



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

Processo n° 10783.720274/2012-54
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-003.314 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2013
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente ÁGUAS MINERAIS BRASILEIRAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2007 a 31/12/2008

AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO PELO CONTRIBUINTE. APRECIÇÃO DE ARGUMENTO FUNDADO EM INCONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 2 DO CARF. CONTRIBUIÇÃO AO GILRAT. LEGALIDADE. MULTA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

A aferição indireta/arbitramento de crédito tributário é possível na hipótese de inércia do contribuinte quando intimado a apresentar documentos ou informações, invertendo-se, portanto, o ônus da prova.

Por força do art. 26-A do Decreto 70.235/72 e da Súmula 2 deste CARF, é vedado aos órgãos de julgamento a apreciação de argumentos sob fundamento de inconstitucionalidade de tratado, acordo internacional, lei ou decreto.

É legal a incidência de contribuição social ao GILRAT sobre os benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

A aplicação da multa deve ser a prevista no art. 35 da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61, § 2º da Lei 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira- Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente), Mauro Jose Silva, Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa ÁGUAS MINEIRAS BRASILEIRAS LTDA. contra decisão de primeira instância que julgou improcedentes a impugnações apresentadas e manteve débito tributário referente ao período de 02/2007 a 12/2008.

2. De acordo com o auditor, no relatório fiscal (fls. 32/38), o contribuinte deixou de recolher em épocas próprias as contribuições sociais incidentes sobre as remunerações pagas a seus empregados, culminando nos autos de infração abaixo detalhados, inclusive por descumprimento de obrigação acessória em razão da não declaração dos fatos geradores em GFIP e pela não apresentação dos arquivos digitais, embora solicitados em TIF:

a) 37.327.632-0 - contribuições previdenciárias previstas no art. 22, incisos I, II, "a" e "c" da Lei nº 8.212, de 24/07/91, com alterações das Leis 9.732/98 e 9.876/99, concernentes à contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT);

b) 37.327.633-8 – contribuições previdenciárias previstas no art. 20 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, com alterações da Lei 9.032/95, relativas às contribuições a cargo dos segurados empregados;

c) 37.327.634-6 – contribuições sociais devidas a Terceiros/Outras Entidades, correspondentes à contribuição destinada ao Salário Educação, INCRA, SEST/SENAT e SEBRAE;

d) 37.327.628-1 – penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória: infração à Lei nº 8.212, de 24/07/91, art. 32, IV e §§ 2º, 3º e 5º da Lei nº 8.212, de 24/07/91, acrescentados pela Lei nº 9.528 de 10/12/97, combinado com o art. 225, inciso IV e §§ 1º e 4º do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048 de 06/05/1999.”

3. Em tempo, o fisco formalizou a Representação Fiscal para Fins Penais, uma vez que, durante o procedimento fiscalizatório, teria verificado fatos que, em tese, configurariam a prática de ilícito previsto nas legislações previdenciária e penal, como se constata no processo 10783.720380/2012-38 (fls. 2 e 3), apensado neste processo.

4. A empresa, após ter sido devidamente intimada (fls. 215), impugnou o lançamento tempestivamente (fls. 220/227; 228/242; 243/247; e 248/254). Ao analisar os argumentos constantes nas peças impugnatórias, a primeira instância administrativa julgou (fls. 271/283), por unanimidade, a improcedência das impugnações, mantendo o crédito tributário, nos seguintes termos :

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2007 a 31/12/2008

INCRA. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE.

A base legal da contribuição para o INCRA advém da Lei nº 2.613/55 a qual estabelece obrigação para todos os empregadores de contribuir com o adicional fixado sobre a totalidade da folha de salários, independentemente da atividade que exerçam.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. AFERIÇÃO INDIRETA - ÔNUS DA PROVA.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação ou sua apresentação deficiente, o que se constitui em presunção legal relativa, cumpre ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário. Art. 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91, c/c o art. 148 do CTN.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FATO EXTINTIVO. ÔNUS DA PROVA.

A alteração do crédito tributário constituído deve se basear em fatos extintivos ou modificativos, argüidos como matéria de defesa, devidamente demonstrados pelo contribuinte mediante produção de provas.

PRECLUSÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA

A matéria não expressamente impugnada está sujeita à preclusão. Necessidade de estabilização do processo contencioso fiscal. Inteligência do Art. 17 do Decreto 70.235/72.

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE

O julgador no âmbito do contencioso administrativo não tem competência legal para apreciar e declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo de Lei ou Decreto, frente ao sistema normativo. O controle da constitucionalidade é exercido, via de regra, pelo Poder Judiciário. Art. 26- a do Decreto 70.235/72

ART. 17 DO DEC. 70.235/72 - MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

A teor do Art. 17 do Decreto 70.235/72, a matéria não expressamente impugnada está preclusa. Necessidade de estabilização da relação jurídico-processual no contencioso administrativo fiscal. Compatibilidade com a Legalidade Administrativa insculpida no Art, 37, caput, da Constituição da República.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido”

5. Tempestivamente, a empresa interpôs o recurso voluntário (fls. 309/315) cuja síntese eu descrevo a seguir:

a) preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração, pois a fiscalização não respeitou as formalidades legais, baseando-se em documento que não tem finalidade de instruir ou servir de fonte para lançamentos tributários (RAIS – Relação Anual de Informações Sociais);

b) seja considerada inconstitucional a lei ordinária que institui a contribuição social sobre benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT;

c) o reconhecimento da impossibilidade de classificação da atividade preponderante da empresa em risco leve, médio ou grave pelo Decreto Executivo 6.042, de 2007;

d) requer a retificação do lançamento para que do mesmo seja excluída a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, como consequência direta das inconstitucionalidades aduzidas.

6. O fisco não apresentou contrarrazões e os autos foram remetidos para apreciação do recurso voluntário por este Conselho de Contribuintes.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DA ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DO LANÇAMENTO FISCAL

2. Antes de adentrar no mérito propriamente dito, é necessário tecer ponderações a respeito do lançamento tributário, refutado pelo contribuinte.

3. Compulsando os autos, verifica-se que foi enviado o Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), recebido pelo contribuinte em 21/12/2011 (fls. 134 e 135). Em

seguida, foi emitido o Termo de Intimação Fiscal (TIF), recebido em 19.02.2012 (fls. 137/140), reforçando a entrega da documentação.

4. O contribuinte, por sua vez, requereu dilação do prazo, sendo-lhe conferido 3 (três) dias para tanto (fls. 144). Todavia a empresa atendeu apenas parcialmente à solicitação, por ter apresentado somente alguns dos documentos que foram requeridos.

5. Dessa feita, não restou alternativa ao auditor que não o aferimento indireto para o levantamento do débito, com base na Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, entregues em época própria pelo contribuinte, sem deixar de respeitar o princípio da razoabilidade.

6. Nesse sentido, a primeira instância administrativa ratificou a aferição indireta realizada pelo agente fazendário quando constatou a existência de divergências entre os documentos apresentados pelo contribuinte, GFIP, RAIS e GPS do período fiscalizado, sem que ele trouxesse documentação capaz de comprovar a regularidade no recolhimento previdenciário, apesar de intimado para tanto, como demonstrado anteriormente.

7. Dessa forma, devido à inércia do contribuinte, entendo que o fisco promoveu o lançamento tributário adequadamente ao realizar os cálculos com base nos valores aferidos indiretamente.

8. Cumpre destacar que o lançamento de ofício da importância que o fisco apurar encontra respaldo nos parágrafos 3º e 6º, do artigo 33 da Lei de Organização da Seguridade Social; bem como nos artigos 232, 233 e 235, do Regulamento da Previdência social, ora colacionados:

Lei de Organização da Seguridade Social

“Art. 33 (...).

§ 3 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.

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.” (g.n.)

Regulamento da Previdência Social

*“Art.232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial **são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.***

Art.233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.

Art. 235. Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita ou do faturamento e do lucro, esta será desconsiderada, sendo apuradas e lançadas de ofício as contribuições devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário”

9. Dessa forma, pelo fato de a empresa não entregar ao fisco e nem juntar aos autos deste processo a documentação comprobatória de sua regularidade contábil, apenas ratifica a aferição indireta realizada pelo auditor, confirmada pela primeira instância administrativa e mantida nesta esfera recursal.

10. Em sendo assim, nego provimento ao recurso nesta parte, diante da legalidade da aferição indireta realizada pelo agente fazendário que culminou no lançamento do débito tributário.

DA INCONSTITUCIONALIDADE NORMATIVA

11. A empresa recorrente aduz a inconstitucionalidade de qualquer lei ordinária que instituir contribuição social. No caso deste processo, ela ressalta que a Lei 8.212, de 1991, não poderia criar esta tributação sobre benefícios concedidos em razão grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho- GILRAT.

12. Ademais, aponta inconstitucionalidade do Decreto Executivo 6.042, de 2007, por ter classificado a atividade preponderante da empresa se de risco leve, médio ou grave. Isso porque, segundo o contribuinte, a lei instituidora de contribuição deveria prever tais hipóteses, *in casu*, o art. 22, II, alíneas a, b e c, da Lei 8.212, de 1991, não podendo ser delegada esta competência ao Poder Executivo.

13. Esclareço que esses argumentos não são passíveis de análise pela esfera administrativa, uma vez que o Decreto 70.235, de 1972, o qual regula o Processo Administrativo Fiscal, em seu artigo 26-A, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, há vedação expressa para tanto:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

14. De igual modo, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – já se posicionava dessa feita e sumulou a matéria, nos seguintes termos:

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

Autenticado digitalmente em 26/04/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 26/04

/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 12/06/2013 por MARCELO OLIVEIRA

Impresso em 17/06/2013 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

15. Portanto, afasto todos os argumentos com tal conteúdo, negando provimento ao recurso voluntário nesta parte.

Contribuição para financiamento do GILRAT

16. No que se refere ao argumento de ser indevida a cobrança da contribuição ao GILRAT, em razão de reserva à lei para estabelecer os conceitos de atividade preponderante e grau de risco de acidente de trabalho, não confiro razão à recorrente.

17. A mencionada exigência contributiva está prevista no art. 22, II, alíneas a, b e c, da Lei 8.212/1991, alterada pela Lei 9.732/1998, nos seguintes dizeres:

Art.22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

...

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no. 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº9.732, de 11/12/98)

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

18. Todavia a legislação não havia detalhado quanto à qualificação das atividades em risco leve, médio ou grave. Tal característica foi definida no art. 202 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999, vigente à época dos fatos, nestas palavras:

Art.202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I - um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II - dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado

médio; ou

III - três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

§ 1º As alíquotas constantes do caput serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, respectivamente, se a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa ensejar a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição.

§ 2º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. § 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

§ 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, na empresa, o maior número de segurados empregados e trabalhadores avulsos.

§ 4º A atividade econômica preponderante da empresa e os respectivos riscos de acidentes do trabalho compõem a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V.

§ 5º O enquadramento no correspondente grau de risco é de responsabilidade da empresa, observada a sua atividade econômica preponderante e será feito mensalmente, cabendo ao Instituto Nacional do Seguro Social rever o auto-enquadramento em qualquer tempo.

...

§ 10. Será devida contribuição adicional de doze, nove ou seis pontos percentuais, a cargo da cooperativa de produção, incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada ao cooperado filiado, na hipótese de exercício de atividade que autorize a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003)

§ 11. Será devida contribuição adicional de nove, sete ou cinco pontos percentuais, a cargo da empresa tomadora de serviços de cooperado filiado a cooperativa de trabalho, incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de

prestação de serviços, conforme a atividade exercida pelo cooperado permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003)

§ 12. Para os fins do § 11, será emitida nota fiscal ou fatura de prestação de serviços específica para a atividade exercida pelo cooperado que permita a concessão de aposentadoria especial. (Redação dada pelo Decreto nº 4.729/2003).

...

19. Quanto ao argumento de impossibilidade de o Decreto definir os conceitos de atividade preponderante e grau de risco leve, médio ou grave, repele-se essa assertiva, porquanto na lei foram fixados os padrões e parâmetros, restando ao regulamento a delimitação dos conceitos necessários à aplicação concreta da norma.

20. O próprio Superior Tribunal de Justiça já consolidou jurisprudência no sentido da legalidade da fixação da alíquota por meio de Decreto, como se verifica. Transcrevemos um Acórdão nesse sentido:

“Resp. 386.028-RS, D.J. 17.11.2003, Rel. Min. Castro Meira

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO. SAT. GRAU DE RISCO.

1. É legítimo o estabelecimento, por Decreto, do grau de risco, com base na atividade preponderante da empresa.

2. Recurso Especial parcialmente conhecido e improvido.

(RESP 386.028/RS, Rel. Ministro CARLOS MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14-10-2003, publicado em 17-11-2003).”

21. Conferida certeza quanto à legalidade da definição dos graus de risco por meio de Decreto, nego provimento ao recurso voluntário também nesta parte, tendo em vista não subsistir argumentos para afastar a incidência da contribuição previdenciária à GILRAT.

MULTA MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE

22. No que se refere à aplicação da multa, caso o Fisco identifique benefício penalidade nova ao contribuinte, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei 8.212/1991, assim disposto:

“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.”

23. E o citado art. 61, da Lei 9.430/96, por sua vez, assevera:

“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.

(...)

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

24. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

25. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei 9.430/1996, com a redação dada pela Lei 11.941/2009 ao art. 35 da Lei 8.212/1991, se mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

26. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61, § 2º, da Lei 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator