



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

Processo n° 10530.726021/2010-02
Recurso n° 10.530.726021201002 Voluntário
Acórdão n° **2803-01.537 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente MUNICÍPIO DE BOQUIRA PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2007 a 31/12/2008

SAT/RAT. REENQUATRAMENTO. ATIVIDADE PREPONDERANTE.
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.

A atividade preponderante desenvolvida pela recorrente - Administração Pública em Geral - determina o reenquadramento no código FPAS devido.

MULTA APLICÁVEL. LEI SUPERVENIENTE. APLICABILIDADE SOMENTE SE MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Os valores da multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei n° 11.941/09. Assim sendo, como os fatos geradores se referem ao ano de 2006 a 2008, o valor da multa aplicada até a competência 11/2008 deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte.

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) redator(a) designado Conselheiro Oseas Coimbra Junior: I - Quanto ao levantamento fiscal, Vencidos Conselheiros Gustavo Vettorato e Amilcar Barca Teixeira Junior. II - Quanto a multa aplicada, até a competência 11/2008, que seja estabelecida a do art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, desde que mais favorável ao contribuinte. Vencidos Conselheiros Gustavo Vettorato, Amilcar Barca Teixeira Junior. O Conselheiro Osmar Pereira Costa entende por negar provimento.

(Assinado digitalmente)

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

Autenticado digitalmente em 12/07/2012 por GUSTAVO VETTORATO, Assinado digitalmente em 12/07/2012 por

r GUSTAVO VETTORATO, Assinado digitalmente em 12/07/2012 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA, Assinado d

igitalmente em 12/07/2012 por OSEAS COIMBRA JUNIOR

Impresso em 17/07/2012 por LUZILMAR XIMENES MESQUITA MATOS - VERSO EM BRANCO

Processo nº 10530.726021/2010-02
Acórdão n.º 2803-01.537

S2-TE03
Fl. 477

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

(Assinado digitalmente)

Oseas Coimbra Junior – Redator para acórdão.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior e Osmar Pereira Costa.

Relatório

O presente Recurso Voluntário (fls.458 e seguintes) foi interposto contra decisão da DRJ(fl. 448 e seguintes do processo digital), que manteve o crédito tributário oriundo da aplicação de contribuições previdenciárias patronais e ao seguro de acidentes do trabalho no período de 01/01/2006 a 31/12/2008, calculados com base em diferenças entre GFIP's apresentadas e decisões do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. A ciência do auto de infração inaugural foi em 17.12.2010 (fls. 440).

Assim, o recurso veio à presente turma especial para seu julgamento, em que apresentou os seguintes argumentos resumidos: que a partir de junho de 2007 não poderia a autoridade ter alterado a alíquota do SAT de 1% para 2% sem a devida apuração, e aplicação retroativa do disposto na Medida Provisória n. 449-2009.

Esse é o relatório.

Voto Vencido

Sala de Sessões, 16 de maio de 2012.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Oséas Coimbra - Redator

Conselheiro Gustavo Vettorato

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

II – Quanto aos pedidos de declaração de cerceamento de defesa, na fase de apuração fiscal, não devem ser acolhidos, pois se trata de fase prévia ao contencioso administrativo, bem como deve ser fundamentado na possibilidade de ocorrência de real prejuízo ao sujeito passivo, o que não ocorreu. Observa-se que o direito de manifestação quanto ao resultado da fiscalização ocorre após o ato do lançamento, na forma definida pelo Decreto n. 70.235/1972, não havendo prejuízo à parte (art. 59).

Assim, tal pedido não merece prosperar.

III - Quanto à aplicação das alíquotas do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT, conforme o art. 22, II, da Lei n. 8.212/1991, o voto do Conselheiro Amílcar Barca Teixeira Júnior, desta mesma Turma Especial, no julgamento do Recurso Voluntário n. 257.987, do processo n. 11020.000119/2008-26, é o norte da presente decisão:

Segundo o magistério da professora Cláudia Salles Vilela Vianna (in Previdência Social – Custeio e Benefícios. – São Paulo : LTr. 2005. páginas 218 / 220), a partir da competência julho/2007, a atividade preponderante da empresa, para fins de enquadramento na alíquota de grau de risco destinada a arrecadar recursos para custear o financiamento dos benefícios concedidos em razão de maior incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho, é aquela que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

Para a realização do auto-enquadramento, deverá o empregador, portanto, obedecer às seguintes disposições, notadamente em relação a empresa com mais de um estabelecimento e diversas atividades econômicas, como é o caso da Recorrente:

Inicialmente, deverá se enquadrar por estabelecimento, em cada uma das atividades econômicas existentes, prevalecendo como preponderante aquela que tiver o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

Em seguida, comparará os enquadramentos dos estabelecimentos para definir o enquadramento da empresa, cuja atividade preponderante será, então, aquela que tiver o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos, apurada dentre todos os seus estabelecimentos.

A título de exemplo, imaginemos uma empresa com mais de um estabelecimento, como matriz e filiais, que têm o mesmo CNPJ raiz. Chamaremos de Estabelecimentos 01, 02, e 03. O Estabelecimento 01 tem a atividade "A" com 10 (dez) empregados, a atividade "B" com 15 (quinze) empregados e a atividade "C" com 20 (vinte) empregados. A atividade preponderante do Estabelecimento 01 é a "C", com 20 (vinte) empregados.

Continuando o mesmo exemplo imaginemos que o Estabelecimento 02 tem a atividade "D" com 25 (vinte e cinco) empregados, a atividade "E" com 05 (cinco) empregados e a atividade "F" com 15 (quinze) empregados. Assim, a atividade preponderante no Estabelecimento 02 é a "D", com 25 (vinte e cinco) empregados.

Finalmente, o Estabelecimento 03 tem a atividade "G" com 10 (dez) empregados, a atividade "H" com 20 (vinte) empregados e a atividade "I" com 15 (quinze) empregados. A atividade preponderante no Estabelecimento 03 é a "H", com 20 (vinte) empregados.

*A conclusão a que se chega do exemplo acima é que a **ATIVIDADE PREPONDERANTE NA EMPRESA É A "D", COM 25 EMPREGADOS.***

Assim sendo, percebe-se que a fórmula acima é que deve ser utilizada para se determinar a atividade preponderante relativamente ao correto enquadramento no grau de risco, metodologia que foi totalmente ignorada pela fiscalização, conforme comprova o subitem 3.3.2 do Relatório Fiscal (fls. 689).

Ao realizar o enquadramento de ofício somente porque, em tese, preponderariam as atividades referentes às CNAE's sob os códigos 8511-1, 8512-0, 8513-8 e 8514-6, efetivamente, não nos parece ser a maneira mais correta de aferição para sustentar o lançamento.

O fisco para realizar o enquadramento de ofício deveria ter verificado, in loco, no caso a empresa como um todo, incluindo aí o hospital, as diversas atividades existentes nos estabelecimentos da recorrente, e não arbitrar utilizando a CNAE como elemento suficiente para se cumprir seu mister.

No que diz respeito à Classificação Nacional de Atividades Econômica - CNAE, segundo a apresentação constante do site da

RFB
(www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNAEFiscal/txtcna_e.htm), a CNAE-Fiscal é o instrumento de padronização

nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos diversos órgãos da Administração Tributária do país.

Trata-se de um detalhamento da CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas, aplicada a todos os agentes econômicos que estão engajados na produção de bens e serviços, podendo compreender estabelecimentos de empresas privadas ou públicas, estabelecimentos agrícolas, organismos públicos e privados, instituições sem fins lucrativos e agentes autônomos (pessoa física).

A CNAE - Fiscal resulta de um trabalho conjunto das três esferas de governo, elaborada sob a coordenação da Receita Federal do Brasil e orientação técnica do IBGE, com representantes da União, dos Estados e dos Municípios, na Subcomissão Técnica da CNAE - Fiscal, que atua em caráter permanente no âmbito da Comissão Nacional de Classificação - CONCLA.

A tabela de códigos e denominações da CNAE - Fiscal foi oficializada mediante publicação no DOU - Resolução IBGE/CONCLA 01 de 25/06/98 e atualizações posteriores.

Sua estrutura hierárquica mantém a mesma estrutura da CNAE (5 dígitos), adicionando um nível hierárquico a partir de detalhamento de classes da CNAE, com 07 dígitos, específico para atender necessidades da organização dos Cadastros de Pessoas Jurídicas no âmbito da Administração Tributária.

Na Receita Federal do Brasil, a CNAE - Fiscal é o código a ser informado na Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica (FCPJ) que alimentará o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica/CNPJ.

A responsabilidade em relação à gestão e manutenção da CNAE está a cargo do IBGE, a partir das deliberações da Comissão Nacional de Classificação - CONCLA.

Das definições e responsabilidades acima mencionadas, restou evidenciado que as possibilidades aventadas pela fiscalização e também pela i. Relatora são totalmente incompatíveis com a realidade fática das empresas de um modo geral.

No que concerne à responsabilidade mensal pelo enquadramento no grau de risco, observada a atividade econômica preponderante, a legislação previdenciária determinou que tal função está a cargo do próprio sujeito passivo, cabendo ao fisco rever o auto-enquadramento em qualquer tempo.

Ora, querer atribuir ao sujeito passivo o ônus tributário pretendido somente porque ele tem a responsabilidade de realizar o enquadramento mensal no grau de risco e utilizar a CNAE - Fiscal como balizador de tal obrigação é, sem dúvida, querer ignorar completamente o princípio da verdade material que informa o processo administrativo fiscal.

O enquadramento na CNAE é realizado uma única vez quando a empresa faz seu cadastramento no CNPJ do Ministério da Fazenda. Depois disto, haverá modificações somente na hipótese de alteração da sua natureza jurídica.

Destarte, não resta nenhuma dúvida em relação à impossibilidade de a empresa, mensalmente, alterar suas informações cadastrais na CNAE, como é de sua responsabilidade, ao contrário, a realização de seu enquadramento no grau de risco, observando-se, como já mencionado, a sua atividade econômica preponderante.

Para deixar bem clara a impossibilidade de respaldar a pretensão do fisco, tomamos como exemplo uma empresa da indústria da construção civil, cujo grau de risco é o máximo (3%). Nesse caso, é correto afirmar que tal empresa poderá em algum momento de sua existência estar sem qualquer obra em curso. No entanto, os empregados da área administrativa e diretiva são mantidos e estão aguardando a contratação de novos empreendimentos.

De acordo com o entendimento do fisco, no exemplo acima, tendo em vista a CNAE da empresa de construção civil, o enquadramento teria que ser aquele de grau máximo, ou seja, de 3% (três por cento).

Todavia, seguindo as determinações da legislação previdenciária, caso a empresa tenha realizado o enquadramento mensal em grau de risco distinto do máximo, não há que se falar em revisão do auto-enquadramento embasado apenas na CNAE.

Destarte, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso apresentado pelo contribuinte, excluindo do lançamento o acréscimo de alíquota em razão do reenquadramento efetuado pela Autoridade Fiscal relativamente ao SAT/RAT.

Em adição de tais argumentos, da mesma forma que está ratificado pelo PARECER PGFN/CRJ/Nº 2120/2011 (ATO DECLARATÓRIO Nº 11 /2011), observando a necessidade de uma fiscalização *em loco* exigida ao caso, verifica-se uma afronta ao que dispõe os artigos 142 e 147 do CTN, bem como dos artigos 33, §§ 3º e 6º, da Lei n. 8.212/1991, que exigem a demonstração pela fiscalização dos fatos precisos que motivaram o desenquadramento da situação anterior do SAT/RAT, bem como afeta diretamente a constituição da norma de incidência tributária na formação de sua alíquota (elemento quantitativo), sob pena de nulidade por vício material.

Em razão do posto acima, deixo de apreciar o pedido de realização pericial e demais pedidos.

IV – Conclusão

Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE TOTAL PROVIMENTO, no sentido de reformar a decisão recorrida e o lançamento **anular todos os créditos por ela constituídos, por vício material.**

Processo nº 10530.726021/2010-02
Acórdão n.º 2803-01.537

S2-TE03
Fl. 483

Sala de Sessões, 16 de maio de 2012.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator

CÓPIA

Voto Vencedor

Conselheiro Oseas Coimbra

Sr Presidente,

No voto proferido, o ilustre Conselheiro Gustavo Vettorato entende que as verbas referentes ao pagamento de a título de 1/3 constitucional de férias (art. 7º, XVII, da CF/1988) e 15(quinze) dias de auxílio-doença, não são considerados como salário de contribuição.

Apesar da conhecida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, não vejo, na hipótese, a ocorrência do que previsto nos arts. 62 ou 62-A do RICARF, e conforme inciso I e § 2º do art. 22 e § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991; § 3º e caput do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991, tenho tais verbas como base de cálculo de contribuição social.

Acerca das diferenças do SAT/GILRAT, tenho como irreparável a decisão recorrida, pois as atividades desenvolvidas, a nosso sentir são enquadradas como ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL, tendo sido o cálculo efetuado em total consonância com os normativos que regem o tema.

DA MULTA DE OFÍCIO APLICADA

A multa aplicada tem seu valor determinado pela legislação em vigor. A atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais para sua aplicação. A presente multa encontra fundamento nos dispositivos legais trazidos no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, fls 12 e ss.

No entanto, o art. 106, inciso II, "c" do CTN determina a aplicação de legislação superveniente apenas quando esta seja mais benéfica ao contribuinte.

Os valores da multas referentes a descumprimento de obrigação principal foram alterados pela MP 449/08, de 03.12.2008, convertida na lei nº 11.941/09. Assim sendo, em relação aos fatos geradores anteriores a esse período, o valor da multa aplicada deve ser calculado segundo o art. 35 da lei 8.212/91, na redação anterior a lei 11.941/09, e comparado aos valores que constam do presente auto, para se determinar o resultado mais favorável ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, no sentido de reformar a decisão recorrida e o lançamento, para determinar que a multa a ser aplicada aos créditos tributários lançados com base em fatos geradores até a competência 11/2008 seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, desde que mais favorável ao contribuinte.

Processo nº 10530.726021/2010-02
Acórdão n.º **2803-01.537**

S2-TE03
Fl. 485

Sala de Sessões, 16 de maio de 2012.

(assinado digitalmente)

Conselheiro Oséas Coimbra - Redator

CÓPIA