



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

Processo nº 10410.003490/2007-11
Recurso nº 10.410.003490200711 Voluntário
Acórdão nº **2803-01.120 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 27 de outubro de 2011
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente CONDOMINIO MONT ALVERNE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 30/08/2005

AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO.

Não havendo documentos dignos de confiabilidade e em desconformidade com as regras fiscais, civis e contábeis exigidas em lei, é possível ao agente fiscal lançar mão da aferição indireta e arbitramento.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO APRECIADA PELO CARF, ART. 62, DO REGIMENTO INTERNO.

O CARF não pode afastar a aplicação de decreto ou lei sob alegação de inconstitucionalidade, salvo nas estritas hipóteses do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

MULTA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

Apenas cabe aplicação retroativa de multa ou penalidade quando a mesma for realmente mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), reformando a decisão recorrida e o lançamento, no sentido de determinar que a multa a ser aplicada aos créditos tributários constituídos seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art.. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996. O Conselheiro Oseas Coimbra entende pela não aplicação do limite de 75%.

(Assinado Digitalmente)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/11/2011 por GUSTAVO VETTORATO, Assinado digitalmente em 28/11/2011 por

r GUSTAVO VETTORATO, Assinado digitalmente em 05/12/2011 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 06/02/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Processo nº 10410.003490/2007-11
Acórdão n.º **2803-01.120**

S2-TE03
Fl. 596

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Wilson Antônio de Souza Correa, Eduardo de Oliveira, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra decisão-notificação da Seção do Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária em Maceió/AL (fls. 469-475 dos autos digitais), que manteve os créditos tributários oriundos de lançamento de contribuições previdenciárias e de terceiros sobre remunerações pagas/creditadas de mão-de-obra da construção civil de responsabilidade da Recorrente, em obra realizada entre os períodos de 01/02/2003 a 30/08/2005. Crédito esse constituído mediante aferição indireta, em razão dos livros diário e folha de salários terem sido apresentadas sem as devidas formalidades. A ciência do auto de infração inaugural foi em 21.09.2006 (fls. 46 dos autos digitais).

Assim, o recurso veio à presente turma especial para seu julgamento, em que apresentou os seguintes argumentos resumidamente: ilegalidade da aplicação da aferição indireta, pois os livros apresentados foram regulares; irregularidade da utilização do CUB como índice de aferição; e a impossibilidade da recorrente ser contribuinte do INCRA, visto ser contribuinte urbano, e a sua aplicação ser inconstitucional. Por final, requereu a reforma da decisão *a quo*, e a improcedência do lançamento.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato - Relator

I - O recurso é tempestivo, conforme supra relatado, dispensado do depósito prévio (Súmula Vinculante 21 do STF), assim deve o mesmo ser conhecido.

II - O lançamento questionado tomou por base os artigos 33, da Lei n. 8.212/1991, em que a NFLD foi lavrada considerando a legislação aplicada ao caso, demonstrando que os livros não mereceram fé na forma do art 148, do Código Tributário Nacional, obedecendo o art. 142 do CTN. Em que os livros do período analisado não apresentavam-se assinados e devidamente autenticado, em desconformidade com a lei civil e comercial (art. 1181, do Código Civil de 2002), bem como em desconformidade com as normas de técnica contábeis. Fatos esses, inclusive reforçados nas diligências realizadas nos autos.

O crédito tributário pode ser constituído por lançamento fiscal mediante exame da escrituração contábil e outros documentos da empresa que representem a real movimentação para aferição indireta dos créditos, cabendo ao contribuinte a prova em contrário (art. 33, §§ 6º e 7º, da Lei n. 8.212/1991, e art. 225, do Decreto nº 3.048/1999).

Em razão de tais irregularidades, a autoridade fiscal realizou a aferição indireta, em conformidade com os artigos 33 e 37 da Lei n. 8.212/1991, inclusive utilizando critérios claros e objetivamente demonstrados na Instrução Normativa n. 03/2005 da Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência, vigente à época dos fatos. Nesse conjunto interpretativo, há estrita aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 8.212/1991, que é claro em dispor que a base de cálculo das contribuições sobre remuneração de trabalhadores da construção civil podem ser obtidos mediante cálculo proporcional da área e padrão da obra. Matéria essa também regulada pelo art. 34, do Regulamento da Previdência Social (Dec. n. 3048/1999).

A utilização de tais critérios, permitem inclusive a oportunidade de contraditório pleno.

Por esses motivos entendo que não assiste razão a Recorrente.

III - Quanto ao questionamento de legalidade e inconstitucionalidade da cobrança das contribuições do INCRA, com fundamento na Lei nº 2.613/1955, é vedado aos Conselheiros do CARF-MF afastarem a aplicação da lei ou decreto sob tal argumento, salvo nas exceções expressas dos artigos 62 e 62-A do Regimento Interno do CARF-MF. Logo, por essa razão, também não se dá provimento ao recurso da parte.

IV - Contudo, de ofício, em razão da moralidade e legalidade administrativas (art. 37, CF/1988), entendo que a fiscalização deve atentar-se quanto à aplicação do art. 35-A, da Lei n. 8.212-1991, na redação posterior à MP n 449, de 04.12.2008, convertido na Lei n. 11.941-2009, que remete à aplicação do art. 44, I, da Lei n. 9430-1996, com multa estabelecida no patamar de 75%, por entender mais benéfico ao contribuinte.

Em análise ao art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, a multa aplicada ao caso é escalonada de acordo com a fase do processo de constituição e cobrança das contribuições previdenciárias, iniciando com 4% a 100%. Os patamares superiores à 75% somente eram aplicáveis após o ajuizamento de ação de execução fiscal. Ou seja, em fase administrativa, a aplicação mais favorável é a da redação do art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008. Note-se que os créditos são inclusive anteriores à publicação da MP n 449, de 04.12.2008. Assim, entendimento contrário, será uma afronta à irretroatividade da aplicação da lei, salvo se mais benéfica, (art. 104, III, c;c 106, I, do CTN) bem como negar vigência à necessidade de interpretação mais benéfica ao contribuinte (art. 112, do CTN), pois o ato omissivo de não pagamento de contribuições que não foram devidamente declaradas ocorreu antes do lançamento.

Toda multa tributária é uma sanção, ou seja tem natureza primária punitiva, ou de penalização. Contudo, ainda assim podem ser classificadas em multa moratória, decorrente do simples atraso na satisfação da obrigação tributária principal, e multa punitiva em sentido estrito, quando decorrente de infração à obrigação instrumental cumulada ou não com a obrigações principais.

Tal classificação é necessária pois, apesar de não terem natureza remuneratória, mas sancionatória, os tribunais brasileiros admitem que as multas tributárias devem ser classificadas em moratórias e punitivas (sentido estrito), em razão da existência de tratamentos diversos para cada espécie pelo próprio Código Tributário Nacional e legislação esparsas. (RESP 201000456864, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 29/04/2010; PAULSEN, Leandro. Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª Ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p.1103-1109)

Assim, coloco como premissa que a diferença entre multa moratória e multa punitiva em sentido estrito. Como supra colocado, a primeira decorre do mero atraso da obrigação tributária principal, podendo sendo constituída pelo próprio contribuinte inadimplente no momento de sua apuração e pagamento. Já, a segunda espécie de multa, a punitiva em sentido estrito, demanda constituição pelos instrumentos de lançamento de ofício por parte dos agentes fiscais (art. 149, do CTN), em que se apura a infração cometida e a penalidade a ser aplicada. Inclusive a estipulação e definição da espécie de multa é dado exclusivamente pela lei, fato ressaltado em face do princípio da estrita legalidade a que se regula o Direito Tributário e suas sanções (art. 97, V, do CTN). A mudança de natureza para fins de comparação no tempo, não pode ser realizada sem autorização legal, e por isso não se poderia comparar com multas punitiva em sentido estrito (referente à descumprimento de obrigação exclusivamente instrumental) com multas de natureza moratória a exemplo com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8212/1991, com a redação a partir da Medida Provisória n. 449/2008.

Não se pode tratar a hipótese de incidência da multa moratória disposta no art. 32-A cumulada com a multa do art. 35, com a redação anterior, como uma possível multa de ofício para comparar com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8.212/1991, incluso pela Medida Provisória n. 449/2008, convertida em Lei n. 11.941/2009, porque a multa aplicada pela redação anterior do art. 35, somente tratava de multa de natureza moratória, variada em razão das fases (tempo) do processo. Salvo se a própria lei, expressamente assim definisse.

Dessa forma, entendo que deve ser aplicado ao caso as penalidades estabelecidas no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, até o limite de 75% (art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996), conforme estabelecido pela redação posterior a da comentada alteração.

IV - Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, reformando a decisão recorrida e o lançamento, no sentido de determinar que a multa a ser aplicada aos créditos tributários contituídos seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996.

Sala de Sessões, 27 de outubro de 2011.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator