



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

Processo n° 10120.005376/2010-88
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.472 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SEC. MUN. SAÚDE APARECIDA DE GOIÂNIA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2007 a 31/12/2009

PREVIDENCIÁRIO.LANÇAMENTO.LEGISLAÇÃO.

É compulsório observar a legislação e os critérios de lançamento na forma do caput e § 1º do artigo 144 do Código Tributário Nacional - 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 ”.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTA DE OFÍCIO

Para as Contribuições Previdenciárias, a imposição de penalizar o contribuinte infrator mediante aplicação de multa de ofício só veio a ser instituída na forma da Medida Provisória MP n° 449 a partir de sua edição em 03/12/2008.

DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA

O artigo 106, “c” , do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

MULTA DE MORA

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas à multa de mora prevista artigos 35, I, II, III da Lei 8.212/91.

Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais e das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, na forma da redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Recurso Voluntário Provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso determinando a exclusão da multa de ofício das competências anteriores a 12/2008, inclusive, bem como se proceda ao recálculo da multa de mora conforme o artigo 35 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20% , critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão das multas.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se de crédito tributário constituído contra a Secretaria Municipal De Saúde de Aparecida De Goiânia , por meio do Auto de Infração nº 37.239.588-0, no valor de 646.246,47(seiscentos e quarenta e seis mil, duzentos e quarenta e seis reais e quarenta e sete centavos) relativo às competências 06/2007 a 12/2009, referente às contribuições previdenciárias em razão do grau de risco de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT).

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa inconformada apresentou impugnação às fls 41 onde fez diversas alegações combatendo o auto.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.122 a 7ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Brasília – DF - DRJ/BSB, em 27 de janeiro de 2011, exarou o Acórdão n ° 03-41.369 , mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.255, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “*ad quod*”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 135, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Em sede de impugnação, reiterado em grau de recurso, a Recorrente requereu a ilegalidade do lançamento em razão de na aferição do grau de risco não ter sido incluído os empregados de suporte/administrativos.

DOS CRITÉRIOS DO LANÇAMENTO

Conforme o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal – TEPF, de fls.33, a ação fiscal foi específica para cobrança de diferenças de GILRAT e ACRÉSCIMOS LEGAIS DA IMPUGNAÇÃO

Movida pelo estabelecimento de novos critérios de apuração ou seja novos parâmetros determinados pelo Decreto 6.042 de 2007 teve início a ação fiscal.

O Auditor Fiscal ao promover laborioso critério para justificar a determinação do CNAE em razão da maior quantidade empregados deu margem à que a Recorrente interpusse o presente Recurso com reiterada argumentação onde refuta que aquele seguimento escolhido abrigue atividade preponderante. Alega que nos termos estabelecidos pelo Auditor, prepondera as atividades que envolve o Ensino Fundamental cuja a previsão legal requer que se estabeleça o CNAE 8513-9/00 com alíquota de 1%.

Cumprе destacar que em se tratando de órgão da Administração Pública não há que se observar quantidade de empregados para apontar atividade preponderante.

No Anexo V do Decreto nº 6.042, de 12/02/2007 consta definido que para Administração Pública em geral deva ser adotado o CNAE 8411-6/00 com adoção de alíquota de grau de risco 2%.

Nestes termos, tampouco, cabe falar em auto-enquadramento uma vez que é compulsória a classificação.

Assim, o longo arrazoado da Autoridade Fiscal, considerando que o crédito foi corretamente lançado sob a alíquota de 2%, não há reparos a se efetuar. **Portanto, não dou provimento às alegações de nulidade da Recorrente.**

DO MÉRITO.

Ao ser lavrado o auto, penalizaram-se a Recorrente com aplicação de multa de mora e de ofício

Aduz que o período do lançamento contemplou as competências 06/2007 a 12/2009.

É compulsório observar a legislação e os critérios de lançamento na forma do caput e § 1º do artigo 144 do Código Tributário Nacional – 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.”, “ *verbis* ” :

“ Art. 144. 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. ”

Na forma do § 1º do sobredito artigo, somente se aplica ao lançamento legislação posterior no que às hipóteses de novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios , “ *verbis* ”:

“ § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.”(grifos de minha autoria)

O presente lançamento não foi submetido aos preceituado no parágrafo retro. Assim, ainda que estivesse não implicaria inobservar o preceituado no caput do artigo 144 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** ”(G.R)*

É relevante destacar que às fls. 28, o fundamento legal utilizado para sustentar a aplicação da penalidade na forma levada à termo, consta registrado no item 701. Combinaram-se os artigos 35-A da Lei n 8.212/91 com o inciso I do artigo 44 da Lei n 9.430/96 consignando que ambos com redação dada pela Medida Provisória n 449, de 04/12/2008 convertida na Lei n 11.941/ ,de 27/05/2009.

Embora não conste dos autos, a previsão da penalidade de multa de mora consta estabelecida pelo art. 35, I, II, II da Lei n 8.212/91. Entretanto o artigo supra foi alterado pela edição pela Medida Provisória n 449, de 04/12/2008 convertida na Lei n 11.941/ ,de 27/05/2009.

A Medida Provisória e a Lei não estabeleceram novos critérios de apuração. Estas determinam que os débitos referentes a contribuições **não pagas nos prazos previstos em legislação**, seriam acrescidos de **multa de mora** nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%:

*“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes **das contribuições sociais previstas** nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, **não pagos nos prazos previstos em legislação**, **serão acrescidos de multa de mora** e juros de mora, **nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996** (Redação dada pela Lei 11.491, 2009)”(grifos do relator)*

Lei 9.430/96:

*“ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, **cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.***

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão **juros de mora** calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.(Vide Lei nº 9.716, de 1998)”*

A multa de ofício dos termos aplicados na lavratura do pauto em apreço passou a ter previsão conforme o que consta tanto a Medida Provisória- MP 449 de 03 de dezembro de 2008 quanto a Lei n 11.941/2009 :

“ Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. ”

Não pode passar despercebido o comando do artigo 66 da sobredita Medida, “*verbis*” :

“ Art. 66. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, exceto quanto ao disposto nos arts. 40 a 42, que passam a vigorar a partir da publicação do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo.

Brasília, 3 de dezembro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.”

DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÍGNA

O inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional –CTN, determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Assim, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a multa mais benéfica.

“ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Tudo isto posto, é lícito concluir que até a edição da Medida Provisória – MP 449 somente é cabível imputar penalidade de multa de mora às infrações lavradas em face da Recorrente. A multa de ofício - ressalte-se, não se observando aplicação cumulativa - se imputa às infrações a partir da entrada em vigor da multicitada MP 449 nos termos do artigo 66 do mesmo diploma.

Desse modo, em razão das considerações retro, retifiquem-se as penalidades aplicadas com multa de ofício em razão de maculadas por nulidade observando que o faça quando a liquidação do crédito for postulada pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009 :

“Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN.”

Tudo isto posto, é lícito concluir que até a edição da Medida Provisória – MP 449 somente é cabível imputar penalidade de multa de mora às infrações lavradas em face da Recorrente. A multa de ofício - ressalte-se, não se observando aplicação cumulativa - se imputa às infrações a partir da entrada em vigor da multicidadada MP 449 nos termos do artigo 66 do mesmo diploma.

Em razão das considerações retro, retifiquem-se as penalidades aplicadas com multa de ofício em razão de maculadas por nulidade .

CONCLUSÃO

Conheço do recurso, para NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, determinando a exclusão da multa de ofício das competências anteriores a 12/2008, inclusive, bem como se proceda ao recálculo da multa de mora conforme o artigo 35 da Lei n.º 8.212/91, incluído pela Lei n.º 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20% , critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento.

É como voto.

Ivacir Julio de Souza - Relator