



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

Processo nº 10410.721045/2012-95
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.356 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente MUNICÍPIO DE ARAPIRACA PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

ARBITRAMENTO - POSSIBILIDADE LEGAL

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, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário

MULTA DE OFÍCIO - APLICAÇÃO

Na ocorrência de lançamento de ofício em decorrência da constatação de falta de recolhimento total ou parcial de contribuições, cujos fatos geradores ocorreram a partir da vigência da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, correta a aplicação da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente justificadamente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa e a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Segundo o Relatório Fiscal, o lançamento corresponde às contribuições incidentes sobre as diferenças entre as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados informadas nos balancetes de despesa nos elementos de despesa 04 – Contratação por Tempo Determinado, 11 – Vencimento e Vantagens Fixas – Pessoal Civil e 16 – Outras Despesas Variáveis – Pessoal Civil, deduzidas as remunerações pagas aos servidores vinculados ao RGPS – Regime Geral de Previdência Social, declaradas em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

A auditoria fiscal informa que o contribuinte foi intimado mais de uma vez a apresentar justificativa amparada em documentos para as diferenças encontradas entre os valores existentes nos elementos de despesa acima citados e os valores declarados em GFIP.

Como as justificativas não foram apresentadas, a multa de ofício foi aumentada em 50% (cinquenta por cento), conforme prevê o art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009.

Em face da recusa em apresentar as justificativas para as diferenças encontradas, a auditoria fiscal efetuou o lançamento com base no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991.

Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais em razão da existência de crime, em tese, de sonegação de contribuição previdenciária.

A multa de ofício foi aplicada na competência 12/2008, na vigência do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, acrescentado pela Lei nº 11.941/2009.

A autuada teve ciência do lançamento em 12/03/2012 e apresentou defesa, alegando que haveria nulidade no lançamento, uma vez que a contribuição previdenciária não incidiria sobre abonos e verbas indenizatórias.

Argumenta que para que fosse possível identificar as verbas sobre as quais deveria incidir a contribuição social, seria necessário analisar a natureza das parcelas se remuneratória ou indenizatória.

Tece considerações a respeito de determinadas verbas como auxílio doença, auxílio acidente, férias indenizadas e transcreve jurisprudência a respeito.

Conclui que a autuação é completamente nula por ter considerado que os valores declarados em GFIP estariam incorretos sem ponderar, caso a caso, o que poderia servir de base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária.

Considera que também é razão de nulidade, a realização do lançamento sem a distinção dos servidores que tiveram suas remunerações indicadas nos balancetes, uma vez sem a identificação dos servidores não há como atender ao princípio constitucional da compensação recíproca dos regimes previdenciários ou mesmo excluir servidores estatutários exercerem cargos em comissão, em flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal.

Questiona a multa aplicada que considera confiscatória.

Argumenta que houve erro na aplicação do art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, com supedâneo no art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, implicando em retroatividade prejudicial ao contribuinte.

Entende que a penalidade aplicável seria aquela prevista no art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, também acrescentado pela Lei nº 11.941/2009.

Pelo Acórdão nº 11-37.564, a 7ª Turma da DRJ/Recife julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo onde efetua a repetição das alegações de defesa.

A autuada considera que os argumentos utilizados na decisão recorrida não tiveram o condão de desconstituir os argumentos apresentados.

Aduz que, em se tratando de ente público não é permitido o lançamento por arbitramento para autuação por não recolhimento de contribuições previdenciárias e menciona jurisprudência que afirma que “ficam afastadas as hipóteses de presunção e arbitramento quando o fato gerador e a base de cálculo estão configurados em folhas de pagamento e notas de empenho do Ente Público”.

Considera que a autuação jamais poderia ser se valido exclusivamente de balancetes para presumir que havia deficiência nas informações apresentadas em GFIP para incumbir ao contribuinte do ônus de substituir-lhe na função fiscal e avaliar folhas de pagamento e notas de empenho para definir eventual divergência.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Para efetuar o lançamento, a auditoria fiscal utilizou a prerrogativa legal do arbitramento tomando como base de cálculo as diferenças entre valores existentes nos balancetes de despesa nos elementos de despesa 04 – Contratação por Tempo Determinado, 11 – Vencimento e Vantagens Fixas – Pessoal Civil e 16 – Outras Despesas Variáveis – Pessoal Civil, e aqueles declarados pela Municipalidade em GFIP.

O lançamento arbitrado se deu em razão da recorrente haver sido intimada, mais de uma vez, a informar a origem das diferenças e não o ter feito.

A recorrente, por sua vez, se defende, argumentando que haveria nulidade no lançamento uma vez que existiriam verbas de natureza indenizatória, como auxílio doença, auxílio acidente e férias indenizadas, as quais não poderiam sofrer a incidência de contribuições previdenciárias.

A nulidade apontada residiria no fato de a auditoria fiscal ter considerado que os valores declarados em GFIP estariam incorretos sem ponderar, caso a caso, o que poderia servir de base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária.

Não há razão no argumento.

Conforme informado no Relatório Fiscal, ao verificar as diferenças existentes entre os valores constantes nos balancetes em contas de despesas especificadas e os valores declarados em GFIP, a auditoria fiscal solicitou à recorrente que informasse a razão das diferenças.

Esta seria a oportunidade de a recorrente demonstrar à auditoria fiscal que tais diferenças corresponderiam a verbas indenizatórias, conforme argúi.

A recorrente poderia ter apresentando documentos, cuja análise permitiria à auditoria fiscal verificar a origem dos valores e se estes estariam ou não sujeitos à incidência da contribuição previdenciária.

No entanto, a recorrente não o fez e mesmo em sede de defesa e recurso, embora argumente que tais diferenças seria oriundas de verbas de natureza indenizatória, não traz nenhuma prova aos autos de suas alegações, ainda que por amostragem.

Ao se recusar a esclarecer a origem das diferenças apontadas pela auditoria fiscal, a recorrente incorreu na situação prevista no § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991, segundo o qual, 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, cabendo ao sujeito passivo o ônus da

prova em contrário.

A recorrente afirma que em se tratando de ente público não é permitido o lançamento por arbitramento para autuação por não recolhimento de contribuições previdenciárias e menciona jurisprudência que afirma que “ficam afastadas as hipóteses de presunção e arbitramento quando o fato gerador e a base de cálculo estão configurados em folhas de pagamento e notas de empenho do Ente Público”.

Cumprido dizer que não há dispositivo legal que afaste a possibilidade de arbitramento quando o sujeito passivo for em ente público, ao contrário, a Lei nº 8.212/1991 em seu artigo 15, inciso I, é claro ao estabelecer que os entes públicos são considerados empresa, estando, portanto, sujeitos aos dispositivos daquela lei.

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; (g.n.)

O acórdão citado pela recorrente não se refere à situação que levou ao lançamento.

Inferre-se que no caso apresentado como paradigma, a auditoria fiscal utilizou a prerrogativa do arbitramento indevidamente, uma vez que o fato gerador e a base de cálculo estavam configurados nas folhas de pagamento e notas de empenho do ente público em questão.

No presente caso, não está delineada a origem da divergência verificada pela auditoria fiscal, razão pela qual, a utilização do arbitramento se mostrou necessária.

A recorrente questiona a multa aplicada que obedeceu ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 na redação anterior à Medida Provisória nº 449/2008 até 11/2008 e ao art. 35-A para a competência 12/2008, correspondente à multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, agravada em 50%, por configuração à situação prevista no inciso I do § 2º, do mesmo artigo.

Entende a recorrente que haveria vício, uma vez que, teria havido em algum momento recolhimentos a menor o que afastaria a incidência do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991 que, a seu ver, só ocorreria mediante a ausência total de pagamento.

Considera que ainda que não tenha pago a integralidade das contribuições estaria sujeito apenas à penalidade prevista no art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, por ausência de apresentação, omissão ou incorreções na GFIP.

A meu ver, a recorrente incorre em equívoco.

Necessário esclarecer que se está diante de uma autuação por descumprimento de obrigação principal, ou seja, foi efetuado o lançamento de ofício em face do não recolhimento da integralidade das contribuições.

Observa-se que a auditoria fiscal cumpriu o que dispõe o artigo 144 do CTN, segundo o qual 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.

Assim, para os fatos geradores ocorridos até 11/2008, vigia a o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação abaixo:

Lei nº 8.212/1991:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (...)

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

A Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, além de alterar a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, revogou todos os seus incisos e parágrafos e incluiu na mesma lei o art. 35-A, *in verbis*:

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 nº 11.941, de 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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os dispositivos da Lei 9.430/1996, por sua vez dispõe o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da

Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) (...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

Já o artigo 32-A mencionado pela recorrente, também acrescentado à Lei nº 8.212/1991 pela Medida Provisória nº 449/2008, refere-se à multa aplicável no caso de descumprimento de obrigação acessória, conforme pode ser verificado no texto transcrito abaixo.

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. (

Portanto, tratando-se de lançamento de ofício, para competências posteriores à Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, aplica-se a multa de ofício prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, corretamente agravada em 50%, haja vista a ocorrência da situação prevista no inciso I do § 2º do mesmo artigo.

Assim, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal não merece reparo.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Ana Maria Bandeira