conta da Contratante.

5.6 No levantamento AVJ-Tornador de Serviço Avulso, informamos que a empresa contratante ou requisitante dos serviços de trabalhador avulso, cuja contratação de pessoal não for abrangida pela Lei nº. 8.630, de 1993, e pela Lei nº. 9.719, de 1998, é responsável pelo recolhimento de todas as contribuições sociais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades ou fundos, bem como pelo preenchimento e pela entrega da GFIP, observadas as demais obrigações previstas no RPS.

5.6.1 Pedimos através do Termo de Intimação e Apresentação de DOCUMENTOS_TIAD as Guias de Recolhimento dos empregados avulsos bem como a relação dos trabalhadores, entretanto, até o presente lançamento não nos foi apresentado, ensejando assim o referido lançamento de crédito.

5.7 No levantamento CTB, lançamos os valores correspondentes à remuneração pagas a contribuinte individual transportador autônomo;

6. Diferença de Acréscimos Legais - DAL

Ao efetuar o pagamento de Guias da Previdência Social — GPS em atraso o contribuinte informou os valores relativos à multa e acréscimos legais em desacordo com a Lei 8212 conforme o Relatório Fundamentos Legais do Débito, parte integrante desta Notificação. As diferenças podem ser verificadas no Relatório DAL

7. DOS CRÉDITOS

GPS pagas pelo contribuinte

A competência para cobrar valores referentes a reclamações trabalhistas pertence à Justiça do Trabalho a partir de 16/12/1998 conforme Emenda Constitucional 20, razão pela qual os valores pagos referentes a reclamações trabalhistas não foram considerados como créditos nestes lançamentos.

Os créditos referentes às retenções em que a empresa tomadora do serviço efetivou foram considerados,

Lançamentos de Débito Confessado

Foram considerados créditos os seguintes Lançamentos de Débito Confessado — LDC. referentes a fiscalizações anteriores e adesão ao REFIS:

(...)

Todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, relacionados à contribuição devida sobre a remuneração de Empregados, foram deduzidos do total do crédito previdenciário apurado nesta NFLD, conforme se pode observar no RELATÓRIO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS - RDA; no RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS-RADA;

(...)

Inconformada com o lançamento, a contribuinte apresentou impugnação, documento de e.fls. 2139/2185, onde preambularmente suscita nulidades da Notificação, sob argumentos de que: a) os levantamentos de débitos previdenciários, realizados pela fiscalização teriam extrapolado o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), não estando, assim, autorizados pelo respectivo mandado; b) os dispositivos legais indicados na NFLD não guardariam pertinência com os lançamentos realizados. referentes a pagamentos às empresas pessoas jurídicas legalmente constituídas e aos sindicatos; c) violação ao princípio da verdade material, posto que, em seu entender, a legislação indicada como infringida não se coaduna com os levantamentos apontados na notificação; e d) decadência do direito de lançamento do crédito tributário, relativamente ao período anterior a 30/03/2002. Os principais argumentos de defesa contidos na impugnação encontram-se sintetizados no Relatório do Acórdão recorrido nos seguintes termos:

14. A empresa fora notificada do lançamento em 30/03/2007, tendo apresentado impugnação tempestiva em 16/04/2007, segundo Consulta Dados Identificadores de Processo de fls. 2.128 e despacho de fls.2.129, alegando, em síntese:

14.1 Nulidade da NFLD por extrapolar o Mandado de Procedimento Fiscal - PF, pois os levantamentos realizados pela Fiscalização não se enquadram nas letras "a", "b" e "c" do artigo 11 da Lei nº 8.212/91, uma vez foram levantados pagamentos realizados às pessoas jurídicas legalmente constituídas, devidamente registrados na Secretaria da Receita Federal e pagamentos realizados aos Sindicatos, legalmente organizados, assim, os levantamentos realizados pela Auditoria-Fiscal não se referem a empregados da impugnante.

14.2 O mesmo se aplica às contribuições devidas Outras Entidades ou Fundos (Terceiros).

14.3 Os artigos 10 e 2º da Lei nº 11.098/2005 não guardam pertinência com os levantamentos realizados pela Fiscalização.

14.4 A Lei nº 11.098, de 13 de janeiro de 2005, não retroage, portanto, não se aplica a levantamentos realizados no período anterior a 13 de janeiro de 2005, aplicando-se somente a partir de 10 de janeiro de 2006, em obediência ao disposto no artigo 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade).

14.5 Os dispositivos legais indicados na NFLD não guardam pertinência com os lançamentos realizados pela Fiscalização, violando o art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

14.6 A NFLD viola o princípio da verdade material, pois deve a Fiscalização pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na lei.

14.7 O período anterior a 30 de março de 2002 foi alcançado pela decadência, por se tratar de lançamento por homologação, em virtude do transcurso do prazo de cinco anos, previsto no §4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional.

14.8 Os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 são inconstitucionais.

14.9 O tratamento discricionário, em que a Fiscalização não nomina os empregados, em seu levantamento, está em choque com os princípios constitucionais, entre os quais está o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V, da Constituição Federal de 1988).

14.10 O Agente Fiscal tomou por base as faturas da empresa prestadora de serviço, mas as faturas sofrem cancelamento, desconto, alteração de seu valor pela mutação no quadro de seus funcionários.

14.11 As empresas, legalmente constituídas, inscritas no SIMPLES, jamais poderão ser consideradas Empregadas, quer para fins trabalhistas, quer para fins de recolhimento da previdência social.

14.12 O levantamento da Fiscalização não passa de mero indício e presunção, violando o princípio da legalidade, bem como o artigo 142 do Código Tributário Nacional, não constatando oficialmente que o fato gerador ocorrera.

14.13 Ilegalidade da lavratura por aferição indireta, em virtude de elementos que serviram de base para apuração dos créditos, quais sejam, contratos de prestadores de serviços de 2001 a 2006 e notas fiscais de serviço 2001 a 2006.

14.14 Tomando-se por base as notas fiscais de serviços e os contratos de prestação de serviços, haveria incidência do INSS sobre os lucros auferidos pelas empresas, e não simplesmente sobre mão-de-obra.

14.15 As notas fiscais de serviço que serviram de base ao levantamento não se enquadram entre os serviços sujeitos à retenção previdenciária de 11%. Assim, não se aplica o instituto da retenção nos casos de contratação de serviços prestados por trabalhadores avulsos, entidade de assistência social isenta de contribuições sociais; na contratação de contribuinte individual equiparado à empresa; pessoa física; contratação

de serviços de transporte de carga, a partir de 10/07/2003; empreitada realizada nas dependências da contratada; empreitada total.

14.16 A impugnante mantém com todas as empresas terceirizadas que estão no SIMPLES "Contrato de Transporte de Cargas". O Anexo I do Contrato, que para todos os efeitos de direito, é parte integrante do mesmo, ajusta através do presente documento o "empurro da balsa ou balsas nas rotas, datas e horas designadas pela contratante, no transporte de cargas e veículos". Na relação dos serviços sujeitos à retenção, dispostos na Instrução Normativa INSS/DC n.º 100/2003 e Instrução Normativa SRP n.º 03/2005, não constam listados os serviços de "empurro de balsa ou balsas nas rotas, no transporte de cargas e veículos".

14.17 Não compete ao INSS excluir as empresa do SIMPLES, por meio de comunicado interno para a Receita Federal. Ademais, a firmas excluídas teriam direito à ampla defesa, e nunca as empresas excluídas foram comunicadas, ato que viola a Constituição Federal.

14.18 Não existe diferença a ser cobrada pela redução da base de cálculo de 11% pela impugnante sobre as notas fiscais de serviços das empresas terceirizadas, pois o restante do INSS que fecha o valor, calculado sobre salários dos funcionários, é recolhido integralmente parte pela contratante e parte pela empresa terceirizada.

14.19 Em referência ao lançamento sobre serviços de estiva executados pelo Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação em Geral do Estado do Pará e pelo Sindicato dos Arrumadores e Trabalhadores em Movimentação de Mercadorias em Geral nos Portos e Comércio Armazenado do Estado do Pará, todo o valor que está sendo cobrado não deveria sê-lo, pois os Sindicatos recebem da impugnante, por meio de recibos, os valores correspondentes ao crédito apurado pela Fiscalização, conforme exemplificado para as competências 12/2002 e 03/2006. Portanto a obrigação de recolhimento das contribuições ao INSS e FGTS cabe aos sobreditos Sindicatos. Ademais, os pagamentos efetuados a Sindicatos não se enquadram no artigo 39 da Instrução Normativa n.º 03/2005, por força do disposto nos artigos 10 e 2º da lei n.º 9.719, de 27 de novembro de 1998.

14.20 Do mesmo modo, a obrigatoriedade de entrega da GFIP relativa aos trabalhadores avulsos é dos Sindicatos.

14.21 Caberia à Fiscalização identificar os empregados e seu salário, simplesmente houve arbitramento por aferição indireta, tornando ilegal e inconstitucional a notificação fiscal de lançamento de débito. Igualmente, requer a não aplicação da solidariedade, para recolhimento do INSS, em relação aos trabalhadores avulsos.

14.22. Os valores levantados pela Fiscalização não correspondem à realidade, pois não se sabe como foram encontrados os valores, não há indicação dos critérios de avaliação, para encontrar os valores que serviram de base à presente NFLD.

14.23 A Fiscalização autuou as diferenças de recolhimentos de INSS sobre as folhas de pagamento, por competência, mas não levou em consideração as GPS recolhidas, nem os valores que foram inclusos nos parcelamentos realizados pela impugnante, com adesão ao PAES, em agosto de 2003, para as competências até janeiro de 2003, adesão ao Parcelamento Excepcional, em setembro de 2006, para as competências de fevereiro de 2003 a novembro de 2005.

14.24 No período de 2001 a 2003, a empresa notificada efetuou parcelamento do FGTS, mas a Fiscalização incluiu essas GFIP como sendo remunerações das quais não foram pagos os recolhimentos do INSS, gerando mais débitos em duplicidade, já que a empresa realizara os recolhimentos do INSS através de GPS e o restante através dos parcelamentos acima mencionados.

14.25 Requer o reexame dos autos, pela juntada de todos os documentos oportunamente, os quais em face da quantidade, coloca à disposição na sede da impugnante.

14.26 A empresa não contratou trabalhadores avulsos, mas, sim, empresas legalmente constituídas, registradas no SIMPLES, assim, não há obrigatoriedade de possuir documentos pertinentes aos trabalhadores registrados em empresas constituídas, nem guias de recolhimento de INSS.

14.27 Houve locação de equipamento e não terceirização de mão-de-obra, como comprova o fornecimento de combustível, incluído na locação.

14.28 Equívoco por parte da Fiscalização, quando arbitrou o montante da multa cobrada em percentual elevado, em desacordo com a legislação fiscal.

14.29 Por fim, requer o provimento da impugnação apresentada, a defesa oral e a realização de perícia, indicando como perito contador, Yoshiro Miname, com registro no CRC, sob o número CT 1 SP 045344/0-2, formulando os seguintes quesitos.

(...)

A impugnação foi considerada tempestiva e de acordo com os demais requisitos de admissibilidade, tendo sido julgado procedente em parte o lançamento. Foram afastados do lançamento os Levantamentos "AVU - Tomador de Serviço Avulso" e "GFP - GFIP Parcelamento", sendo elaborado o "DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado" (e.fls. 2694/3020), contendo o detalhamento/exclusão das retificações procedidas no lançamento de piso, sendo exarada a seguinte ementa:

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

As contribuições previdenciárias estão sujeitas ao lançamento por homologação, tendo o ente tributante, no mínimo, dez anos, desde a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário pelo lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

À autoridade administrativa é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de ato normativo em vigor.

CONTRATANTE. CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. EMPREITADA. RETENÇÃO. RESPONSABILIDADE.

A retenção de 11% é responsabilidade exclusiva da empresa contratante dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada. Caso esta não efetue a retenção ou proceda em montante menor que o devido, assumirá este ônus.

CONTRATANTE. TRABALHADOR AVULSO. CONTRIBUIÇÕES. RECOLHIMENTO. GFIP

A empresa contratante ou requisitante dos serviços de trabalhador avulso, cuja contratação de pessoal não for abrangida pela Lei nº 8.630, de 1993, e pela Lei nº 9.719, de 1998, é responsável pelo recolhimento de todas as contribuições sociais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades e fundos, bem como pelo preenchimento e pela entrega da GFIP.

AFERIÇÃO INDIRETA. NULIDADE.

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTA DE MORA. NFLD.

Sobre as contribuições previdenciárias em atraso incluídas em NFLD incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos termos do art. 35, inciso II, da Lei nº 8.212/91.

SUSTENTAÇÃO ORAL. DESCABIMENTO.

No âmbito da legislação processual tributária, inexistente previsão para a realização de sustentação oral durante a sessão de julgamento de primeira instância.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

À autoridade julgadora de primeira instância cabe indeferir, motivadamente, o pedido de perícia que considerar prescindível.

Lançamento Procedente em Parte

Foi interposto recurso voluntário (e.fls. 3032/3196), onde afirma a autuada ser a Notificação totalmente improcedente. Acusa preliminarmente nulidades do julgamento de piso, mediante os seguintes argumentos:

a) omissão, ao deixar de apreciar as supostas inconstitucionalidades do lançamento, conforme apontadas na impugnação, entendendo ser dever do órgão julgador conhecer e decidir sobre inconstitucionalidade de normas;

b) falta de realização da perícia pleiteada, que entende ser imprescindível para exame, conferência e verificação dos recolhimentos efetuados, sendo nulas as respostas elaboradas pelo relator do Acórdão, uma vez que deveriam ser respondidas pelo perito;

c) negativa de possibilidade de sustentação oral, que entende se tratar, juntamente com a perícia, de peças fundamentais de defesa, com caracterização de cerceamento de defesa,

d) ausência de apreciação de todos os itens da impugnação, onde afirma que: “*A maior parte da defesa não foi julgada. Essa falta de apreciação de pontos importantes da defesa administrativa torna nulo o julgamento.*”; Nessa linha, entende que não teriam sido apreciados, os seguintes itens da peça impugnatória: B-4, B 9 a 13; B-15, B-17, B-19 a 29; B-32 a 37; B-39 a 42 e B-44 a 47;

e) falta de fundamentação da decisão com relação a todos os itens da defesa, voltando a alegar que alguns desses itens sequer teriam sido apreciados, complementa ainda com alegação de cerceamento do direito de defesa e falta de prestação jurisdicional, devido à aduzida não apreciação de todos os itens e ausência de fundamentação, ferindo assim o direito à ampla defesa. Nessa mesma linha, advoga que o julgamento *a quo* teria contrariado a Ordem de Serviço nº 141, de 1996, sem mencionar a autoridade emissora, assim como os arts. 31 e 59, inc. II, do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e art. 48 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Na sequência, volta a recorrer a alegar nulidade da Notificação de Lançamento, sob os mesmos argumentos da impugnação, quais sejam: a) os levantamentos de débitos previdenciários, realizados pela fiscalização teriam extrapolado o MPF, não estando, assim, autorizados pelo respectivo mandado; b) os dispositivos legais indicados na NFLD não guardariam pertinência com os lançamentos realizados, referentes a pagamentos às empresas, pessoas jurídicas legalmente constituídas e aos sindicatos; c) violação ao princípio da verdade material, posto que, em seu entender, a legislação indicada como infringida não se coaduna com os levantamentos apontados na notificação; e d) decadência do direito de lançamento do crédito tributário, relativamente ao período anterior a 30/03/2002. Também é contestada a forma de cálculo dos juros de mora e juntadas uma série de guias de recolhimentos de contribuições. Para melhor entendimento do recurso, peço *vênia* para parcial reprodução dos principais argumentos de defesa articulados na peça recursal:

(...)

B-11) NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO POR EXTRAPOLAR O MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito não se enquadra no artigo 11, parágrafo único, letras "a", "b" e "c" da Lei no 8.212.

A letra "c" fala em "as dos trabalhadores, incidentes sobre o salário-de-contribuição".

A Recorrente não fez pagamento diretamente aos trabalhadores; portanto, não há salário-de-contribuição.

Os levantamentos realizados pela Fiscalização não se referem a empregados da REBELO LTDA. São pagamentos realizados às empresas legalmente constituídas e aos sindicatos, os quais não se enquadram nas letras "a", "h" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)

B-12) NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO-NFLD, POR NÃO CORRESPONDER AOS FATOS FISCALIZADOS.

Os efeitos sobre os lançamentos fiscais decorrentes do descumprimento do procedimento previsto no Mandado de Procedimento Fiscal são a NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DO EFEITO - NFLD.

O Mandado de Procedimento Fiscal visa a permitir Recorrente assegurar-se da autenticidade da ação fiscal contra si instaurada, pois lhe dá conhecimento do tributo que será objeto de investigação, dos períodos por serem investigados, do prazo para realização do procedimento fiscal e do agente que procederá à fiscalização.

Assim, a irregularidade no Mandado de Procedimento Fiscal configura-se vício de procedimento que ACARRETA A INVALIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL DE AUTO DE INFRAÇÃO.

(...)

A partir da criação da figura do Mandado de Procedimento Fiscal, em suas várias modalidades, o agir fazendário, na esfera federal, sofreu expressiva limitação, já que este documento tornou-se juridicamente imprescindível à validade dos procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Vai daí que procedimentos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, que sejam instaurados a descoberto do competente Mandado de Procedimento Fiscal, são inválidos e, nesta medida, tisanam de irremediável NULIDADE as providências fiscais eventualmente adotadas contra os contribuintes.

B-13) OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA.

(...)

B-14) JUROS DE MORA.

Os juros de mora estão calculados errados. Somente a partir da inscrição da dívida se admitiria o seu cálculo: •

Jurisprudência:

"Débitos fiscais, juros moratórias, contagem, termo inicial. É iterativa a jurisprudência no sentido de que, relativamente aos débitos fiscais, são os juros moratórias contados da data da inscrição".

Apelação nº 226.443, 1º TAC de São Paulo.

B-15) JUNTADA DAS GUIAS DE RECOLHIMENTOS.

A Recorrente está realizando a juntada das guias de recolhidos da Contribuição de Previdência Social - INSS.

Todos os valores indicados foram devidamente recolhidos, não havendo razão para a lavratura da Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos — NFLD. Reconhecemos a exatidão das cópias reprográficas.

B-16) NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD), POR EXTRAPOLAR O MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

O Auto de Infração (Notificação Fiscal de Lançamento de Débito) é NULO, porque os levantamentos de débitos previdenciários, realizados pela Fiscalização do INSS, não estavam AUTORIZADOS pelo Mandado de Procedimento Fiscal. A ação fiscal da

Fiscalização do INSS deve estar pautada nos limites constantes do Mandado de Procedimento Fiscal; se extrapola-os, o Auto de Infração (Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD) é NULO, por violação do artigo 1º do Decreto federal nº 3.969, de 15 de outubro de 2001 e artigo 37 da Constituição Federal, os quais prevêm estrita obediência aos princípios da LEGALIDADE.

B-17) O MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL DO INSS, DE 9 DE JANEIRO DE 2007, DISPÕE:

O MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL DETERMINA:

Fiscalização Previdenciária:

CONTRIBUIÇÕES: "Contribuições sociais previstas no artigo 11, parágrafo único, alínea "a", "b" e "c" da Lei no. 8.212, de 24 de julho de 1991, e contribuições por lei devidas a terceiros conveniados, provenientes de empresas ou equiparados, na forma do artigo 30 da Lei nº. 11.098, de 13 de janeiro de 2005".

VERIFICAÇÕES: Verificação do cumprimento das obrigações relativas às Contribuições Sociais administradas pela SRP, em nome do INSS, e àquelas relativas a terceiros conveniados, conforme determinado nos artigos 1º e 3º, da Lei no. 11.098, de 13 de janeiro de 2005."

DESCRIÇÃO SUMÁRIA: "verificação do cumprimento das obrigações previdenciárias - GFIP".

B-18) A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD) !AUTO DE INFRAÇÃO, VIOLA O ARTIGO 11, PARÁGRAFO ÚNICO, ALÍNEAS "A", "B" e "C" DA LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991.

Dispõe o artigo 11, parágrafo único, letras "a", "h" e "c" da Lei nº 8.212:

(...)

Os levantamentos realizados pela Fiscalização do INSS não se enquadram nas letras "a", "b" e "c" do artigo 11 da Lei nº 8.212. Foram levantados os pagamentos realizados às pessoas jurídicas, legalmente constituídas, devidamente registradas na Secretaria da Receita Federal; pagamentos realizados aos Sindicatos, legalmente organizados.

A letra "a" do parágrafo único, do artigo 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, refere-se ao recolhimento de 20%, encargo das empresas.

A letra "b" refere-se a empregadores domésticos, os quais não guardam pertinência com a NFLD.

A letra "c" refere-se aos descontos realizados de empregados. Os levantamentos realizados pela Fiscalização não se referem a empregados da REBELO LTDA. São pagamentos realizados às empresas legalmente constituídas e aos sindicatos, os quais não se enquadram nas letras "a", "h" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei no. 8.212, de 24 de julho de 1991.

A TERCEIROS CONVENIADOS.

São os recolhimentos devidos ao Salário - Educação, INCRA, FUNRURAL, SESC, SENAC e DPC etc., sobre os pagamentos realizados na forma das letras "a", "h" e "c" do parágrafo único do artigo 11 da Lei no. 8.212; mas se inexistem os referidos pagamentos, os recolhimentos decorrentes de terceiros conveniados são indevidos.

NA FORMA DO ARTIGO 3º DA LEI Nº. 11.098, DE 13 DE JANEIRO DE 2005.

Dispõe o artigo 3º da Lei nº. 11.098, de 13 de janeiro de 2005:

"As atribuições de que tratam os artigos 1º e 2º desta Lei se estendem às contribuições devidas a terceiros, na forma da legislação em vigor, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, disposições desta Lei.

As contribuições devidas a terceiros são: SESC, SENAC, SENAI, Sesi, Salário - Educação, INCRA, DPC etc. Não se referem às empresas legalmente constituídas, os pagamentos realizados aos Sindicatos. Os levantamentos realizados pela Fiscalização do

INSS extrapolaram os limites de Fiscalização constantes no Mandado de Procedimento Fiscal

VERIFICAÇÕES dispõem: " Verificação do cumprimento das obrigações relativas às Contribuições Sociais administradas pela SRP, em nome do INSS, e aquelas relativas a terceiros conveniados, conforme determinado nos artigos 1º e 30 da Lei nº 11.098, de 1.3 de janeiro de 2005".

(...)

Os levantamentos realizados pela Fiscalização do INSS não estavam autorizados pelo Mandado de procedimento Fiscal, razão por que devem ser considerados NULOS, e ,em consequência , ÍRRITA a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD.

DESCRIÇÃO SUMÁRIA; Verificação do cumprimento das obrigações previdenciárias - GFIP.

Somente pode referir-se à GFIP dos itens "a", "h" e c" do artigo 11 , parágrafo único, da Lei no. 8.212, e não dos pagamentos realizados aos sindicatos e às empresas constituídas.

NULIDADE DA NFLD POR NÃO ESTAR AUTORIZADA pelo MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

B-19) NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD), EM FACE DE OS FATOS NÃO SE ENQUADRAREM NOS DISPOSITIVOS LEGAIS CITADOS COMO INFRINGIDOS.

Os dispositivos legais indicados na NFLD não guardam pertinência com os lançamentos realizados pela Fiscalização do INSS, referentes a pagamentos às empresas pessoas jurídicas, legalmente constituídas e aos Sindicatos.

A NFLD viola o artigo 10 do Decreto federal no. 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe: "O Auto de Infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà OBRIGATORIAMENTE: IV - A DISPOSIÇÃO LEGAL INFRINGIDA E A PENALIDADE APLICÁVEL".

Os dispositivos legais citados não guardam pertinência com os levantamentos realizados pela Fiscalização do INSS, referentes a pagamentos às empresas legalmente constituídas e aos Sindicatos. NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO, NFLD.

B-20) A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD) VIOLA O PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.

Decorrência do princípio da LEGALIDADE, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo a Fiscalização pesquisar exaustivamente se, de f

A legislação indicada como infringida não se coaduna com os levantamentos da Fiscalização do INSS. NULIDADE DA NFLD.

B-21) PERÍODO ANTERIOR A 30 DE MARÇO DE 2002 FOI ALCANÇADO PELA DECADÊNCIA E NÃO PODERIA SER OBJETO DE AUTO DE INFRAÇÃO.

(...)

B-22) A DECADÊNCIA DO INSS É DISCIPLINADA PELA LEI Nº 8.212, E OCORRE EM CINCO (5) ANOS, DA DATA DO FATO GERADOR.

(...)

Os lançamentos já estão alcançados pela DECADÊNCIA posto que ocorreram após cinco anos do seu fato gerador.

Disso decorre que empregador e empregado, vinculados à previdência social por causa da relação de emprego entre eles existente, são contribuintes exclusivamente da

categoria a que pertencem em consequência da relação empregatícia, em face à impossibilidade de superposição contributiva.

Esse tratamento DISCRICIONÁRIO, em que a Fiscalização não nomina os empregados, em seu levantamento, está em choque com os princípios constitucionais, expressamente adotados como objetivos da seguridade social, entre os quais está o da equidade na forma de participação no custeio, como se vê do artigo 194, parágrafo único, item V, da Constituição Federal de 1988.

O empregado deve ser NOMINADO, para que seja adicionado em sua aposentadoria ou benefício, se for o caso. Levantamento de INSS, sem indicar o nome dos beneficiários, empregados, é inconstitucional, que prevê contribuição tripartite para o custeio da previdência social, e para fins de benefícios.

As contribuições para a Previdência Social estão sujeitas aos princípios constitucionais relativos aos tributos, entre os quais o da vedação do CONFISCO, como adverte o ilustre Prof. José Eduardo Soares de Melo Contribuições na Constituição de 1988, RDT, página 262.

O Agente Fiscal tomou por base a FATURA da empresa prestadora de serviço; mas as faturas sofrem cancelamento, desconto, alteração de seu valor pela mutação no quadro de seus funcionários. Esses elementos que afetam intrinsecamente a composição do preço da fatura levados em consideração, tornando irrita a Notificação de Lançamento.

B-24) PAGAMENTOS REALIZADOS A EMPRESAS - LEGALMENTE CONSTITUÍDAS

Foram contratadas empresas legalmente constituídas, devidamente registrada no SIMPLES, para realização de trabalhos, com emissão de Notas Fiscais de Serviços da Prefeitura Municipal.

O artigo 1.216 do Código Civil Brasileiro, vigente na época, dispõe: "Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição".

Por outro lado, o artigo 170 da Constituição Federal dispõe:

"Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

A empresa tem ampla liberdade de contratar empresas, LEGALMENTE CONSTITUÍDAS, para realização dos mais diversos tipos de prestação de serviços. O artigo 1.216

do Código Civil e o artigo 170 da Constituição Federal permitem-no.

As empresas, legalmente constituídas, registradas no SIMPLES, jamais poderão ser consideradas EMPREGADAS, quer para fins trabalhistas, quer para fins de recolhimento da previdência social.

B-25) EMPRESAS CONTRATADAS NÃO PREENCHEM OS REQUISITOS DE EMPREGADOS.

Dispõe o artigo 20 da C.L.T. "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços."

A empresa contratante dos serviços de firmas legalmente constituídas não pode ser equiparada à empregadora, para fins trabalhistas e previdenciários, para recolhimento das verbas previdenciárias.

B-26) AS EMPRESAS CONTRATADAS NÃO PODEM SER EQUIPARADAS A EMPREGADOS, PARA FINS DE RECOLHIMENTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

A NFLD equipara as firmas legalmente constituídas, registradas no SIMPLES, a empregados registrados, para fins de incidência e recolhimento de previdência social.

Foram tomados por base as Notas Fiscais de Serviços e Faturas de serviços, para cálculo da contribuição de previdência social, como se fossem empregados.

B-27) NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DO ARTIGO 30 DA CLT.

O artigo 30 da CLT dispõe:

"Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

As firmas legalmente constituídas, registradas no SIMPLES, não preenchem os requisitos do artigo 30 da Consolidação das Leis do Trabalho, para serem equiparadas a empregadas, registradas, para recolhimento previdenciário.

Os serviços das empresas legalmente constituídas, registradas no SIMPLES, não são prestados com dependência.

(...)

B-28) A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO (NFLD) CONTRARIA O ARTIGO 114 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional:

"Fato gerador da obrigação principal é a situação DEFINIDA EM LEI COMO NECESSÁRIA E SUFICIENTE À SUA OCORRÊNCIA".

Não poderia a Fiscalização do INSS presumir que os pagamentos realizados a empresas legalmente constituídas se equiparam a empregados, registrados, para incidência e recolhimento do INSS.

B-29) VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

A equiparação dos pagamentos realizados a empresas legalmente constituídas, para incidência e recolhimento do INSS viola o princípio constitucional da LEGALIDADE. O clássico princípio da LEGALIDADE, sendo expresso na Constituição Federal no artigo 50, inciso II, em relação ao Poder Tributário do Estado, no artigo 150, inciso I, representa um direito individual do contribuinte impossível de ser suprimido.

(...)

B-31) RESPONSABILIDADE DO ARTIGO 31 DA LEI Nº 8.112, DE 24 DE JULHO DE 1991.

Dispõe o artigo 31 da Lei no 8.212:

(...)

De acordo com o artigo 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, vigente à época da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, NFLD, poderia haver responsabilidade solidária, caso as empresas, firmas legalmente constituídas, não recolhessem o INSS devido de seus empregados. Mas a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito não fala que as referidas empresas deixaram de recolher a contribuição de previdência social. Logo, não se lhe aplicaria a responsabilidade solidária.

B-32) TRATAMENTO COMO AUTÔNOMOS

"*Ad Argumentandum tantum*", se fossem desconsideradas as pessoas jurídicas legalmente constituídas, os referidos pagamentos deveriam ser tratados como pagamentos a autônomos, mas nunca como empregados, isto porque não havia subordinação; não havia hierarquia.

A Fiscalização não examinou se as firmas registradas no - SIMPLES, legalmente constituídas deixaram de recolher o INSS. Simplesmente, ignorou-as para considerá-las pessoas físicas, empregadas. Tudo isso não passa de presunção.

B-33) A NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO – NÃO CONSEGUIU IDENTIFICAR OS EMPREGADOS.

A Fiscalização desenvolveu todos os meios, para indicar, nominar os empregados, mas não ó' conseguiu. NULA a notificação de lançamento que não consegue discriminar os beneficiários da "contribuição de • INSS.

(...)

Das constituições e da legislação que as seguiu resultaram três claras características essenciais do custeio da Previdência Social:

- a) a existência de vínculo empregatício entre. Os contribuintes — empregador e empregado;
- b) o custeio cabe aos empregadores, empregados e à União;
- c) nenhuma prestação de serviços de caráter assistencial ou de benefício social pode ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total (parágrafos dos artigos 158 e 165 das CF/ 67 e EC no 1/69).

Os dispositivos constitucionais determinam que o CUSTEIO da Previdência Social seja feito por empregadores e empregados.

O VÍNCULO ENTRE EMPREGADOR E EMPREGADO É ESSENCIAL, pois a obrigação de contribuir, tanto daquele como deste, decorre da relação de emprego entre eles existentes: cessa a obrigação quando extingue o vínculo.

Disso decorre que empregador e empregado, vinculados à previdência social por causa da relação de emprego entre eles existente, são contribuintes exclusivamente da categoria a que pertencem em consequência da relação empregatícia, em face à impossibilidade de superposição contributiva.

Esse tratamento DISCRICIONÁRIO, em que a Fiscalização não nomina os empregados, em seu levantamento, está em choque com os princípios constitucionais, expressamente adotados como objetivos da seguridade social, entre os quais está o da equidade na forma de participação no custeio, como se vê do artigo 194, parágrafo único, item V, da Constituição Federal de 1988.

O empregado deve ser NOMINADO, para que seja adicionado em sua aposentadoria ou benefício, se for o caso. Levantamento de INSS, sem indicar o nome dos beneficiários, empregados, é inconstitucional, que prevê contribuição tripartite para o custeio da previdência social, e para fins de benefícios.

(...)

B-34) O LEVANTAMENTO DA FISCALIZAÇÃO NÃO PASSA' DE MERO INDÍCIO E PRESUNÇÃO.

A presunção e o indício foram a tônica do levantamento fiscal; não houve indicação do nome dos empregados; não se sabe quem são os beneficiários; quem pode somar para fins de aposentadoria e percepção de auxílio-doença.

(...)

A Fiscalização do INSS, utilizou—se da presunção tributária, que não é forma legal adequada de realizar-se o lançamento de INSS.

(...)

B-35) REGULAMENTO DE CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FALA EM SALÁRIO.

O artigo 41 do Regulamento do Custeio da Previdência Social, aprovado pelo decreto no 83.081, de 24 de janeiro de 1979, fala em "SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO". E a Constituição Federal, em seu artigo 195, • diz que a base de cálculo é a FOLHA DE SALÁRIO.

(...)

Os valores levantados pelo Agente Fiscal não guardam a • conotação jurídica de salário.

O Regulamento do Custeio da Previdência Social, Decreto nº 83.081/79, não poderia ampliar a base de cálculo da contribuição, constante da Lei Orgânica da Previdência Social, Lei nº 5.890, que diz em seu artigo 76: " ENTENDE-SE POR SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO: I — A REMUNERAÇÃO EFETIVAMENTE PERCEBIDA, A QUALQUER TÍTULO".

B-36) A NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO VIOLA O PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE.

Os lançamentos realizados pelo Agente Fiscal não têm apoio legislação de regência. Acresce observar que os direitos e obrigações previdenciários decorrem, num conceito mais amplo, das FONTES DE DIREITO; - que, na definição do Prof. Carlos S. de Barros Júnior são os atos e fatos que contêm normas jurídicas". E invoca a lição de Zanobini:

(...)

"Na linguagem jurídica, a palavra "fonte" é sinônimo de lei em sentido mais amplo: como esta indica qualquer ato ou fato que ocorra para a constituição da ordem jurídica, conforme Revista do Direito Administrativo 28/1.

B-37) ILEGALIDADE DA LAVRATURA DA NOTIFICAÇÃO DE DÉBITO- NFLD - POR AFERIÇÃO INDIRETA: ARBITRAMENTO.

O item 9 do Relatório diz: " Dos elementos que serviram de base para apuração do crédito: Contratos prestadores de serviço 2001 a 2006.

Notas Fiscais de Serviços 2001 a 2006.

B-38) NULIDADE DA NFLD LAVRADA POR AFERIÇÃO INDIRETA.

O V. Acórdão de 16 de setembro de 1981, da 5ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, na Apelação nº 40.351, do Distrito Federal (Justino Ribeiro, Relator), Ementa Publicada no DJU de 05/11/81, página 11.063:

Contribuições Previdenciárias - ARBITRAMENTO - AFERIÇÃO INDIRETA. As Contribuições Previdenciárias visam ao amparo do trabalhador e de seus dependentes, sendo os benefícios fixados proporcionalmente às contribuições recolhidas em favor de cada segurado. Assim, o simples ARBITRAMENTO, pelo órgão previdenciário, de certa importância a ser paga pela empresa, SEM RELACIONÁ-LA COM OS EMPREGADOS a que deve corresponder, importa em desvio de sua finalidade, apenas locupletando o FISCO."

B-39) A AFERIÇÃO INDIRETA PARA DETERMINAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DO INSS FERE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE.

Acórdão nº 62.266, publicado em Resenha Tributária nº 75/73, página 592, diz:

"INDÍCIO OU PRESUNÇÃO, NÃO PODEM, POR SI SÓ, CARACTERIZAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO."

Veja estoutro:

"Deliberação nº 185, Recurso Voluntário nº 20.784, "Minas Gerais", página 10:

"NÃO TEM CABIMENTO A COBRANÇA DE TRIBUTOS MEDIANTE PRESUNÇÃO E ARBITRAMENTO."

Caso não haja o Fisco previdenciário provado o fato que lhe competia provar para que pudesse legitimamente efetuar o lançamento da contribuição previdenciária, tal lançamento é e continuará a ser o que sempre foi antes ou depois da inscrição da dívida: UM LANÇAMENTO ILEGAL. Tal inscrição nem a rigor pode ser como tal conceituada, já que a lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, (Lei das Execuções Fiscais) só conceitua como inscrição aquela que se constitui no ato de controle administrativo da LEGALIDADE (artigo 2º, §3º).

B-40) A NFLD VIOLA O ARTIGO 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

De acordo com o parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, o lançamento tributário não é um ato arbitrário; deve estar estreitamente vinculado a fatos definidos na TIPICIDADE LEGAL tributária, significando isto, que é ao Fisco que cabe o DEVER DE PROVAR a vinculação ao respectivo fato gerador, NÃO SENDO VÁLIDO escudar-se na presunção de legitimidade do lançamento, para INVERTER O ÔNUS DA PROVA.

B-41) LEVANTAMENTO DA FISCALIZAÇÃO NÃO TEM BASE NA REALIDADE DOS FATOS; MERA SUPOSIÇÃO. ILEGALIDADE. NULIDADE DA NFLD.

(...)

Os valores indicados pela Fiscalização não correspondem à realidade; trata-se de mera suposição.

(...)

Não se poderia lavrar NFLD, com base em simples PRESUNÇÃO, ou seja, pela aferição indireta, sem saber exatamente os valores dos salários e o nome dos empregados.

B-42) A NFLD QUEBRANTA O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE.

(...)

A NFLD quebranta o princípio constitucional da Legalidade; não se poderia lavrá-la, em desobediência ao Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, especialmente, o artigo 10, que determina a DESCRIÇÃO DOS FATOS. Não se poderia lavrar de forma indireta, por mera SUPOSIÇÃO, quando deveria descrever os fatos reais.

B-43) TOMANDO-SE POR BASE AS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS E OS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, HAVERIA INCIDÊNCIA DO INSS SOBRE OS LUCROS AUFERIDOS PELAS EMPRESAS, E NÃO SIMPLEMENTE SOBRE A MÃO-DE-OBRA.

O faturamento das empresas engloba o lucro auferido pelas empresas, e não simplesmente a mão-de-obra utilizada. Na aferição por notas fiscais de serviços e contratos, estaria havendo INSS incidindo sobre os lucros das empresas, além da mão-de-obra.

B-44) NÃO PODE A FISCALIZAÇÃO DO INSS TRIBUTAR OS PAGAMENTOS FEITOS AS EMPRESAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS, EQUIPARANDO-AS A EMPREGADOS.

Não se podem distorcer os pagamentos realizados às empresas, legalmente constituídas, para efeito de tributação do INSS, equiparando-as a empregados.

Não o permite o artigo 110 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe:

(...)

B-45) A INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE INSS SOBRE AS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS ,SEM NOMINAR OS BENEFICIÁRIOS, EMPREGADOS, É INCONSTITUCIONAL.

(...)

Há estreita vinculação entre CUSTEIO E BENEFÍCIO. Nenhum benefício será criado, majorado ou estendido sem fonte de custeio total, e, por outro lado, pela mesma razão, NENHUM CUSTEIO SERÁ CRIADO OU ESTENDIDO SEM O CORRESPONDENTE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Não se poderá arrecadar a contribuição de INSS sobre rendimentos, sem que sejam nominados os beneficiários.

A FALTA DE NOMINAR OS BENEFICIÁRIOS TRANSFORMA O RECOLHIMENTO DE INSS SOBRE A NOTA FISCAL DE SERVIÇOS EM IMPOSTO.

B-46) NÃO OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO DE 11%, EM FACE DE OS PAGAMENTOS REALIZADOS ÀS EMPRESAS NÃO SE ENQUADRAR NO ARTIGO 146 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA No. 3, DE 14 DE JULHO DE 2005.

O artigo 146 da Instrução Normativa no. 3, de 14 de julho de 2005, dispõe:

"Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra, observado o disposto no artigo 176, ou mediante cessão serviços de".

Os pagamentos realizados a favor das empresas, legalmente constituídas, através de Notas Fiscais de Serviços, não se enquadram em itens do artigo 146 da Instrução Normativa no. 3, de 14 de julho de 2005, razão por que inexistente obrigatoriedade de retenção.

A Fiscalização do INSS não apontou nenhum item do artigo 146, em que, eventualmente, pudesse enquadrar-se os pagamentos de Notas Fiscais de Serviços das empresas legalmente constituídas.

NÃO É QUALQUER SERVIÇO PRESTADO MEDIANTE EMPREITADA OU CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA QUE ESTÁ SUJEITO À RETENÇÃO EM QUESTÃO DE 11%, MAS SOMENTE AQUELE ELENADO EXPRESSAMENTE NO ARTIGO 146 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA No. 3, DE 14 DE JULHO DE 2005.

A legislação previdenciária relaciona, TAXATIVAMENTE, os serviços que se encontram sujeitos à retenção previdenciária de 11%. As mencionadas relações são, portanto, EXAUSTIVAS, o que vale dizer que apenas os serviços que se encontram elencados nessas relações é que estão sujeitos à retenção de 11% e NENHUM OUTRO.

(...)

As Notas Fiscais de Serviços que serviram de base ao levantamento pela Fiscalização não se enquadram entre os serviços sujeitos à retenção previdenciária de 11%.

Nos termos da Instrução Normativa no. 100, de 18 de dezembro de 2003 e Instrução Normativa no. 3 de 14 de julho de 2005, não haveria de realizar a retenção de INSS de 11%. As Instruções Normativas no. 100 e 3 dispensam de retenção na fonte de INSS de 11% os pagamentos a CONTRIBUINTE INDIVIDUAL EQUIPARADO À EMPRESA, PESSOA FÍSICA, e a CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS POR TRABALHADORES AVULSOS.

OS PAGAMENTOS REALIZADOS ÀS EMPRESAS QUE ESTÃO NO SIMPLES, NÃO SE ENQUADRAM NAS EXIGÊNCIAS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA No 100, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2003 E INSTRUÇÃO NORMATIVA No 3, DE 14 DE JULHO DE 2005, PARA FINS DE RETENÇÃO DE 11% DE INSS.

A Rebelo Ltda. mantém com todas as empresas terceirizadas, que estão no SIMPLES, "Contrato de Transporte de Cargas. Consta desse contrato a cláusula, OBJETO, a qual diz: A CONTRATADA na condição de titular do direito de gestão náutica do Empurrador, cujas características e demais especificações, constam do Anexo I deste Contrato, que, para todos os efeitos de direito, fica fazendo parte integrante deste instrumento, ajusta através do presente documento o "EMPURRO" DA BALSA OU BOLSAS NAS ROTAS, DATAS E HORAS DESIGNADAS PELA CONTRATANTE, NO TRANSPORTE DE CARGAS E VEÍCULOS."

Na Instrução Normativa no 100, de 18 de dezembro de 2003 e Instrução Normativa no 3, de 14 de Julho de 2005, constam listados os serviços sujeitos à retenção de 11% de INSS; mas não constam os serviços de "EMPURRO" DA BALSA OU BALSAS NAS ROTAS, NO TRANSPORTE DE CARGAS E VEÍCULOS".

Se os "EMPURROS" DE BALSAS não estão enquadrados entre serviços sujeitos à retenção de 11% do INSS, não poderia a Fiscalização exigir a retenção. Contraria o princípio constitucional da LEGALIDADE, artigo 37 de Constituição Federal e artigo 1º Decreto Federal no. 3.969, de outubro de 2001.

B-47) NFLD (AUTO DE INFRAÇÃO) SOBRE EMPRESAS TERCEIRIZADAS. ILEGALIDADE.

Todas as empresas terceirizadas são constituídas como empresas e sociedade empresária limitada e todas foram inscritas no SIMPLES, como Empresas de Pequeno Porte, respeitando a faixa de faturamento, desde a sua constituição, baseadas na Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

Todos os impostos, contribuições e encargos sociais e trabalhistas das empresas terceirizadas foram totalmente pagas baseados na legislação do SIMPLES, Lei nº 9.317/96, artigo 50, Item II.

B-48) EMPRESAS NO SIMPLES NUNCA FORAM DESCLASSIFICADAS. NUNCA RECEBERAM INTIMAÇÃO. CONTINUAM NO SIMPLES.

Se as empresas terceirizadas todas continuam no SIMPLES, na forma da Lei no 9.317, não poderia a Fiscalização do INSS excluí-las do SIMPLES, para tributação como pessoas físicas e empregados da Rebelo.

A Fiscalização do INSS descredenciou as empresas terceirizadas do registro do SIMPLES, comunicando internamente do INSS para a RECEITA FEDERAL, sob o entendimento de que as empresas executariam serviços de cessão de mão-de-obra e, portanto, não deveriam ser enquadradas no SIMPLES.

B-49) NÃO COMPETE AO INSS EXCLUIR AS EMPRESAS DO SIMPLES. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL. NULIDADE.

É nula a desclassificação do SIMPLES pela fiscalização INSS. Constitui garantia constitucional a permanência no SIMPLES. Di-lo o artigo 179 da Constituição Federal: " A UNIÃO, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO, VISANDO A INCENTIVÁ-LAS PELA SIMPLIFICAÇÃO DE SUAS OBRIGAÇÕES ADMINISTRATIVAS, TRIBUTÁRIAS, PREVIDENCIÁRIAS E CREDITÍCIAS, OU PELA ELIMINAÇÃO OU REDUÇÃO DESTAS POR MEIO DE LEI". EXCLUSÃO DO SIMPLES PELA FISCALIZAÇÃO DO INSS VIOLA O .ARTIGO 14 E 15 DA LEI FEDERAL No. 9.317, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1996.

A exclusão do SIMPLES somente poderia dar-se nos casos do artigo 14 da Lei no. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, mas não houve a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 14. Portanto, a exclusão feita pela Fiscalização do INSS é ilegal.

(...)

A exclusão realizada pela Fiscalização do INSS viola o artigo 13, 14 e 15 da Lei nº. 9.317, e nunca produziria efeito imediato, para determinar o recolhimento do INSS dos trabalhadores, como pessoas físicas empregadas.

DIREITO DE DEFESA.

As firmas excluídas teriam direito à AMPLA DEFESA, e nunca as empresas excluídas foram comunicadas, ato que viola a Constituição Federal.

Na lei do Simples , lei nº. 9.317/96, no artigo 90 item XII, letra "F", a execução de CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA não está relacionada na vedação, para enquadramento no SIMPLES e sim locação de mão-de-obra, o que não é o caso.

B-50) REDUÇÃO DA BASE DE CALCULO.

Os artigos 149 e seguintes da Instrução Normativa nº 3, de 14 de julho de 2005 e Instrução Normativa nº 100, de 18 de dezembro de 2003, autorizam a redução da base de cálculo, para desconto de 11% do INSS.

O artigo 150 da Instrução Normativa nº 3, de 14 de Julho de 2005, dispõe:

(...)

A Rebelo Ltda. retinha 11% sobre uma base de cálculo reduzida de 30% do valor da Nota Fiscal. O valor restante do INSS , calculado sobre os salários dos funcionários, é recolhido pelas empresas terceirizadas, ou seja, TODO O VALOR DO INSS, QUE SERIA DEVIDO, SOBRE O SALÁRIO DOS FUNCIONÁRIOS, ERA RECOLHIDO

PELO TOTAL, PARTE PELA REBELO E PARTE PRÓPRIA EMPRESA TERCEIRIZADA, NÃO RESTANDO DIFERENÇA

(...)

B-51) CONDIÇÃO DE SIMPLES.

Nunca houve pronunciamento da RECEITA FEDERAL, órgão competente para desenquadrar as empresas optantes pelo SIMPLES, durante todo o período de janeiro de 2001 a dezembro de 2006, que as empresas terceirizadas riam desenvolvendo atividades não aceitas pelo SIMPLES.

B-52) INEXISTÊNCIA DE DIFERENÇA DE INSS.

Não existe diferença por ser cobrada pela redução da base de cálculo de retenção de 11% pela REBELO sobre as Notas Fiscais de Serviços das empresas terceirizadas, pois o restante do INSS, que fecha o valor, calculado sobre salários dos funcionários, é recolhido integralmente parte pela REBELO e parte pelas empresas terceirizadas.

B-53) AUTUAÇÃO SOBRE SERVIÇOS DOS SINDICATOS.

Os serviços de estivas, que são executados pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES NA MOVIMENTAÇÃO EM GERAL DO ESTADO DO PARÁ e pelo SINDICATO DOS ARRUMADORES E TRABALHADORES EM MOVIMENTAÇÃO DE MERCADORIAS EM GERAL, NOS PORTOS E COMÉRCIO ARMAZENADO DO ESTADO DO PARÁ, foram autuados pela Fiscalização INDEVIDAMENTE.

Pela não apresentação das GFIP's, do período de janeiro de 2001 a dezembro de 2006 e atuação no valor de R\$ 568.340,05, o qual deverá ser anulado, por apresentação de GFIP's devidamente.

Pelo cálculo de 20% , mais 5,2% de terceiros e mais 3% de acidente do trabalho, como valores devidos ao INSS pela REBELO Ltda. Não procedem. Os SINDICATOS recebem da REBELO LTDA., através de recibos, nos quais já constam todos os encargos trabalhistas incidentes para o trabalhador avulso, registrado no SINDICATO, portanto a obrigação de recolhimento da contribuições ao INSS e FGTS cabe ao SINDICATO, conforme documentação.

EXEMPLO:

Total das despesas e ESTIVA, no Razão da Contabilidade REBELO, em dezembro de 2002, no valor de R\$ 15.216,25.

CÁLCULO DA FISCALIZAÇÃO:

(...)

Todo o valor de 4.290,99 está sendo cobrado pela Fiscalização do INSS, mas não poderia sê-lo, pois a empresa REBELO LTDA. Já paga nos recibos dos SINDICATOS os valores dos encargos cobrados pelo INSS; é obrigação dos SINDICATOS recolher ao INSS. Não poderia haver duplo recolhimento pela REBELO, como o quer a Fiscalização do INSS; se já repassa os encargos previdenciários aos SINDICATOS, nos seus pagamentos, não poderia haver dupla cobrança. Os trabalhadores estão vinculados aos SINDICATOS e não à Rebelo Ltda.

Os valores acima, constantes dos recibos de pagamentos , são exemplificativos, para demonstrar CABALMENTE que a responsabilidade pelos encargos previdenciários da REBELO LTDA. foi exaurida pelos encargos pagos diretamente aos SINDICATOS, para que estes realizem o repasse e recolhimento ao INSS. A cobrança dos encargos previdenciários deve ser realizada dos SINDICATOS.

(...)

A OBRIGATORIEDADE DE ENTREGA DA GFIP'S É DO SINDICATO.

(...)

Se o Sindicato se equipara à empresa, a obrigação de apresentar GFIPS é do sindicato e não da REBELO LTDA.

A OBRIGATORIEDADE DE RECOLHER OS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS PERTENCE AOS SINDICATOS, E A REBELO LTDA. JÁ OS PAGOU, PARA O DEVIDO RECOLHIMENTO.

A Fiscalização do INSS enquadrando os pagamentos realizado aos sindicatos no artigo 369 da Instrução Normativa no. 3, de 14 de julho de 2005, mas não poderia sê-lo; é enquadrável no artigo 370 da Instrução Normativa no. 3, de 14 de julho de 2005, por se tratar de pagamentos realizados diretamente aos sindicatos. Houve distorção dos fatos. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Os pagamentos a Sindicatos não se enquadram no artigo 369 Instrução Normativa no. 3, de 14 de julho de 2005, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Lei Federal no. 9.719, de 27 de novembro de 1998, os Sindicatos são gestores da mão-de-obra.

B-54) O ARTIGO 195, INCISO I, LETRA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUALIFICA A FOLHA DE SALÁRIOS, COMO O PRESSUPOSTO DE INCIDÊNCIA DO INSS.

Dispõe o artigo 195 da Constituição Federal:

(...)

A expressão "folha de salários" pressupõe "salário", ou seja, remuneração paga a empregador como contra-prestação pelo trabalho que desenvolve em caráter não eventual e sob a dependência do empregador. Assim, só podem ser tributadas pelo INSS, sob égide do artigo 195, I, da Constituição Federal, as folhas de salários, ou seja, os pagamentos feitos a empregados a título salarial. Aliás, o § 4º do artigo 201 da Constituição, posteriormente numerado pela Constituição n° 20/98, § 11, referia-se expressamente a EMPREGADO E A SALÁRIO. Reforçava, assim, a interpretação no sentido de se pressupor relação de emprego.

Caberia à Fiscalização identificar os empregados e o seu salário. Nada disso fora feito; simplesmente HOUVE ARBITRAMENTO POR AFERIÇÃO INDIRETA, TORNANDO ILEGAL E INCONSTITUCIONAL A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO (NFLD).

OS VALORES LEVANTADOS PELA FISCALIZAÇÃO NÃO CORRESPONDEM À REALIDADE.

Não se sabe como foram encontrados os valores. Não Há indicação dos critérios de avaliação, para encontrar os valores que serviram de base à Notificação Fiscal de lançamentos de Débito.

B-55) AS DIFERENÇAS DE INSS SOBRE AS FOLHAS DE PAGAMENTOS FORAM DEVIDAMENTE RECOLHIDAS PELA EMPRESA.

A Fiscalização autuou sobre as diferenças de recolhimentos de INSS sobre as folhas de pagamento, por competências, mas não levou em consideração AS GUIAS DE GPS RECOLHIDAS, NEM OS VALORES QUE FORAM INCLUÍDOS NOS PARCELAMENTOS REALIZADOS PELA EMPRESA REBELO LTDA., COM A ADESÃO AO PARCELAMENTO ESPECIAL - PAES, em agosto de 2003 conforme lhe permite a Lei no. 10.694/2003, para as competências mensais até janeiro de 2003, adesão ao PARCELAMENTO EXCEPCIONAL, em setembro de 2006, conforme lhe permite a Medida provisória no. 303/2006, para as competências de fevereiro de 2003 a novembro de 2005.

Nas competências de dezembro de 2005 a dezembro de 2006, as quais não foram incluídas no último parcelamento, por limitação da lei que o instituiu, os valores foram totalmente recolhidos em GPS, e a Fiscalização demonstrou que a empresa Rebelo Ltda. ainda deve alguma diferença, mas, na realidade, NÃO EXISTE DÉBITO POR SER RECOLHIDO, TUDO ESTÁ TOTALMENTE PAGO, como é o exemplo das

competências de agosto de 2006 e setembro de 2006, as quais foram INTEGRALMENTE QUITADAS ATRAVÉS DAS GPS.

No período de 2001 a 2003, a empresa Rebelo Ltda. efetuou parcelamento de Fundo de Garantia, para o qual a empresa entregava uma GFIP a cada parcela paga, porém, somando todas as GFIP as remunerações fecham com as folhas de pagamento da empresa Rebelo Ltda., mas a fiscalização incluiu essas GFIP como sendo remunerações das quais não foram pagos os recolhimentos do INSS, gerando mais débitos em duplicidade, já que a empresa realizara os recolhimentos do INSS através de GPS e o RESTANTE ATRAVÉS DOS PARCELAMENTOS ACIMA MENCIONADOS.

OS LEVANTAMENTOS REALIZADOS PELA FISCALIZAÇÃO NÃO CORRESPONDEM À VERDADE MATERIAL. ESTÃO INCORRETOS, E NÃO CORRESPONDEM À REALIDADE, VIOLANDO O ARTIGO 10 DO DECRETO FEDERAL No. 70. 235, DE MARÇO 1972.

Igualmente, houve violação do artigo 20 da Lei federal nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

B-56) DOCUMENTOS DISPONÍVEIS NA EMPRESA PARA REEXAME
A QUALQUER TEMPO PELA FISCALIZAÇÃO.

OS documentos por serem enviados Sindicatos estão disponíveis na sede da empresa.

B-57) REQUER O REEXAME DOS AUTOS.

Requer o reexame dos autos, pela junta de todos os documentos oportunamente.

B-58) A EMPRESA REBELO LTDA. NÃO CONTRATOU TRABALHADORES AVULSOS, MAS, SIM, EMPRESAS LEGALMENTE CONSTITUÍDAS, REGISTRADAS NO SIMPLES. NÃO HÁ OBRIGATORIEDADE DE POSSUIR DOCUMENTOS PERTINENTES AOS TRABALHADORES REGISTRADOS EM EMPRESAS CONSTITUÍDAS, CONTRATADAS, NEM GUIAS DE RECOLHIMENTOS DE INSS.

B-59) COMBUSTÍVEL AO ALUGAR O EQUIPAMENTO, O QUE COMPROVA QUE HOUVE LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTO E NÃO TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA, A EMPRESA ENTREGOU O MESMO COM COMBUSTÍVEL, INCLUÍDO NA LOCAÇÃO.

B-60) DO PERCENTUAL APLICADO À MULTA.

Equivocou-se quando da designação do montante de multa a ser cobrada, uma vez que arbitrou um percentual totalmente elevado, afrontado o determinado na legislação fiscal.

Desta feita, deixou-se de ser levado em consideração a natureza tributária da multa, e seu conseqüente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, como assevera SACHA CALMON NAVARRO o transcrevemos:

(...)

Vê-se, deste modo, que a própria legislação civil cuidou de regulamentar a incidência de acréscimos, limitando os percentuais a serem utilizados, a fim de preservar o devedor, evitando um desembolso incabível e arbitrário.

Dessa forma, por analogia e em respeito ao princípio da isonomia, supondo-se que a incidência da multa fosse permitida, o percentual máximo para sua aplicação seria de 2% (dois por cento), uma vez que a inflação mensal nos dias de hoje é baixa.

B-61) DOCUMENTAÇÃO À DISPOSIÇÃO FISCALIZAÇÃO DO INSS NA EMPRESA REBELO LTDA.

Em face da enormidade dos documentos por juntados, a IMPUGNANTE COLOCA À DISPOSIÇÃO DA FISCALIZAÇÃO TODOS OS DOCUMENTOS NA PRÓPRIA EMPRESA REBELO LTDA., SEM JUNTÁ-LOS, PODENDO APRESENTÁ-LOS A QUALQUER MOMENTO, SE OS PEDIR A FISCALIZAÇÃO.

B-62) NÃO APLICAÇÃO DA SOLIDARIEDADE, PARA RECOLHIMENTO DO INSS, EM RELAÇÃO AOS TRABALHADORES AVULSOS.

Dispõe o artigo 179, item II, § 1º, da Instrução Normativa nº 3, de 14 de julho de 2005:

§ 1º - A SOLIDARIEDADE NÃO SE APLICA AOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS AVULSOS CEDIDOS EM CARÁTER PERMANENTE, NA FORMA ESTABELECIDADA PELA LEI Nº 8.630, DE 1993".

A REBELO LTDA. NÃO É RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA PARA RECOLHIMENTO DO INSS EM RELAÇÃO AOS TRABALHADORES AVULSOS DOS SINDICATOS.

Dispõe o item do artigo 179: " o operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra, entre si, relativamente à requisição de mão-de-obra de trabalhador avulso".

Pelo artigo 179, item II, NÃO HÁ RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA REBELO LTDA., VISTO QUE NÃO É GESTORA DE MÃO-DE-OBRA, MAS, SIM, O SINDICATO.

Dispõe o artigo 896 do Código Civil, vigente à época dos fatos: "A SOLIDARIEDADE NÃO SE PRESUME; RESULTA DA LEI OU DA VONTADE DAS PARTES".

Não há lei determinando a solidariedade da Ltda., razão por que a obrigação de recolher o INSS é toda do Sindicato.

(...)

Ao final, é reiterado pela autuada o requerimento para realização de perícia contábil, apresentando perito e quesitos, mediante o seguinte argumento: *"A Impugnação quer comprovar que os levantamentos não correspondem aos dispositivos legais indicados, como infringidos."* Conclui requerendo defesa oral e pugnando pelo cancelamento da notificação fiscal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mário Hermes Soares Campos, Relator.

A recorrente foi intimada da decisão de primeira instância, por via postal, em 27/05/2008, conforme Aviso de Recebimento de e.fl. 3028. Tendo sido o recurso protocolizado em 25/06/2008, conforme carimbo apostado em sua página inicial (e.fl. 3032), por servidor da Delegacia da Receita Federal do Brasil, considera-se tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Conforme relatado, no Recurso Voluntário a contribuinte reitera todos os argumentos de defesa apresentados na peça impugnatória, suscitando a decadência do direito de lançamento de parte do crédito tributário e as mesmas nulidades apontadas na peça impugnatória, acrescentando a ocorrência de nulidades também por ocasião do julgamento de piso.

Cabe preliminarmente ser pontuado que decisões administrativas e judiciais que a recorrente traz ao recurso são desprovidas da natureza de normas complementares e não vinculam decisões deste Conselho, sendo opostas somente às partes e de acordo com as características específicas e contextuais dos casos julgados e procedimentos de onde se originaram, não produzindo efeitos em outras lides, ainda que de natureza similar à hipótese julgada.

Preliminar de Decadência

Requer a contribuinte o reconhecimento da decadência do direito de lançamento de parte das contribuições constantes da presente autuação, do período anterior a 30/03/2002, tendo em vista o decurso do prazo decadencial antes da ciência da Notificação, nos termos do disposto no artigo 150, §4º, do CTN.

Assiste-lhe razão. Após o lançamento e o julgamento de piso, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, tendo sido editada a Súmula Vinculante STF de nº 8, nos seguintes termos: *“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”*

Ao ser declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, prevalecem de fato as disposições contidas no CTN quanto ao prazo para a autoridade administrativa constituir/formalizar os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

Para a aplicação da contagem do prazo decadencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou seu entendimento no Recurso Especial nº 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos (artigo 543C, do CPC e Resolução STJ 08/2008), posição esta adotada por este Conselho Administrativo Recursos Fiscais (CARF). Nesse sentido, o prazo decadencial para a Administração Tributária lançar o crédito tributário é de cinco anos, contado: i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).

Assim, nos termos definidos pelo Poder Judiciário, o prazo decadencial inicia sua fluência com a ocorrência do fato gerador nos casos de lançamento por homologação, quando há antecipação do pagamento, conforme artigo 150, § 4º do CTN. Por outro lado, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, inciso I do art. 173 do CTN, nos demais casos.

Na presente autuação, estamos diante de um lançamento por descumprimento de obrigação principal, dessa forma, há que se perquirir quanto à ocorrência, ou não, de pagamentos, para efeito de aplicação do prazo decadencial, conforme os comandos normativos suso referenciados. Os fatos geradores do presente lançamento abrangem períodos de apuração de competências 01/2001 a 12/2006, conforme o “Discriminativo Sintético de Débitos”, de e.fls. 215/256. A ciência pessoal da Notificação do Lançamento ocorreu em 30/03/2007, conforme assinatura de ciência no folha de rosto da NFLD (e.fl. 4). Assim, caso sejam constatados pagamentos, a decadência alcançaria os fatos geradores até a competência 02/2002 (inclusive), nos termos do §4º do art. 150 do CTN.

Verificando o “RDA - RELATÓRIO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS” (e.fls. 405/442) e, especialmente, o “RADA - RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS” (e.fls. 443/526), elaborados pela autoridade fiscal lançadora, em conjunto com as informações constantes do “Relatório Fiscal”, verifica-se que consta informação de recolhimentos de contribuições e apropriação de créditos nas competências anteriores a 03/2002. Tratando sobre a questão da decadência das contribuições sociais previdenciárias, temos a Súmula CARF nº 99, nos seguintes termos:

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

Considerando que constam recolhimentos a título de contribuições em todo o período do lançamento, reconheço a decadência das contribuições sociais e destinadas a terceiros, relativas aos fatos geradores das competências 01/2001 a 02/2002 (inclusive).

Alegações de Nulidade do Acórdão Recorrido

Alega a contribuinte nulidade da decisão recorrida por preterição de seu direito de defesa, argumentando que as diversas e relevantes questões preliminares suscitadas quando da impugnação não teriam sido apreciadas pela decisão de piso, o que a torna inconstitucional e nula, pois atenta contra o direito da ampla defesa. Acrescenta que a decisão recorrida deveria comentar e decidir todas as questões suscitadas sob pena de nulidade, por inobservância de requisito e de formalidade essenciais à sua validade, citando jurisprudência que entende aplicar-se ao seu caso. Complementa que tal decisão teria sido proferida sem fundamentação e motivação, ou conhecimento das provas apresentadas, em prejuízo do direito ao contraditório. Nesse linha, aduz a ocorrência de ausência de fundamentação da decisão de piso, pois não teriam sido apreciados os seguintes itens da peça impugnatória: B-4, B 9 a 13; B-15, B-17, B-19 a 29; B-32 a 37; B-39 a 42 e B-44 a 47.

A simples leitura do Acórdão recorrido não deixa dúvidas quanto a sua fundamentação/motivos de decidir. Ao contrário do que alega a recorrente, o julgador de piso se debruçou sobre todas as questões suscitadas, inclusive sobre supostas nulidades do lançamento, concluindo não ser o mesmo nulo, conforme passo a demonstrar, destacando os respectivos itens da peça impugnatória:

- itens B4, B13, B15, B19, B20, B21, B25, B26, B27, B39 é requerida a nulidade da NFLD em face de: “...os fatos não se enquadrarem nos dispositivos legais citados como infringidos.” e supostas contrariedades à constituição/princípios constitucionais, ao conceito de salários e art. 14 do CTN. Esses argumentos foram devidamente refutados nos parágrafos 17, 20, 21, 22 a 29, 34, 35, 36, 37, entre outros;

- itens B9. B10 B11, B12, B17, B29, B32 e B39, tratam de alegações de que pagamentos a empresas constituídas não se revelariam hipótese de incidência das contribuições; que empresas contratadas não preenchem os requisitos de empregados, não preenchendo os requisitos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); que as empresas contratadas não podem ser equiparadas a empregados, para fins de recolhimento de previdência social e tampouco ser tratadas como autônomos. Tais itens foram devidamente enfrentados no Acórdão, onde foi demonstrado que o procedimento adotado pela fiscalização, ao proceder o lançamento da retenção devida não pode ser confundido com qualquer ato de considerar as empresas prestadoras de serviços, legalmente constituídas, inscritas no Simples Federal, como segurados empregados, quer para fins trabalhistas, quer para fins de recolhimento da previdência social, conforme os parágrafos 20 a 25 da decisão de piso;

- os itens B22, B23 e B24, questionam o lançamento mediante aferição indireta e item B47, que defende a não aplicação da solidariedade, em relação aos trabalhadores avulsos. Os levantamentos relativos aos serviços tomados de trabalhadores avulsos foram analisados e refutados nos parágrafos 59 a 81, da decisão de piso. Sendo destacado que, ao contrário do

alegado pela impugnante, é sua obrigação tanto o recolhimento de todas as contribuições sociais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades e fundos, bem como o preenchimento e a entrega das GFIP, relativamente à contratação ou requisição dos trabalhadores avulsos objeto do Levantamento AVU, com destaque para o disposto no art. 218 do Regulamento da Previdência Social - RPS (Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999);

- no item B28, alegação de: *“...tomando-se por base as notas fiscais de serviços e os contratos de prestação de serviços, haveria incidência das contribuições sobre os lucros auferidos pelas empresas, e não simplesmente sobre a mão-de-obra.”* Devidamente enfrentados nos parágrafos 38 a 58;

- os itens B33, B34 e B36, tratam de supostas exclusões indevidas, pela autoridade fiscal lançadora, de empresa do regime do extinto regime de apuração Simples Federal. Devidamente enfrentados nos parágrafos 38 a 58, onde destaco os de nºs 57 e 58, onde é esclarecido que não houve, no procedimento fiscal, a exclusão de qualquer prestadora de serviços do Simples Federal, nem ofensa ao direito à ampla defesa;

- itens B35, B37, B40, B41, B42, B43, B44 e B46, alegações de redução de base de cálculo; inexistência de diferença de contribuições; que as diferenças das contribuições foram devidamente recolhidas e os documentos estariam disponíveis na empresa para reexame a qualquer tempo pela fiscalização, com requerimento de reexame; além da afirmação de que teria havido locação de equipamento e não terceirização de mão-de-obra, a empresa entregou o mesmo com combustível, incluído na locação. Devidamente enfrentados nos parágrafos 51 a 58, 82 a 85 do Acórdão., com especial destaque para os de nºs 46 a 48, onde há expressa citação e análise dos contratos com fornecimento de combustível;

- itens B40, B41, B43 e B46, apenas afirmam que as diferenças das contribuições foram devidamente recolhidas e os documentos estariam disponíveis na empresa para reexame a qualquer tempo pela fiscalização, com requerimento de reexame. Não se trata de argumentos de defesa propriamente ditos, ainda assim, devidamente refutados nos parágrafos 55 a 58, 82 a 85 e 90 do Acórdão;

- item B45, questiona o percentual da multa aplicada. Enfrentado nos parágrafos 86 e 87 da decisão de piso.

É consabido que não se caracteriza omissão o fato de o julgador não se manifestar expressamente sobre todos os argumentos postos pelo recorrente, sendo reconhecido pela jurisprudência que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte. Mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional o resultado diferente do pretendido pela parte. Nesse sentido os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. GRATIFICAÇÃO COMPLEMENTAR DE VENCIMENTO. § 6º DO ARTIGO 10 DA LEI ESTADUAL Nº 9.503/94. OMISSÃO INEXISTENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes. Matéria de fundo dirimida em conformidade com a jurisprudência do Plenário e de ambas as Turmas do STF. Precedentes: RE 426.059, 422.154-AgR, 426.058-AgR, 426.060-AgR e 433.236-AgR. Embargos de declaração rejeitados” (RE 465.739-AgR-ED, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ 24.11.2006).

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. QUEBRA DE SIGILO. REQUISITOS. QUESTÃO DE FATO. C.F., art. 93, IX. I. - No caso, a verificação da presença ou não dos requisitos autorizadores da quebra de sigilo dos agravantes não prescinde do exame de matéria de fato, o que não é possível em sede de recurso extraordinário. II. - O juiz, para atender à exigência de fundamentação do art. 93, IX, da C.F., não está obrigado a responder a todas as alegações suscitadas pelas partes, mas tão-somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar sua decisão. III. - R.E. inadmitido. Agravo não provido” (AI 417.161-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 21.3.2003).

Nesse mesmo sentido reiterada jurisprudência do STJ

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TEORIA DA APARÊNCIA. VALIDADE DE INTIMAÇÃO. REVISÃO DO VALOR DA MULTA FIXADA. REDUÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O julgador não está obrigado a analisar todos os argumentos invocados pela parte quando tenha encontrado fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, não ocorrendo, assim, afronta ao art. 535 do CPC.

2. [...]

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 291.025/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013)

No presente caso, não se trata sequer de ausência de apreciação de argumentos, ou tese, postulados pela então impugnante. O que se verifica é a insatisfação da recorrente com o resultado do julgamento, uma vez que há expressa manifestação da autoridade julgadora de piso quanto aos itens objetados pela recorrente. Nos termos demonstrados, a decisão da autoridade julgadora de primeira instância encontra-se plenamente fundamentada, sendo que, na peça recursal a recorrente demonstra completo conhecimento de tais fundamentos, não devendo ser acatada tal preliminar de nulidade.

Foram ainda apresentados, como supostas nulidades do julgamento de piso, os seguintes argumentos: a) omissão, ao deixar de apreciar as suscitadas inconstitucionalidades do lançamento, conforme apontadas na impugnação; b) falta de realização da perícia pleiteada, que entende ser imprescindível para exame, conferência e verificação dos recolhimentos efetuados; c) negativa de possibilidade de sustentação oral, que entende se tratar, juntamente com a perícia, de peças fundamentais de defesa, com caracterização de cerceamento de defesa.

Mais uma vez a irresignação da autuada demonstra, de fato, contrariedade com o resultado do julgamento, uma vez que há expressa manifestação da autoridade julgadora de piso quanto a esses tópicos. Consta da própria ementa do Acórdão recorrido que: “*À autoridade administrativa é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de ato normativo em vigor.*”. Cumpre acrescentar que tal determinação encontra-se expressa no art. 26A, do Decreto nº 70.235, de 1972: “*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.*” Sem razão assim a recorrente quanto a tal nulidade.

Da mesma forma, quanto ao requerimento de perícia, houve a devida análise e expressa manifestação da autoridade julgadora de piso, inclusive, respondendo aos quesitos apresentados, nos seguintes termos: “*Quanto ao pedido de realização de perícia, deixo de*

atendê-lo, por considerá-lo prescindível, na forma do art. 11 da Portaria RFB nº 10.875, de 16/08/2007, uma vez que na manifestação de voto deste Relator encontram-se respondidos os quesitos formulados pela defendente na impugnação, conforme explicitado a seguir:” Assim sendo, sem razão a alegação de nulidade do julgado por motivo de cerceamento de defesa, sendo que o tema não é estranho a este Conselho, que já se pronunciou a respeito mediante o verbete sumular de nº 163, nos seguintes termos: “O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.”

Quanto à alegação de nulidade devido à negativa de possibilidade de sustentação oral, com caracterização de cerceamento de defesa, foi claramente consignado pela autoridade julgadora de piso que, no âmbito da legislação processual tributária federal, inexistia previsão para que o impugnante sustentasse verbalmente suas contrarrazões durante a sessão de julgamento de primeira instância. De fato, não há previsão normativa para tal, ademais, na portaria ministerial que regulamenta o procedimento das sessões de julgamento nas DRJ's, não há previsão para a publicação prévia de pauta de julgamento, de sustentação oral por parte do impugnante ou seu patrono ou mesmo para o acompanhamento de interessados, o que, por si só, não caracteriza negativa do direito ao contraditório ou cerceamento de defesa, uma vez que à autuada vem sendo garantidas todas as possibilidades de defesa.

Nos termos demonstrados, a decisão da autoridade julgadora de primeira instância encontra-se plenamente fundamentada, sendo que, na peça recursal a recorrente demonstra completo conhecimento de tais fundamentos, não devendo ser acatadas tais preliminares de nulidade do julgamento *a quo*.

Alegações de Nulidade da Notificação de Lançamento

Advoga a recorrente uma série de supostas nulidades da Notificação de Lançamento, sob os mesmos argumentos da impugnação, quais sejam: a) os levantamentos de débitos previdenciários, realizados pela fiscalização teriam extrapolado o MPF, não estando, assim, autorizados pelo respectivo mandado; b) os dispositivos legais indicados na NFLD não guardariam pertinência com os lançamentos realizados, referentes a pagamentos às empresas pessoas jurídicas legalmente constituídas e aos sindicatos; c) violação ao princípio da verdade material, posto que, em seu entender, a legislação indicada como infringida não se coaduna com os levantamentos apontados na notificação.

Este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) já assentou firme jurisprudência administrativa no sentido de que eventuais irregularidades nos procedimentos do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF não geram nulidade. Dentre os diversos julgados sobre o tema, destaco o Acórdão nº 9202002.519, de 31/01/2013, prolatado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, abaixo parcialmente reproduzido, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

No CARF, a posição predominante é a de que o Mandado de Procedimento Fiscal MPF se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, e irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento.

Transcrevo duas decisões desta 2ª Turma da CSRF nesse sentido:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA QUE NÃO CAUSA NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fiscocontribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. A inexistência de MPF para fiscalizar determinado tributo ou a não prorrogação deste não invalida o lançamento que se constitui em ato obrigatório e vinculado.

(Acórdão nº 920201.637; sessão de 12/04/2010; Relator Moisés Giacomelli Nunes da Silva)

VÍCIOS DO MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL MPF. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Falhas quanto a prorrogação do MPF ou a identificação de infrações em tributos não especificados, não causam nulidade no lançamento. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

(Acórdão nº 920201.757; sessão de 27/09/2011; Relator Manoel Coelho Arruda Junior)

Filio-me a essa interpretação. Por bem resumir os argumentos a favor da tese, transcrevo parte do voto Acórdão nº 920201.637, que adoto como razões de decidir:

A portaria da SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001, revogada pela Portaria RFB nº 4.328, de 05.09.2005, que foi publicada no DOU 08.09.2005, trata do planejamento das atividades fiscais e estabelece rotinas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Por meio da norma antes referida se disciplinou a expedição do MPF Mandado de Procedimento Fiscal que se constitui em elemento de controle da administração tributária. A eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do MPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal, mormente quando foram emitidos MPF Complementares antes da lavratura do Auto de Infração.

O Mandado de Procedimento Fiscal MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. Se ocorrerem problemas com a prorrogação do MPF estes não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos. Isto se deve ao fato de que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Conforme bem demonstrado, o MPF constitui-se em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, objetivando assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da administração a incumbência para executar a ação fiscal. Corroborando o até agora exposto, temos o verbete Sumular nº 171, nos seguintes termos: “*Súmula CARF nº 171. Irregularidade na emissão, alteração ou prorrogação do MPF não acarreta a nulidade do lançamento.*” Dessa forma, se ocorrerem problemas com o Mandado de Procedimento Fiscal, esses não invalidam os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, posto que a atividade de lançamento é obrigatória e

vinculada, segundo comando do art. 142, parágrafo único do CTN. Uma vez detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para o nascimento da obrigação tributária, não pode o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

Melhor sorte não assiste à autuada quanto às demais alegações de nulidade, devido a supostas contradições constantes da Notificação de Lançamento; inadequação da legislação indicada como infringida com os levantamentos apontados na notificação e afirmativas atinentes a ilegalidades e inconstitucionalidade de normas. Analisando tais argumentos, também trazidos na peça impugnatória, assim se manifestou a autoridade julgadora de piso,

DO EXAME AO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO E PRELIMINARES

(...)

17. Inicialmente, cumpre salientar que o lançamento encontra-se baseado na legislação citada no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, anexo às folhas 534 a 537, ao qual faz referência o Relatório Fiscal, em seu item 8 (fls. 561).

(...)

20. As Contribuições Sociais objeto do MPF são as previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "h" e "c" da lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

(...)

21. De acordo com o Discriminativo Analítico de Débito - DAD, fls. 04 a 211, constam para o lançamento em comento as seguintes rubricas e alíquotas: Empresa (20% sobre as remunerações de segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais); SAT/RAT (3% sobre as remunerações de segurados empregados e avulsos); Terceiros (5,2% sobre as remunerações de segurados empregados e avulsos) e Ret. Nota fiscal (11% sobre a base de cálculo da retenção sobre notas fiscais ou faturas de prestação de serviços).

22. Em referência à retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, essa nova sistemática de arrecadação não instituiu nova contribuição social, mas simples antecipação compensável, a qual visa unicamente garantir a arrecadação previdenciária.

23. Nesse sentido, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, em relação à matéria:

(...)

24. Assim, a retenção de 11% sobre o total da fatura ou nota fiscal de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra consiste em antecipação de recolhimento, feita pelo tomador do serviço em nome do prestador, e, por conseguinte, tem a mesma natureza das contribuições sociais previstas no art.11, parágrafo único, alíneas "a" e "c" da Lei n.º 8.212/91 acima transcritos.

25. Resta claro, pelo exposto acima, que o procedimento adotado pela Fiscalização ao proceder o lançamento da retenção devida não pode ser confundido com qualquer ato de considerar as empresas prestadoras de serviços, legalmente constituídas, inscritas no SIMPLES, como segurados empregados, quer para fins trabalhistas, quer para fins de recolhimento da previdência social.

25. Portanto, infere-se que a presente NFLD não extrapolou o Mandado de Procedimento Fiscal — MPF n.º 09367934F00, e todos os levantamentos guardam pertinências com os artigos 10 e 3º da Lei n.º 11.098/2005, em vigor à época do lançamento.

(...)

26. Do mesmo modo, são improcedentes as alegações do impugnante de que a Lei n.º 11.098, de 13 de janeiro de 2005, não retroage, portanto, não se aplica a levantamentos

realizados no período anterior a 13 de janeiro de 2005, aplicando-se somente a partir de 1º de janeiro de 2006, em obediência ao disposto no artigo 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade).

27. De acordo com o disposto no artigo 150, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

28. A Lei n.º 11.098/2005 não instituiu nem aumentos tributos, mas tão somente atribuiu ao Ministério da Previdência Social, por intermédio da Secretaria da Receita Previdenciária - SRP, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/ 1991, das contribuições instituídas a título de substituição, bem como das contribuições devidas a terceiros, na forma da legislação em vigor.

29. A NFLD não viola o princípio da verdade material, pois o sujeito passivo foi intimado, por meio dos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, fls.542 a 552, a apresentar os documentos e a prestar os esclarecimentos lá relacionados, e, de acordo com o item 4 do Relatório Fiscal, às fls.555 e 556, bem como do Relatório de Lançamentos — RL, fls. 263 a 399, infere-se que serviram de base para os lançamentos as informações prestadas pelo contribuinte nas GFIP, nas folhas de pagamento, em sua contabilidade, bem como as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços.

(...)

35 Igualmente carece de consistência a assertiva do defendente acerca do tratamento discricionário, em que a Fiscalização não nomina os empregados, em seu levantamento, estando em choque com os princípios constitucionais, entre os quais está o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V, da Constituição Federal de 1988).

36. Os levantamentos FPG — FOLHA DE PAGAMENTO GFIP e GFP – GFIP PARCELAMENTO foram baseados nas informações prestadas pelo próprio sujeito passivo por meio das Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social — GFIP, sendo totalmente prescindível a nominação dos segurados empregados nos lançamentos.

37. Quantos aos lançamentos que não tratam de segurados empregados, ressalto que nos levantamentos CTB - FATO GERADOR EXTRAÍDO CONTABIL e FP — FOLHA DE PAGAMENTO, classificação: não informados em GFIP, constam indicações nominais aos contribuintes individuais (transportadores autônomos e representantes legais do sujeito passivo) aos quais se referem, conforme pode ser verificado no Relatório de Lançamentos - RL, às fls. 263 a 399.

Verifica-se que o lançamento foi efetuado com total observância do disposto na legislação tributária, sendo descritas com clareza as irregularidades apuradas, o enquadramento legal, tanto da infração, como da cobrança da multa e dos juros de mora, e vem sendo oportunizada à autuada, desde a fase de auditoria, passando pela impugnação e recurso ora sob julgamento, todas as possibilidades de apresentação de argumentos e documentos em sua defesa. Em, que pese as infundadas alegações da recorrente, foi demonstrado que a NFLD não viola o princípio da verdade material, pois o sujeito passivo foi intimado, por meio dos Termos de Intimação, a apresentar os documentos e a prestar os esclarecimentos lá relacionados. Também é fato que o lançamento teve como base as informações prestadas pela própria contribuinte nas GFIP's, ou extraídas de suas folhas de pagamento e contabilidade, bem como as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços. Tudo conforme prevê a legislação tributária pertinente e devidamente apontada no relatório "Fundamentos Legais do Débito-FLD", de e.fls. 539/542. que é parte integrante da Notificação. Não se justificam assim as genéricas afirmações

de contradições e inadequações da legislação indicada como infringida com os levantamentos apontados na notificação.

Ao tratar das nulidades, o art. 59, do Decreto nº 70.235, de 1972, preconiza apenas dois vícios insanáveis; a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa. Situações essas não configuradas no presente lançamento, vez que efetuado por agente competente e ao contribuinte vem sendo garantido o mais amplo direito de defesa, desde a fase de instrução do processo, pela oportunidade de apresentar, em resposta às intimações que recebeu, argumentos, alegações e documentos, passando pela fase de impugnação e o recurso ora objeto de análise. Tanto na peça impugnatória, quanto no recurso, a contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa abrangendo não somente preliminares, como também, razões de mérito, desabonando a própria tese de cerceamento do direito de defesa, conforme se apercebe da leitura das peças de defesa apresentadas nas diversas fases do presente processo.

Atinente às nulidades suscitadas, cumpre ainda repisar o que já foi esclarecido no julgamento de piso, no sentido de que é vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei ou inconstitucionalidade. O controle de legalidade efetivado por este Conselho, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Perquirindo se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis. Nesse sentido temos a Súmula nº 2, deste Conselho, com o seguinte comando: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” e o comando do art. 26A do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972 e art. 62 do Regimento Interno do CARF, confira-se:

Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972

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.

Regimento Interno do CARF

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.

Sem razão assim a contribuinte quanto a tais arguições, devendo ser mantida a autuação, que se encontra totalmente respaldada nos estritos ditames legais e devidamente motivada.

Mérito

Ao tratar da defesa de mérito, a recorrente volta a discorrer sobre diversas operações que foram objeto de lançamento, mas que considera indevidas e novamente dividindo sua linha de defesa nos mesmos tópicos constantes da peça impugnatória. Reitera assim todos os argumentos de defesa, apresentados na impugnação, além de contestar a decisão do julgamento de piso no que concerne ao indeferimento de seu pedido de realização de perícia.

Por ocasião do julgamento de piso a autoridade julgadora procedeu a pormenorizada análise de todas as infrações apontadas pela fiscalização para consubstanciar os lançamentos, cotejando tais elementos com os argumentos de defesa apresentados. Argumentos

esses que são reiterados no recurso ora objeto de apreciação. Em que pese a extensa peça recursal, estando consubstanciados na mesma todos os argumentos de defesa já articulados por ocasião do oferecimento da impugnação, inclusive aqueles já acatados no julgamento *a quo*, entendo que os valores mantidos, após o julgamento de piso, foram acertada e suficientemente rebatidos nos fundamentos do Acórdão recorrido. Concordando com os termos da decisão de primeira instância, peço *vênia* para parcial reprodução de tais fundamentos, os quais adoto como razão de decidir:

DO EXAME AO ASPECTO FORMAL DO LANÇAMENTO E PRELIMINARES

(...)

17. Inicialmente, cumpre salientar que o lançamento encontra-se baseado na legislação citada no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, anexo às folhas 534 a 537, ao qual faz referência o Relatório Fiscal, em seu item 8 (fls. 561).

(...)

20. As Contribuições Sociais objeto do MPF são as previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "h" e "c" da lei n.º 8.212/91, *in verbis*:

(...)

21. De acordo com o Discriminativo Analítico de Débito - DAD, fls. 04 a 211, constam para o lançamento em comento as seguintes rubricas e alíquotas: Empresa (20% sobre as remunerações de segurados empregados, avulsos e contribuintes individuais); SAT/RAT (3% sobre as remunerações de segurados empregados e avulsos); Terceiros (5,2% sobre as remunerações de segurados empregados e avulsos) e Ret. Nota fiscal (11% sobre a base de cálculo da retenção sobre notas fiscais ou faturas de prestação de serviços).

22. Em referência à retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, essa nova sistemática de arrecadação não instituiu nova contribuição social, mas simples antecipação compensável, a qual visa unicamente garantir a arrecadação previdenciária.

23. Nesse sentido, o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, em relação à matéria:

(...)

24. Assim, a retenção de 11% sobre o total da fatura ou nota fiscal de prestação de serviços mediante empreitada ou cessão de mão-de-obra consiste em antecipação de recolhimento, feita pelo tomador do serviço em nome do prestador, e, por conseguinte, tem a mesma natureza das contribuições sociais previstas no art.11, parágrafo único, alíneas "a" e "c" da Lei n.º 8.212/91 acima transcritos.

25. Resta claro, pelo exposto acima, que o procedimento adotado pela Fiscalização ao proceder o lançamento da retenção devida não pode ser confundido com qualquer ato de considerar as empresas prestadoras de serviços, legalmente constituídas, inscritas no SIMPLES, como segurados empregados, quer para fins trabalhistas, quer para fins de recolhimento da previdência social.

25. Portanto, infere-se que a presente NFLD não extrapolou o Mandado de Procedimento Fiscal — MPF n.º 09367934F00, e todos os levantamentos guardam pertinências com os artigos 10 e 3º da Lei n.º 11.098/2005, em vigor à época do lançamento.

(...)

26. Do mesmo modo, são improcedentes as alegações do impugnante de que a Lei n.º 11.098, de 13 de janeiro de 2005, não retroage, portanto, não se aplica a levantamentos realizados no período anterior a 13 de janeiro de 2005, aplicando-se somente a partir de 1º de janeiro de 2006, em obediência ao disposto no artigo 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade).

27. De acordo com o disposto no artigo 150, inciso III, alínea b, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

28. A Lei n.º 11.098/2005 não instituiu nem aumentos tributos, mas tão somente atribuiu ao Ministério da Previdência Social, por intermédio da Secretaria da Receita Previdenciária - SRP, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/ 1991, das contribuições instituídas a título de substituição, bem como das contribuições devidas a terceiros, na forma da legislação em vigor.

29. A NFLD não viola o princípio da verdade material, pois o sujeito passivo foi intimado, por meio dos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, fls.542 a 552, a apresentar os documentos e a prestar os esclarecimentos lá relacionados, e, de acordo com o item 4 do Relatório Fiscal, às fls.555 e 556, bem como do Relatório de Lançamentos — RL, fls. 263 a 399, infere-se que serviram de base para os lançamentos as informações prestadas pelo contribuinte nas GFIP, nas folhas de pagamento, em sua contabilidade, bem como as notas fiscais emitidas pelos diversos prestadores de serviços.

(...)

35 Igualmente carece de consistência a assertiva do defendente acerca do tratamento discricionário, em que a Fiscalização não nomina os empregados, em seu levantamento, estando em choque com os princípios constitucionais, entre os quais está o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V, da Constituição Federal de 1988).

36. Os levantamentos FPG — FOLHA DE PAGAMENTO GFIP e GFP – GFIP PARCELAMENTO foram baseados nas informações prestadas pelo próprio sujeito passivo por meio das Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social — GFIP, sendo totalmente prescindível a nominação dos segurados empregados nos lançamentos.

37. Quantos aos lançamentos que não tratam de segurados empregados, ressalto que nos levantamentos CTB — FATO GERADOR EXTRAÍDO CONTABIL e FP — FOLHA DE PAGAMENTO, classificação: não informados em GFIP, constam indicações nominais aos contribuintes individuais (transportadores autônomos e representantes legais do sujeito passivo) aos quais se referem, conforme pode ser verificado no Relatório de Lançamentos - RL, às fls. 263 a 399.

LEVANTAMENTOS DE RETENÇÃO POR SERVIÇOS TERCEIRIZADOS

38. O Relatório Fiscal da NFLD informa que a ora impugnante contratou serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada. As fls. 565 a 1.995, foram juntadas aos autos pela Auditora notificante cópias dos contratos de prestação de serviços e de notas fiscais emitidas pelos prestadores. Por amostragem, foi procedida por este Relator a análise dos diversos contratos de prestação de serviços.

39. Entende-se como cessão de mão-de-obra, para os fins da Lei nº 8.212/91, conforme §3º do seu art. 31, "a colocação a disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação".

40. Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, submetendo-o às ordens do contratante, respeitados os limites do contrato. Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, desde que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.

E, por fim, serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, de natureza repetitiva, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua

execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. Difere da relação de emprego, pois não há pessoalidade da mão-de-obra cedida, conforme entendimento de Fábio Zambitte:

"A cessão de mão-de-obra diz respeito à disponibilidade de mão-de-obra, de força de trabalho. Não há obrigação da contratada de fornecer determinada pessoa, mas sim alguma pessoa. Ou seja, não há pessoalidade dos obreiros cedidos". (Ibrahim, Fábio Zambitte, A Retenção de 11% sobre a Mão-de-Obra, 2000, p. 55)

41. Empreitada, por sua vez, é a execução, contratualmente estabelecida, de tarefa, de obra ou de serviço, por preço ajustado, com ou sem fornecimento de material ou de equipamentos, que podem ou não ser utilizados, realizada nas dependências da empresa contratante, nas de terceiros ou nas da empresa contratada, tendo como objeto um fim específico ou um resultado pretendido.

(...)

43. O que diferencia, em síntese, a cessão de mão-de-obra da empreitada é a colocação de segurados à disposição do tomador, o que se verifica através da forma de contratação dos serviços, isto é, da maneira como se dá a contratação. Se o objeto do contrato forem pessoas, segurados da Previdência Social, trata-se de uma cessão de mão-de-obra. Se o objeto do contrato for um serviço, um resultado acabado, trata-se de uma empreitada.

44. A distinção entre ambas é relevante, já que todos os serviços relacionados no Regulamento da Previdência Social são sujeitos à retenção quando contratados mediante cessão de mão-de-obra, mas somente os elencados nos incisos I a V sofrem retenção quando prestados mediante empreitada (art. 219, § 2º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

45. Ressalta-se que o rol dos serviços relacionados no referido dispositivo é exaustivo, ou seja, a retenção não ocorrerá nos serviços não relacionados na lista, ainda que sejam prestados mediante cessão de mão-de-obra.

46. Conforme verificado pela leitura do Relatório Fiscal da NFLD e da análise documentação acostada aos autos, os serviços contratados pela notificada, além de previstos no rol exaustivo do art. 219, § 2º, do RPS, enquadram-se, com precisão, à definição de cessão de mão-de-obra, conforme prescreve o art. 31, § 3º, da Lei 8.212/91. Assim, todas as notas fiscais de serviços que serviram de base para o presente lançamento enquadram-se entre os serviços sujeitos à retenção de 11%, a qual não pode ser confundida pelo sujeito passivo como lavratura por aferição indireta.

47. A esse respeito, ressalto os Contratos de Transporte de Afretamento a Casco Nu e Contratos de Transporte de Cargas. Observa-se pelos Contratos de Transporte de Afretamento estabelecidos entre a Fretadora (impugnante) e as Afretadoras (prestadoras de serviços) que somente é transferida a essas últimas a gestão náutica dos empurradores, entendida aqui como a administração dos fatos relativos à operação técnica em geral, à navegação e a tudo mais que se fizer necessário para a consecução desta, uma vez que é responsabilidade da notificada colocar à disposição o material e equipamentos que se encontravam a bordo, bem como fornecer o combustível necessário para cada viagem.

48. Não há, no caso, a transferência da gestão comercial, mantida na competência do sujeito passivo (Rebelo Indústria Comércio e Navegação Ltda) que a exercerá na sua plenitude e exclusividade, ou seja, não há transferência da administração dos fatos relativos ao angariamento de carga, à negociação dos contratos de transporte, e ao adimplemento das obrigações comerciais assumidas quer na esfera pública quer na esfera privada.

49. Pelos Contratos de Transporte de Carga firmados em decorrência do afretamento, cabe as prestadoras de serviço a utilização das embarcações por elas afretadas somente para o "empurro" de balsas transportando cargas da impugnante e de seus clientes. Portanto, os serviços auxiliares de natureza aquaviária contratados encontram-se ao abrigo do § 2º, inciso XVII, do artigo 219, do Regulamento da Previdência Social — RPS, isto é, operação de máquinas, equipamentos e veículos. Assim, infere-se que tais

contratações configuram cessão de mão-de-obra e não mera locação de equipamentos, nem se enquadram nas operações de transporte de carga previstas na redação original do artigo 219, § 2º, inciso XIX, do RPS. Eventuais operações de transporte de carga ocorreriam nos contratos firmados entre a ora defendente e seus clientes.

50. Destarte, não há que se falar em exclusão dos lançamentos referentes às contratações acima, relativamente às competências a partir de junho de 2003, em decorrência da alteração promovida pelo Decreto n.º 4.729, de 09/06/2003, no inciso XIX do § 2º do art. 219 do Decreto n.º 3.048/99, por meio da qual a operação de transporte de carga não mais se sujeita à retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo, em virtude da prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra.

51. Aduz a Fiscalização que a empresa utiliza como base de cálculo para efetivar a retenção o percentual de 30% do valor bruto da nota fiscal de prestação de serviços, independentemente do tipo de serviço prestado, apresentando como justificativa o artigo 159, inciso II, da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100/2003, o qual dispõe que quando o fornecimento de material ou a utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto o manual, estiver previsto em contrato, mas sem discriminação dos valores de material, a base de cálculo corresponderá no mínimo a trinta por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, para os serviços de transportes de passageiros, Fugas despesas de combustível e de manutenção dos veículos corram por conta da contratada.

52. O comando do artigo acima é o mesmo do artigo 150, inciso II, da Instrução Normativa IN SRP n.º 03/2005, na redação em vigor à época do lançamento.

(...)

53. Pela leitura do subitem 5.5 do Relatório Fiscal, onde se encontram discriminados, por Contratada, a descrição dos serviços realizados, bem como da análise da documentação juntada aos autos, nota-se que não foram prestados à impugnante quaisquer serviços de transporte de passageiros, corroborando a assertiva da Fiscalização, quando da análise da documentação apresentada pelo sujeito passivo, que não restou configurada a comprovação material para a utilização do percentual de trinta por cento do valor bruto das notas fiscais de serviços como base de cálculo da retenção de 11%.

54. Igualmente, por amostragem, foi verificado por este Relator que não foram discriminados nas notas fiscais que serviram de base para os lançamentos o valor de materiais ou de equipamentos, próprios ou de terceiros. Portanto, independentemente de qualquer previsão contratual, a base de cálculo da retenção será o valor bruto da nota fiscal, conforme estabelecido no artigo 151, da IN SRP n.º 03/2005, no art. 158 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100/2003, e no item 18 da Ordem de Serviço INSS/DAF n.º 209, de 20 de maio de 1999.

55. O sujeito passivo alega que não existe diferença a ser cobrada pela redução da base de cálculo de 11% pela impugnante sobre as notas fiscais de serviços das empresas terceirizadas, pois o restante do INSS que fecha o valor, calculado sobre salários dos funcionários, é recolhido integralmente parte pela contratante e parte pela empresa terceirizada.

56. Entretanto, esclareço ao contribuinte que a retenção de 11% é responsabilidade exclusiva da empresa contratante dos serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada. Caso esta não efetue a retenção ou proceda em montante menor que o devido, assumirá este ônus.

57. Durante o procedimento fiscal foi observado pela Auditora notificante que 'os prestadores de serviço enquadram-se nas hipóteses de vedação ou exclusão obrigatória do SIMPLES. Assim, foi elaborada Representação Administrativa, contendo todas as informações necessárias para encaminhamento ao órgão competente para avaliar e proceder às exclusões, se pertinentes.

58. Logo, não houve no procedimento fiscal em comento a exclusão de qualquer prestadora de serviços do SIMPLES, por meio de comunicado interno para a Secretaria

da Receita Federal - SRF, nem ofensa ao direito à ampla defesa, conforme alegado pela impugnante.

LEVANTAMENTOS "AVU — TOMADOR DE SERVIÇO AVULSO" E "GFP — GFIP PARCELAMENTO".

59. Considera-se trabalhador avulso aquele que, sindicalizado ou não, presta serviços de natureza urbana ou rural, sem vínculo empregatício, a diversas empresas, com intermediação obrigatória do sindicato da categoria ou, quando se tratar de atividade portuária, do Órgão gestor de Mão-de-Obra — OGMO.

60. Infere-se pela leitura do Relatório Fiscal, consubstanciada pela documentação juntada aos autos pela impugnante, fls. 2004 a 2.034, que o sujeito passivo contratou ou requisitou serviços de trabalhadores avulsos, cuja contratação não foi abrangida pela Lei n.º 8.630, de 1993, e pela lei n.º 9.719, de 1998, uma vez que a contratação ou requisição não se deu por intermédio do OGMO, qual seja, entidade civil de utilidade pública, sem fins lucrativos, constituída pelos operadores portuários, em conformidade com a Lei n.º 8.630/1993, tendo por finalidade administrar o fornecimento de mão-de-obra do trabalhador avulso portuário.

61. A esse respeito, assim dispõem o Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, a Instrução Normativa INSS/DC N.º 71/20002, a Instrução Normativa INSS/DC N.º 100/2003 e a Instrução Normativa SRP nº 03/2005, na redação em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores.

(...)

62. Portanto, ao contrário do alega a impugnante, é sua obrigação tanto o recolhimento de todas as contribuições sociais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades e fundos, bem como o preenchimento e a entrega das GFIP, relativamente à contratação ou requisição dos trabalhadores avulsos objeto do Levantamento AVU.

63. A Auditora notificante informa no Relatório Fiscal, item 5.6.1, que pediu por meio de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, fls. 542. as guias de recolhimentos e a relação dos empregados avulsos, mas até o encerramento da fiscalização os documentos solicitados não foram apresentados pelo sujeito passivo.

64. A defendente, por sua vez, entende que no lançamento sobre serviços de estiva executados pelo Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação em Geral do Estado do Pará e pelo Sindicato dos Arrumadores e Trabalhadores em Movimentação de Mercadorias em Geral nos Portos e Comércio Armazenado do Estado do Pará, todo o valor que está sendo cobrado não deveria sê-lo, pois os sindicatos recebem da impugnante, por meio de recibos, os valores correspondentes ao crédito apurado pela Fiscalização, conforme exemplifica para as competências 12/2002 e 03/2006.

65. Os recibos de pagamento efetuados aos sobreditos sindicatos, bem como os lançamentos efetuados no Razão Analítico, na Conta 3.1.3.04 — Custos Gerais, às fls. 2.004 a 2.034, não comprovam o recolhimento de todas as contribuições sociais previdenciárias e daquelas destinadas a outras entidades e fundos à previdência social, relativamente à contratação ou requisição dos trabalhadores avulsos. Para a comprovação de tais recolhimentos, o sujeito passivo deveria ter apresentado à Fiscalização ou juntado aos autos as Guias de Pagamento da Previdência Social — GPS respectivas.

66. Entretanto, a referida documentação, aliada à não apresentação das guias de recolhimentos e da relação dos empregados avulsos solicitadas pela Fiscalização, indica, de forma inequívoca, o caráter de Arbitramento por Aferição Indireta do Levantamento "AVU - TOMADOR DE SERVIÇO AVULSO", conforme será demonstrado a seguir.

(...)

81. Portanto, os Levantamentos "AVU TOMADOR DE SERVIÇO AVULSO" e "GFP — GFIP PARCELAMENTO" não constituem atos válidos tanto em face de fundamentação legal não informada quanto no caso da ausência de motivação ou do não atendimento ao Princípio da Proporcionalidade, como demonstrado anteriormente,

devendo-se decretar de ofício as respectivas nulidades, por vício formal, com base no art. 53 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

(...)

GPS RECOLHIDAS E PARCELAMENTOS EFETUADOS PELA IMPUGNANTE

82. A defendente alega que a Fiscalização autuou as diferenças de recolhimentos de INSS sobre as folhas de pagamento, por competência, mas não levou em consideração as GPS recolhidas, nem os valores que foram inclusos nos parcelamentos realizados pela impugnante, com adesão ao PAES, em agosto de 2003, para as competências até janeiro de 2003, adesão ao Parcelamento Excepcional, em setembro de 2006, para as competências de fevereiro de 2003 a novembro de 2005.

83. No entanto, o Relatório Fiscal é claro quando em seu item 7, fls. 560 a 561, informa que os créditos referentes às retenções efetuadas pela contratante (GPS códigos 2631 lançadas como CRED), bem como os Lançamentos de Débito Confessados - LDC's relativos a fiscalizações anteriores e de adesão a Parcelamentos Especiais (LDC DEB CAD n.º 35.293.380-1, relativo às competências 01/2001 a 01/20003; e LDC DEB CAD n.º 05.986.298-5, referente às competências 02/2003 a 11/2005) e todos os demais recolhimentos realizados pelo contribuinte, relacionados à contribuição devida sobre a remuneração dos segurados, foram deduzidos do total do crédito apurado nesta NFLD, conforme se pode observar no Relatório de Documentos Apresentados - RDA e no Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados - RADA, fls. 400 a 521.

84. Resta claro que eventuais recolhimentos realizados pelos próprios prestadores de serviço não podem ser levados em consideração pela Auditoria-Fiscal, uma vez que tais GPS não guardam relação com a obrigatoriedade do sujeito passivo contratante dos serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada de proceder à retenção de 11% sobre o valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviço.

85. Do mesmo modo, não podem ser considerados na apuração desta Notificação os valores recolhidos relativos a reclamações trabalhistas, pois a competência para proceder à cobrança de tais demandas pertence à Justiça do Trabalho, por força da Emenda Constitucional nº20/1998, e nem o presente lançamento a elas se refere.

DEMAIS ALEGAÇÕES DA DEFENDENTE

86. Quanto à alegação de equívoco por parte da Fiscalização, quando arbitrou o montante da multa cobrada em percentual elevado, em desacordo com a legislação fiscal, a multa em questão decorre do descumprimento de obrigação principal (artigo 113 do CTN - Código Tributário Nacional). À guisa de maiores esclarecimentos, a multa por descumprimento de obrigação principal, que é o caso em tela, decorre do inadimplemento no recolhimento das contribuições previdenciárias e tem caráter moratório. A determinação legal para cobrança de mora está contida no art. 35 da Lei 8.212/91.

87. Nos termos do disposto acima, a Fiscalização, ao lançar o crédito previdenciário, agiu de forma plenamente vinculada, conforme determinado pelo Código Tributário Nacional, tão-somente cumprindo as determinações legais, das quais, de maneira alguma, poderia abster-se.

(...)

Conforme se verifica, a autuada traz em seu recurso os mesmos argumentos da peça impugnatória. Anuindo com os termos e fundamentos da decisão de piso acima reproduzidos e não tendo a recorrente apresentando novas razões que pudessem alterar o entendimento deste julgador, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, adoto tais fundamentos também como minhas razões de decidir.

Juntada de Novos Documentos, Pedido de Reexame e Renovação do Pedido de Perícia

Juntamente com o recurso foram anexados, entre outros documentos, diversas guias de recolhimentos e GFIP's, sendo requerido o reexame com juntada oportuna de todos os demais documentos e renovado o pedido de realização de perícia.

Era dever da interessada, já no ensejo da apresentação da impugnação, momento em que se instaura o litígio, municiar sua defesa com os elementos de fato e de direito que entendesse suportarem suas alegações. Assim deveria, sob pena de preclusão, instruir sua impugnação apresentando todos os argumentos e provas que entendesse fundamentar sua defesa. É o que disciplina os dispositivos normativos pertinentes à matéria, artigos 15 e 16 do referido Decreto nº 70.235, bem como o disposto no inciso I, do art. 373 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Conforme o comando do art. 16, § 4º, a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual. Havendo ressalva somente nas situações expressamente previstas nas alíneas do mesmo § 4º, hipóteses essas que, não se mostram presentes no caso ora sob apreciação. Portanto, novos documentos, apresentados somente no recurso, não devem ser apreciados, uma vez que não foram objeto de análise e julgamento pela autoridade julgadora de piso, sendo preclusa a sua apresentação em fase posterior à da impugnação. O conhecimento desses documentos ocasionaria indevida supressão de instância administrativa.

Não obstante, relativamente às guias de recolhimento apresentadas extemporaneamente, deve novamente ser pontuado o fato de que o Relatório Fiscal é claro quando informa, em seu item 7, e fls. 565/566, que os créditos referentes às retenções efetuadas pela contratante (GPS códigos 2631 lançadas como CRED), bem como os Lançamentos de Débito Confessados - LDC's relativos a fiscalizações anteriores e de adesão a Parcelamentos Especiais (LDC DEB CAD n.º 35.293.380-1, relativo às competências 01/2001 a 01/20003; e LDC DEB CAD n.º 05.986.298-5, referente às competências 02/2003 a 11/2005) e todos os demais recolhimentos realizados pelo contribuinte, relacionados à contribuição devida sobre a remuneração dos segurados, foram deduzidos do total do crédito apurado nesta NFLD, conforme os documentos "Relatório de Documentos Apresentados – RDA" e "Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA", portanto, já teriam sido objeto do devido exame.

Também deve ser destacado, pertinente às guias de recolhimentos relativas aos empregados avulsos contratados pela recorrente, que os levantamentos "AVU TOMADOR DE SERVIÇO AVULSO" e "GFP — GFIP PARCELAMENTO", onde foram lançadas as contribuições vinculadas a tais contratações, foram totalmente cancelados no julgamento de piso, por nulidades, sendo excluídos da presente notificação, demonstrando assim, o efetivo reexame dos autos procedido no julgamento de primeira instância.

Na peça impugnatória a autuada requereu a realização de perícia com o objetivo de comprovar os seus argumentos, todavia, quando apreciou a impugnação a autoridade julgadora indeferiu o pedido de realização de perícia, por entender desnecessária, porque a situação já estaria suficientemente esclarecida e passível de julgamento. Tendo, inclusive, se debruçado na resposta aos quesitos apontados pela então impugnante. Insurge-se a recorrente quanto a tal entendimento e ratifica o pedido de realização de perícia.

A prova pericial, além do caráter específico, não depende exclusivamente da vontade das partes, mas sim de circunstâncias que justifiquem a necessidade de apreciações técnicas, por especialistas com conhecimento específico em determinadas matérias, com o intuito de esclarecer questões controvertidas, para que o julgador, diante de indícios ou elementos incipientes de prova, possa melhor elucidar os fatos para formar sua convicção. Hipótese esta, a meu ver e comungando com a decisão de piso, não caracterizada na presente situação, por considerar prescindível a realização da perícia pleiteada, mormente o fato de que a recorrente tem a obrigação de juntar os meios probatórios de seu interesse. Justifico tal conclusão pela análise dos quesitos apresentados pela recorrente constantes da peça impugnatória, abaixo reproduzidos:

- Os valores levantados pela Fiscalização do INSS correspondem aos dispositivos legais infringidos?
- Foram realizados os recolhimentos sobre empresas terceirizadas, pela totalidade dos encargos previdenciários devidos?
- A NFLD extrapolou o Mandado de Procedimento Fiscal?
- A Rebelo Ltda. pagou aos Sindicatos os encargos previdenciários devidos?

Analisando os quesitos para a perícia pleiteada, verifica-se que se tratam de questões que envolvem a própria atividade de auditoria fiscal e já foram exaustivamente exploradas e analisadas neste processo, não se justificando outras providências a cargo de perito técnico. Assim sendo, sem razão a alegação de nulidade do julgado por motivo de cerceamento de defesa e, em consonância com a decisão de piso, indefiro o pedido de perícia reiterado no recurso sob análise, por considerá-lo desnecessário à produção das provas pretendidas pela contribuinte, pelos motivos expostos e nos termos do art. 29 do Decreto nº 70.235, de 1972, que permite à autoridade julgadora, na apreciação das provas, formar livremente sua convicção, podendo indeferir o pedido de perícia/diligência que entender desnecessário.

Multa – Retroatividade Benéfica

Sem razão também a recorrente quanto à irresignação relativa à multa e juros de mora aplicados na autuação, uma vez que a autoridade lançadora apenas aplicou o que determina a legislação tributária. Nos termos já explicitados, não compete à autoridade administrativa pronunciar-se sobre a legalidade ou constitucionalidade das normas regulamentares aprovadas e vigentes. Diferentemente do afirmado pela recorrente, não houve qualquer arbitramento de multa por parte da autoridade fiscal lançadora, que apenas aplicou o que determina a legislação de regência das contribuições, conforme especificado no anexo à Notificação “FLD-Fundamentos Legais do Débito”, onde consta, especificamente na e.fl 542, a fundamentação dos acréscimos legais.

Inobstante a correta fundamentação legal da multa aplicada, de acordo com o art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a lei nova deve se aplicar a ato pretérito, não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, trata-se do princípio da retroatividade benéfica.

A multa aplicada sobre as contribuições objeto do presente lançamento tem como base legal o art. 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.876, de 20 de novembro de 1999. Entretanto, a Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de

2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, deu nova redação ao art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, estabelecendo que a multa de mora incidente sobre as contribuições deve observar os termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que define o percentual máximo de 20%. À vista de tal alteração normativa, a jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, adotando o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Afasta assim aquela Corte, apenas para os lançamentos de ofício realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte, reconhecendo a aplicação do referido art. 35-A da Lei 8.212, de 1991.

Em que pese o fato de que este Conselho já tenha avaliado a matéria de forma diversa, há que destacar que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), acolhendo a jurisprudência firmada pelo STJ, abriu mão da tese ora discutida adotando o entendimento pela inaplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, o qual prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício de contribuições previdenciárias relativas a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 11.941, de 2009. Tal posição da Procuradoria encontra-se consolidada na Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, nos seguintes termos:

(...)

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (*rectius*: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS.

Referência: Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME

***Data da inclusão:** 12/06/2018

5. A controvérsia em enfoque gravita em torno do percentual de multa aplicável às contribuições previdenciárias objeto de lançamento de ofício, em razão do advento das disposições da Lei nº 11.941, de 2009. Discute-se, nessa toada, se deveriam incidir os percentuais previstos no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior àquela alteração legislativa; se o índice aplicável seria o do atual art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei 11.941, de 2009; ou, por fim, se caberia aplicar o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela nova Lei já mencionada.

6. A respeito da questão, a Fazenda Nacional vem defendendo judicialmente a tese de que, para a definição do percentual aplicável a cada caso, indispensável discernir se se trata de multa moratória, devida no caso de atraso no pagamento independente do lançamento de ofício, ou de multa de ofício, cuja incidência pressupõe a realização do lançamento pelo Fisco para a constituição do crédito tributário, diante do não

recolhimento do tributo e/ou falta de declaração ou declaração inexata por parte do contribuinte.

7. Na perspectiva da Fazenda Nacional, havendo lançamento de ofício, incidiria a regra do art. 35 anterior à Lei nº 11.941, de 2009 (que previa multa para a NFLD e a escalonava até 100% do débito) ou aplicar-se-ia retroativamente o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 (que estipula multa de ofício em 75%), quando mais benéfico ao contribuinte. Tais regras, conforme defendido, diriam respeito à multa de ofício. Noutras palavras, na linha advogada pela União, restaria afastada a incidência da atual redação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009), porquanto aplicável apenas à multa moratória, não havendo que se falar em redução da multa de ofício imposta pelo Fisco para o patamar de 20% do débito.

8. Sucede que, analisando a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, é possível constatar a orientação pacífica de ambas as Turmas de Direito Público no sentido de admitir a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício. É o que bem revelam as ementas dos arestos adiante transcritos, in verbis:

(...)

9. Vê-se que a Fazenda Nacional buscou diferenciar o regime jurídico das multas de mora e de ofício para, a partir disso, evidenciar a possibilidade ou não de retroação benigna (CTN, art. 106. II, “c”) conforme as regras incidentes a cada espécie de penalidade.

10. Contudo, o STJ vem entendendo que, anteriormente à inclusão do art. 35-A pela Lei nº 11.941, de 2009, não havia previsão de multa de ofício no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (apenas de multa de mora), nem na redação primeva, nem na decorrente da Lei nº 11.941, de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008). Consequentemente, a Corte tem afirmado a incidência da redação do art. 35 da Lei 8.212/1991, conferida pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória, por caracterizar-se como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, “c”, do CTN.

11. Nessas hipóteses, a jurisprudência pacífica do STJ afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. Assim, o art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incidiria apenas sobre os lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN (“ O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”).

A Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, acima reproduzida, fez incluir na “Lista de Dispensa de Contestar e Recorrer – a que se refere o art.2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN Nº 502/2016 - o item o item 1.26.’c’: Em atendimento a demanda da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, foi ainda editado pela PGFN o Parecer SEI Nº 11315/2020/ME, onde é ratificada a aplicação do entendimento acima. Confira-se:

1. Trata-se da Nota Cosit nº 189, de 28 de junho de 2019, da Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil – COSIT/RFB e do e-mail s/n, de 13 de maio de 2020, da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região – PRFN 3ª Região, os quais contestam a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, que analisou proposta de inclusão de tema em lista de dispensa de contestar e de recorrer, nos termos da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016[1].

(...)

10. Nesse contexto, em que pese a força das argumentações tecidas pela RFB, a tese de mérito explicitada já fora submetida ao Poder Judiciário, sendo por ele reiteradamente

rechaçada, de modo que manter a impugnação em casos tais expõe a Fazenda Nacional aos riscos da litigância contra jurisprudência firmada, sobretudo à condenação ao pagamento de multa.

11. Ao examinar a viabilidade da presente dispensa recursal, a CRJ lavrou a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, relatando que a PGFN já defendeu, em juízo, a diferenciação do regime jurídico das multas de mora e de ofício para, a partir disso, evidenciar a possibilidade ou não de retroação benigna, conforme as regras incidentes a cada espécie de penalidade:

6. A respeito da questão, a Fazenda Nacional vem defendendo judicialmente a tese de que, para a definição do percentual aplicável a cada caso, indispensável discernir se se trata de multa moratória, devida no caso de atraso no pagamento independente do lançamento de ofício, ou de multa de ofício, cuja incidência pressupõe a realização do lançamento pelo Fisco para a constituição do crédito tributário, diante do não recolhimento do tributo e/ou falta de declaração ou declaração inexata por parte do contribuinte.

7. Na perspectiva da Fazenda Nacional, havendo lançamento de ofício, incidiria a regra do art. 35 anterior à Lei nº 11.941, de 2009 (que previa multa para a NFLD e a escalonava até 100% do débito) ou aplicar-se-ia retroativamente o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 (que estipula multa de ofício em 75%), quando mais benéfico ao contribuinte. Tais regras, conforme defendido, diriam respeito à multa de ofício. Noutras palavras, na linha advogada pela União, restaria afastada a incidência da atual redação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009), porquanto aplicável apenas à multa moratória, não havendo que se falar em redução da multa de ofício imposta pelo Fisco para o patamar de 20% do débito. (grifos no original)

12. Entretanto, o STJ, guardião da legislação infraconstitucional, em ambas as suas turmas de Direito Público, assentou a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício.

Dessa forma, em homenagem ao princípio da retroatividade benéfica e em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ e posição da PGFN, a multa imposta à recorrente na presente Notificação deve ser recalculada, observando-se a atual redação do art. 35 da Lei 8.212, de 1991, conferida pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória, por se caracterizar como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, "c", do CTN. Saliente-se que este também foi o entendimento que prevaleceu no acórdão nº 9202-009.413, da 2ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, julgado na sessão de 23 de março de 2021.

Juros de Mora

Quanto aos juros de mora lançados, mediante aplicação da Taxa Selic, mais uma vez a autoridade lançadora apenas aplicou o que determina a legislação tributária. Nos termos já explicitados, não compete à autoridade administrativa pronunciar-se sobre a legalidade ou constitucionalidade das normas regulamente aprovadas e vigentes. Há, inclusive, orientação expressa quanto ao tema, consolidada na Súmula CARF nº 4, que possui efeito vinculante, conforme a Portaria nº 277, de 7 de junho de 2018, devendo ser observada pelos seus Conselheiros, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Sendo a atividade administrativa do lançamento vinculada e obrigatória, uma vez detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, cabe à autoridade tributária proceder ao lançamento, com os devidos acréscimos legais, conforme previsão normativa, não havendo permissivo legal que autorize a dispensa do lançamento da respectiva multa e juros ou sua redução, uma vez presente a hipótese caracterizadora de sua cobrança.

Finalmente, no que tange à possibilidade de sustentação oral, cumpre esclarecer que, nos termos do disposto no artigo 55, § 1º, do anexo II, do Regimento Interno do CARF, a publicação da pauta no Diário Oficial da União e a divulgação no sítio do CARF na rede mundial de computadores (internet), será feita com, no mínimo, 10 (dez) dias de antecedência da data do julgamento. De acordo com a Portaria CARF/ME nº 7.755 de 30 de junho de 2021, é facultado às partes, mediante solicitação, nos termos e prazos definidos nos art. 4º e 7º da mesma portaria, o acompanhamento de julgamento de processo na sala da sessão virtual, assim como sustentação oral, desde que solicitado por meio de formulário próprio, indicado na Carta de Serviços no sítio do CARF na internet. Deve portanto, a parte ou seu patrono, acompanhar a publicação da pauta, podendo então adotar os procedimentos prescritos para efeito de efetuar sustentação oral, sendo responsabilidade unilateral da autuada tal acompanhamento

Baseado em todo o exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, exceto quanto aos novos documentos anexados apenas na fase recursal, e na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial para reconhecer a decadência das contribuições das competências 01/2001 a 02/2002 (inclusive) e determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos