



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

Processo nº 10380.006311/2007-93
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **2403-00.684 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de agosto de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente Transportadora Vasconcelos Ltda
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2001 a 31/12/2006

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

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

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

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos, em reconhecer a decadência até 03/2002 com base no art. 150 ,§ 4º do CTN. No Mérito: Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Presidente/Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto, Jonathas Ribeiro da Silva e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ, em Recife, Acórdão 11-20.304-7ª Turma, que julgou procedente o lançamento decorrente de obrigação tributária principal, no valor de R\$ 4.149.304,86.

O tributo refere-se a contribuição dso empregados, contribuintes individuais e a cota patronal, incluindo terceiros.

Conforme Relatório Fiscal, trata-se de lançamento de crédito por arbitramento, cujas bases de cálculo foram obtidas por meio de aferição indireta diante da não apresentação e apresentação deficiente da documentação necessária à apuração das contribuições sociais devidas, tudo em conformidade com o previsto no art. 33 da Lei 8.212 de 24/07/1991., cuja redação à época do lançamento é abaixo apresentada:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001).

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (grifei)

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

Durante a ação fiscal, apesar de intimada, a empresa não apresentou a contabilidade, deixou de apresentar folhas de pagamento ou apresentou-as de forma incompleta, apresentou 2 resumos de folha diferentes para a mesma competência e mesmo tomador, apresentou folhas de funcionários sem registro em CTPS, cujas remunerações não foram informadas em GFIP, e também, conforme Livro de Inspeção do Trabalho, foi verificado, pela Fiscalização do Trabalho, o pagamento de salário a empregado sem a devida formalização. Tudo isso foi descrito com maiores detalhes no relatório Fiscal, conforme abaixo:

4. O lançamento por meio de arbitramento foi efetuado, entre outras causas, diante da não apresentação da escrituração contábil (livros Diário e Razão), ou, opcionalmente, do livro Caixa, correspondentes ao período de 05/2001 a 12/2006, conforme solicitado nos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD em anexo, o que também deu origem à lavratura do auto de infração DEBCAD 37.043.802-7.

5. É importante ressaltar que a empresa fiscalizada é optante pela tributação pelo lucro presumido, estando desobrigada de escriturar os livros Diário e Razão, desde que mantenha a escrituração do Livro Caixa e Livro de Registro de Inventário, conforme inciso II do § 16 do art. 225 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art. 225...

§ 16. São desobrigadas de apresentação de escrituração contábil: (Redação alterada pelo Decreto nº3.265, de 29/11/99. Ver art. 1.179, § 2º, da Lei nº10.406/02 - Novo Código Civil)

- a pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido, de acordo com a legislação tributária federal, desde que mantenha a escrituração do Livro Caixa e Livro de Registro de Inventário; e

6. Também não foram apresentadas as folhas de pagamento do estabelecimento 06.615.132/0006-19 (filial Salvador — Bahia) referentes às competências 12/2001, 13/2001, 10/2002, e apresentação incompleta das competências 05/2001 (falta folha referente à tomadora Perdigão) 06/2001 (falta folha referente à tomadora Perdigão), 07/2001 (falta folha da Perdigão), 06/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço), 11/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço) e 13/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço) e

7. Conforme cópias dos resumos de folhas de pagamento juntados em anexo, referentes ao estabelecimento 06.615.132/0006-19 (filial Salvador— Bahia) e competências 11/2002 e 12/2002, foram verificados 02 resumos, com valores

diferentes, referentes às mesmas competência e à mesma tomadora dos serviços prestados, empresa Perdigão.

8. Quanto ao estabelecimento 06.615.132/0011-86 (filial São Luís — Maranhão), constam em anexo, folhas de funcionários sem registro em CTPS (04/2003 e 06/2003), cujas remunerações não foram informadas em GFIP (obs. o empregado Manoel Domingos Sales foi informado em GFIP).

9. No estabelecimento 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), foi verificado, pela Fiscalização do Trabalho, o pagamento de salário a empregado sem a devida formalização, conforme cópia do Livro de Inspeção do Trabalho, em anexo, no item "irregularidades encontradas"

A metodologia de aferição, tanto dos empregados quanto dos contribuintes individuais, também foi descrita no Relatório Fiscal.

Aferição dos salários de contribuição dos segurados empregados:

13. A remuneração paga aos segurados empregados, em cada estabelecimento, foi aferida com base na remuneração paga nos estabelecimentos 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco) e 06.615.132/0010-03 (filial São Paulo), da empresa.

14. No sentido de neutralizar as diferenças regionais com relação a piso salarial, buscando assim evitar qualquer arbitrariedade, quanto aos estabelecimentos 06.615.132/0001-04 (matriz — Ceará), 06.615.132/0003-76 (filial Piauí); 06.615.132/0005-38 (filial Rio Grande do Norte) e 06.615.132/0008-80 (filial Paraíba), foi utilizada como referência, a remuneração paga no estabelecimento 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco).

15. Já quanto aos estabelecimentos 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), 06.615.132/0006-19 (filial Salvador), 06.615.132/0007-08 (filial Rio de Janeiro) e 06.615.132/0009-61 (filial Brasília), foi utilizada como referência a remuneração paga no estabelecimento 06.615.132/0010-03 (filial São Paulo).

16. Conforme Planilha em anexo "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS", os salários de contribuição relacionados nas colunas "REMUNERAÇÃO ARBITRADA", de cada estabelecimento e competência, foram obtidos dividindo-se o número de empregados do estabelecimento, pelo número de empregados da filial tomada como referência, São Paulo (06.615.132/0010-03) ou 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), e multiplicando-se pela remuneração paga aos empregados da filial tomada como referência.

17. É importante ressaltar que as filiais tomadas como referência, filial São Paulo (06.615.132/0010-03) e filial Pernambuco (06.615.132/0002-95), são bastante representativas

em número de empregados e valores pagos a título de remuneração a empregados.

18. Para evitar duplicidade de levantamento de débito, nas colunas "DIFERENÇA LANÇADA" foram relacionados os valores considerados para apuração das contribuições devidas, conforme pode ser verificado no relatório Discriminativo Analítico de Débito — DAD, em anexo. Tais valores foram obtidos diminuindo-se os valores das remunerações declaradas em GFIP e valores relacionados em folha de pagamento e não declarados em GFIP, dos valores correspondentes à coluna "REMUNERAÇÃO ARBITRADA", conforme evidenciado na Planilha "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS", em anexo, por competência e estabelecimento.

Aferição dos salários de contribuição dos segurados contribuintes individuais (pró-labore dos sócios):

19. Na matriz, estabelecimento 06.615.132/0001-04, também foi feita a aferição da remuneração paga, a título de pró-labore, aos sócios gerentes da empresa.

20. Para isso, foi utilizada a maior remuneração paga a um empregado da empresa multiplicada pelo número de sócios gerentes em cada competência, conforme determina o art. 201, §3º, inciso II do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99. Desses valores foram diminuídos os valores declarados em GFIP a título de pró-labore. A diferença foi objeto de lançamento.

21. Toda a metodologia de aferição da remuneração paga aos sócios gerentes da empresa foi evidenciada na planilha "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SÓCIOS GERENTES".

Inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa apresentou recurso, onde, resumidamente, alega o seguinte:

- Critica o método adotado pela fiscalização para aferir os salários de contribuição dos segurados empregados que serviram de base para lavratura da presente notificação.
- A fiscalização não respeitou a realidade de cada estado, onde está claro que a remuneração paga no Ceará não pode ser a mesma paga em Pernambuco e neste a mesma que é paga em São Paulo.
- O arbitramento é medida extrema, pois só deve ser utilizado como último recurso, por ausência absoluta de outro elemento que tenha mais condições de aproximar-se do real. Portanto o Sr auditor fiscal dispunha de elementos de convicção que lhe permitia conhecer o exato valor da remuneração paga pela notificada aos seus empregados e dirigentes através das Folhas de Pagamento, termos de rescisões de contrato de trabalho, recibos de férias, GFIP e demais documentos.
- Foram levantadas, além da presente NFLD diversas outras. Inclusive uma, a de nº 37.043.806-0, onde a fiscalização estabeleceu valores de

contribuições levando-se em consideração as informações prestadas nas folhas de pagamento e GFIP's. Devemos levar em consideração que as duas NFLD são referentes ao mesmo período de apuração, ou seja, de maio de 2001 a novembro de 2006.

- As NFLD's citadas são contraditórias, uma não pode subsistir com a outra.
- Autoridade fiscalizadora desprezou toda a documentação disponibilizada pela empresa para sua auditoria. Conforme citado pela própria fiscalização, não foram consideradas a operação concomitante que a empresa procedeu junto ao INSS, assim como foram desconsideradas as compensações efetuadas referentes à retenção de 11% das notas fiscais de serviço, mais um motivo para que o presente débito seja considerado improcedente.
- A notificada que o Sr auditor fiscal arbitrou pro-labore para o funcionário Márcio Valério Silva Lopes e atribuiu gerência a quem não participa da sociedade empresarial como é o caso da funcionária Kenia Aragão Filgueiras como se pode verificar cópias de rescisão e folha de registro de empregado.
- Algumas pessoas que constam como empregados pela fiscalização, na verdade são trabalhadores autônomos, não podendo fazer parte da folha de pagamento.
- Desconsideração dos parcelamentos.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

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

PRELIMINAR

DECADÊNCIA

O lançamento fundamentou-se no artigo 45 da Lei 8.212/91. O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n ° 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade desse artigo, nestas palavras:

***Súmula Vinculante n° 8** “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n ° 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n ° 8.212, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional (CTN), o art. 173 ou o art. 150 (este último diz respeito ao lançamento por homologação).

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art.150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Portanto, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o I, art. 173 ou o § 4º, art. 150, ambos do CTN - devemos identificar a ocorrência, ou não, de pagamentos parciais, pois só assim poderemos declarar os efeitos da decadência no lançamento.

O Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, apresenta guias de recolhimento apropriadas ao lançamento. Por entender que o objeto da análise é o lançamento, entendo presente o requisito da antecipação parcial dos recolhimentos.

Entendo que neste caso se aplica a regra do artigo 150 do CTN.

O período do lançamento é de 05/2001 a 12/2006.

A ciência do lançamento ocorreu em 05/04/2007

Entendo decadentes as competências até 03/2002, inclusive.

MÉRITO

AFERIÇÃO

Grande parte do recurso refere-se à aferição das bases de cálculo.

Inicialmente cabe registrar que a hipótese de a fiscalização lançar de ofício importância que entende devida, tem fundamento no art. 33 da Lei 8.212/1991, e tem como pré-requisito a recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente por parte do contribuinte.

Abaixo é apresentada a redação da Lei vigente à época do lançamento e a redação atual do parágrafo terceiro:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10.256, de 2001).

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (grifei)

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).(atual)

O Relatório Fiscal registrou que apesar de intimada, a empresa não apresentou a contabilidade, deixou de apresentar folhas de pagamento ou apresentou-as de forma incompleta, apresentou 2 resumos de folha diferentes para a mesma competência e mesmo tomador, apresentou folhas de funcionários sem registro em CTPS, cujas remunerações não foram informadas em GFIP, e também, conforme Livro de Inspeção do Trabalho, foi verificado, pela Fiscalização do Trabalho, o pagamento de salário a empregado sem a devida formalização. Tudo isso foi descrito com maiores detalhes no relatório Fiscal, conforme abaixo:

4. O lançamento por meio de arbitramento foi efetuado, entre outras causas, diante da não apresentação da escrituração contábil (livros Diário e Razão), ou, opcionalmente, do livro Caixa, correspondentes ao período de 05/2001 a 12/2006, conforme solicitado nos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD em anexo, o que também deu origem à lavratura do auto de infração DEBCAD 37.043.802-7.

5. É importante ressaltar que a empresa fiscalizada é optante pela tributação pelo lucro presumido, estando desobrigada de escriturar os livros Diário e Razão, desde que mantenha a escrituração do Livro Caixa e Livro de Registro de Inventário, conforme inciso II do § 16 do art. 225 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art. 225...

§ 16. São desobrigadas de apresentação de escrituração contábil: (Redação alterada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99. Ver art. 1.179, § 2º, da Lei nº 10.406/02 - Novo Código Civil)

- a pessoa jurídica tributada com base no lucro presumido, de acordo com a legislação tributária federal, desde que mantenha a escrituração do Livro Caixa e Livro de Registro de Inventário; e

6. Também não foram apresentadas as folhas de pagamento do estabelecimento 06.615.132/0006-19 (filial Salvador — Bahia) referentes às competências 12/2001, 13/2001, 10/2002, e apresentação incompleta das competências 05/2001 (falta folha referente à tomadora Perdigão) 06/2001 (falta folha referente à tomadora Perdigão), 07/2001 (falta folha da Perdigão), 06/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço), 11/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço) e 13/2002 (falta folha referente à tomadora Bompreço) e

7. Conforme cópias dos resumos de folhas de pagamento juntados em anexo, referentes ao estabelecimento 06.615.132/0006-19 (filial Salvador— Bahia) e competências

11/2002 e 12/2002, foram verificados 02 resumos, com valores diferentes, referentes às mesmas competência e à mesma tomadora dos serviços prestados, empresa Perdigão.

8. Quanto ao estabelecimento 06.615.132/0011-86 (filial São Luís — Maranhão), constam em anexo, folhas de funcionários sem registro em CTPS (04/2003 e 06/2003), cujas remunerações não foram informadas em GFIP (obs. o empregado Manoel Domingos Sales foi informado em GFIP).

9. No estabelecimento 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), foi verificado, pela Fiscalização do Trabalho, o pagamento de salário a empregado sem a devida formalização, conforme cópia do Livro de Inspeção do Trabalho, em anexo, no item "irregularidades encontradas"

A metodologia de aferição, tanto dos empregados quanto dos contribuintes individuais, também foi descrita no Relatório Fiscal.

Aferição dos salários de contribuição dos segurados empregados:

13. A remuneração paga aos segurados empregados, em cada estabelecimento, foi aferida com base na remuneração paga nos estabelecimentos 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco) e 06.615.132/0010-03 (filial São Paulo), da empresa.

14. No sentido de neutralizar as diferenças regionais com relação a piso salarial, buscando assim evitar qualquer arbitrariedade, quanto aos estabelecimentos 06.615.132/0001-04 (matriz — Ceará), 06.615.132/0003-76 (filial Piauí); 06.615.132/0005-38 (filial Rio Grande do Norte) e 06.615.132/0008-80 (filial Paraíba), foi utilizada como referência, a remuneração paga no estabelecimento 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco).

15. Já quanto aos estabelecimentos 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), 06.615.132/0006-19 (filial Salvador), 06.615.132/0007-08 (filial Rio de Janeiro) e 06.615.132/0009-61 (filial Brasília), foi utilizada como referência a remuneração paga no estabelecimento 06.615.132/0010-03 (filial São Paulo).

16. Conforme Planilha em anexo "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS", os salários de contribuição relacionados nas colunas "REMUNERAÇÃO ARBITRADA", de cada estabelecimento e competência, foram obtidos dividindo-se o número de empregados do estabelecimento, pelo número de empregados da filial tomada como referência, São Paulo (06.615.132/0010-03) ou 06.615.132/0002-95 (filial Pernambuco), e multiplicando-se pela remuneração paga aos empregados da filial tomada como referência.

17. É importante ressaltar que as filiais tomadas como referência, filial São Paulo (06.615.132/0010-03) e filial Pernambuco (06.615.132/0002-95), são bastante representativas em número de empregados e valores pagos a título de remuneração a empregados.

18. Para evitar duplicidade de levantamento de débito, nas colunas "DIFERENÇA LANÇADA" foram relacionados os valores considerados para apuração das contribuições devidas, conforme pode ser verificado no relatório Discriminativo Analítico de Débito — DAD, em anexo. Tais valores foram obtidos diminuindo-se os valores das remunerações declaradas em GFIP e valores relacionados em folha de pagamento e não declarados em GFIP, dos valores correspondentes à coluna "REMUNERAÇÃO ARBITRADA", conforme evidenciado na Planilha "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS", em anexo, por competência e estabelecimento.

Aferição dos salários de contribuição dos segurados contribuintes individuais (pró-labore dos sócios):

19. Na matriz, estabelecimento 06.615.132/0001-04, também foi feita a aferição da remuneração paga, a título de pró-labore, aos sócios gerentes da empresa.

20. Para isso, foi utilizada a maior remuneração paga a um empregado da empresa multiplicada pelo número de sócios gerentes em cada competência, conforme determina o art. 201, §3º, inciso II do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99. Desses valores foram diminuídos os valores declarados em GFIP a título de pró-labore. A diferença foi objeto de lançamento.

21. Toda a metodologia de aferição da remuneração paga aos sócios gerentes da empresa foi evidenciada na planilha "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SÓCIOS GERENTES".

Entendo coerente a metodologia aplicada e considero correto o procedimento.

RECOLHIMENTOS

Requerente alega que recolhimentos não foram considerados, citando operação concomitante, recolhimentos referentes à retenção de 11% pelo tomador de serviço e parcelamento.

Quanto à operação concomitante resultante do processo administrativo 35.043.000211/2005-43, conforme consta do Acórdão 11-20.409 - 7ª Turma da DRJ/REC, a empresa já se compensou de mencionados créditos com outros débitos anteriormente existentes contra si na Previdência Social e não demonstra a existência de saldo ainda a deduzir, advindo de referida operação.

Quanto às compensações referentes aos recolhimentos efetuados no código 2631 - Contribuição retida sobre a NF/Fatura da Empresa Prestadora de Serviço CNPJ/MF, registro que consta do lançamento o Relatório de Documentos Apresentados (RDA), relatório este que relaciona as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas e o Relatório de

Apropriação de Documentos Apresentados (RADA), relatório que demonstra como os documentos foram apropriados pela fiscalização.

As guias com código de pagamento 2631 estão ali apresentadas e foram devidamente apropriadas.

Observo que os parcelamentos existentes foram considerados e também estão relatados no RADA e RDA.

EXISTÊNCIA DE OUTROS LANÇAMENTOS COM SOBREPOSIÇÃO

Alega a recorrente que foram levantadas outras NFLDs referentes ao mesmo período de apuração, com sobreposição.

Entendo não procedente a alegação conforme demonstrado abaixo.

Inicialmente reconhece-se a existência de outras Notificações Fiscais, conforme abaixo:

- Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 37.043.806-0, referente às contribuições devidas apuradas com base em valores declarados em GFIP;
- Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 37.043.803-5, referente às contribuições descontadas dos segurados empregados e não recolhidas à Previdência Social e
- Notificação Fiscal de Lançamento de Débito 37.043.804-3, referente às contribuições devidas cujos fatos geradores não foram declarados em GFIP, ou seja, correspondentes aos valores informados nas folhas de pagamento apresentadas pela empresa que não foram informados em GFIP.

Porém quanto à sobreposição de lançamentos, o próprio Relatório Fiscal procurou evidenciar que evitou a duplicidade de levantamento, conforme detalhou no item 18:

18. Para evitar duplicidade de levantamento de débito, nas colunas "DIFERENÇA LANÇADA" foram relacionados os valores considerados para apuração das contribuições devidas, conforme pode ser verificado no relatório Discriminativo Analítico de Débito — DAD, em anexo. Tais valores foram obtidos diminuindo-se os valores das remunerações declaradas em GFIP e valores relacionados em folha de pagamento e não declarados em GFIP, dos valores correspondentes à coluna "REMUNERAÇÃO ARBITRADA", conforme evidenciado na Planilha "AFERIÇÃO DA REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS", em anexo, por competência e estabelecimento.

PRÓ-LABORE

Alega a recorrente que foi atribuído pró-labore, indevidamente, para Márcio Valério Silva Lopes e Kenia Aragão Filgueiras

Não assiste razão visto que, ao contrário do que alega a impugnante, a fiscalização não transmutou em sócios-gerentes os empregados Márcio Valério e Kenia. Tão somente os identificou, na planilha de fls. 427/428, como funcionários que perceberam a maior remuneração no período, tomados como referência para a aferição do pro labore dos sócios. O fato, aliás, está devidamente esclarecido nos itens 19 a 21 do relatório fiscal, já apresentados.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto por, nas preliminares, reconhecer a decadência das competências até 03/2002, inclusive. No mérito, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari