



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

Processo nº 10830.720870/2016-55
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2201-004.465 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrentes NEXTEL TELECOMUNICACOES LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que venha a alegar em sua impugnação, a qual deve ser instruída com os elementos de prova que fundamentem os argumentos de defesa.

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA.

No caso de comprovação de pagamento parcial antecipado das contribuições devidas, aplica-se o prazo decadencial previsto no parágrafo

4.º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Marcelo Milton da Silva Risso, Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro

Loureiro Amorim, Dione Jesabel Wasilewski, Douglas Kakazu Kushiya, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente), Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado).

Relatório

1- Adoto como relatório o da decisão da DRJ/POA de fls. 2915/2922, por bem relatar os fatos ora questionados.

“NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. teve lavrado contra si o Auto de Infração - AI Debcad n.º 51.084.126-0, no valor de R\$ 37.461.048,46 (trinta e sete milhões, quatrocentos e sessenta e um mil e quarenta e oito reais e quarenta e seis centavos), relativo ao lançamento de contribuições previdenciárias patronais destinadas ao financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT (artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.212/1991), incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados, nas competências janeiro de 2010 a dezembro de 2012, inclusive gratificações natalinas de 2010, 2011 e 2012 (competências 13/2010, 13/2011 e 13/2012).

Os valores do auto de infração foram consolidados em 18 de fevereiro de 2016.

Os dispositivos legais que fundamentam os lançamentos efetuados, encontram-se no relatório anexo aos Autos de Infração denominado Fundamentos Legais do Débito - FLD, nas fls. 622 a 623 dos autos.

No Relatório Fiscal (fls. 1490/1502), a autoridade lançadora presta informações acerca da ação fiscal, bem assim no tocante à lavratura dos autos de infração supra-referidos.

Consigna que "o presente lançamento tem por finalidade formalizar os créditos previdenciários que estão sendo questionados judicialmente pela empresa, visando prevenir a decadência dos mesmos" e que o processo administrativo ficará suspenso aguardando a decisão judicial final.

Aduz que a empresa não concordou com a aplicação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, para ajuste da alíquota concernente à contribuição para o RAT, instituído pela Medida Provisória nº 83, de 12 de dezembro de 2002, convertida na Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, nos anos de 2010 a 2012, e ingressou com processos administrativos nº 44000.003373/2010-98 e 1011250001491/01-1 e ação judicial - Mandado de Segurança nº 0002152-83.2010.4.03.0361, nos quais discute a legalidade da aplicação do FAP.

Registra que a empresa não efetuou depósito judicial dos valores das contribuições devidas, nem declarou em GFIP os valores

referentes à aplicação correta do Fator Acidentário de Prevenção - FAP.

A empresa impugnou tempestivamente as exigências, através do arrazoadado de fls. 2852/2879. A ciência dos autos de infração ocorreu em 25 de fevereiro de 2016, enquanto que a impugnação foi protocolizada em 28 de março de 2016.

Decadência

Alega inicialmente a decadência das competências até janeiro de 2011 (inclusive), com fundamento no parágrafo 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional - CTN, o qual dispõe sobre o prazo de cinco anos para homologação do crédito tributário, contados a partir da ocorrência do fato gerador. Observa que em todas as competências objeto do lançamento a fiscalização atestou pagamento, devendo ser reconhecida a decadência em relação às competências de janeiro 2010 a janeiro de 2011.

Ausência de verificação da atividade preponderante Alega que o auto de infração é nulo, por não ter a autoridade tributária verificado a atividade preponderante em cada um dos estabelecimentos da empresa.

Diz que utilizou para todos os estabelecimentos a mesma atividade econômica, durante o período autuado, de conformidade com as determinações da Receita Federal do Brasil, obedecendo ao disposto na Instrução Normativa RFB nº 971/09, que determinava expressamente, em seu artigo 72, §1º, inciso I, alínea "c", ou inciso II (conforme o período), que a empresa deveria ter, em todos os estabelecimentos, apenas uma atividade preponderante.

Assim, ao utilizar para todos os estabelecimentos a mesma atividade econômica, a Impugnante, durante todo o período autuado, apenas estava agindo de acordo com as determinações da própria Receita Federal do Brasil que, inclusive, chegou a determinar a simples utilização da atividade preponderante constante do cadastro da empresa perante o CNPJ.

Todavia, como se sabe, a Súmula 351 do STJ determina que a atividade preponderante seja estabelecida para cada estabelecimento, identificado por seu número de CNPJ completo, da empresa, sendo que tal entendimento somente foi adotado pela empresa a partir de 2014, após, portanto, os fatos geradores colhidos pela presente autuação.

Aduz que é fato notório que a Impugnante também revendia aparelhos celulares e acessórios, atividade enquadrada no CNPJ 4752-1/00, com grau de risco médio e alíquota básica de RAT em 2%.

Assim, por ser a atividade administrativa vinculada, deveria a autoridade lançadora ter observado a Súmula 351 do STJ, que inclusive foi objeto do Ato Declaratório 11/11 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e posteriormente foi incorporada à

regulamentação pela IN 1.453/14, para o fim de apurar a atividade preponderante em cada estabelecimento da Impugnante, atribuindo-lhe o grau de risco adequado.

Na sequência diz que o auto de infração é nulo, por não ter a autoridade tributária verificado a atividade preponderante em cada um dos estabelecimentos da empresa. Fundamenta a inconformidade alegada afirmando que a Súmula 351 do STJ determina que a atividade preponderante seja estabelecida para cada estabelecimento, identificado por seu número de CNPJ, determinação que foi objeto do Ato Declaratório 11/11 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e posteriormente incorporada pela RFB à regulamentação pela IN 1.453/14.

Nos termos do artigo 37 da Lei nº 9.748/99, a impugnante requer a juntada aos autos da justificativa para o aumento da alíquota da RAT para o Serviço Móvel Especializado - SME de 2% para 3% procedida pelo Decreto nº 6.957/09. Aduz que o Decreto nº 6.957/09 que majorou a alíquota RAT aplicável ao SME não foi minimamente motivado e contraria informações estatísticas publicadas pelo próprio Ministério da Previdência Social na Portaria Interministerial nº 254/09.

Nota que o CNAE atribuído à telefonia móvel celular 6120-5/01 apresentou índices de frequência, gravidade e custo respectivamente de 48,09; 47,02 e 41,92, ao passo que os índices apresentados pelo CNAE atribuído ao SME foram respectivamente 38,63; 35,14 e 28,17, ou seja todos inferiores aos índices do CNAE atribuído às operadoras de telefonia celular. Todavia, o Decreto nº 6.957/09 atribuiu alíquota de 3% para a Impugnante e de 2% para as operadoras de telefonia celular, sem absolutamente nenhuma motivação.

Faz referência à Instrução Normativa 971/09, de 17 de novembro de 2009, que em seu anexo I, atribui ao CNAE 6120-5/02 (atribuído à impugnante) a alíquota de 2%, posteriormente alterado, dizendo que a verdade é que por um lado o Decreto nº 9.957/09 é ilegal, por falta de motivação, e assim não fosse, ao menos enquanto vigente a redação original do anexo I da IN 971/09, referida alíquota também não pode ser exigida, respeitando-se a anterioridade nonagesimal.

Relativamente ao Fator Acidentário Previdenciário - FAP estabelecido para 2010 e 2011, alega que o cálculo se deu de forma inadequada, ou na melhor das hipóteses, mostra-se completamente inadequado à realidade fática, e que seja reapurado considerando o enquadramento em um CNAE próprio de acordo com cada estabelecimento.

Ao final requer sejam conhecidas e providas suas razões para o fim de a) ser reconhecida a decadência dos valores constituídos até a competência janeiro de 2011, b) anular o lançamento por não ter se procedido à verificação da atividade preponderante de cada estabelecimento, c) reconhecer-se a inadequação da alíquota RAT atribuída ao CNAE 6120-5/02 pelo Decreto 6.957/09, d) afastar a aplicação do FAP enquanto não for reapurado para cada estabelecimento da Impugnante, e) providenciar a juntada aos autos da justificativa para o aumento

da alíquota da RAT para o Serviço Móvel Especializado - SME de 2% para 3% procedida pelo Decreto nº 6.957/09, nos termos do artigo 37 da Lei nº 9.784/99 e da Lei de Acesso as informações solicitadas e que estão de posse exclusiva da própria administração pública.

2 - A decisão da DRJ julgou procedente em parte a impugnação, conforme decisão emendada abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que venha a alegar em sua impugnação, a qual deve ser instruída com os elementos de prova que fundamentem os argumentos de defesa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/01/2011

DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA.

No caso de comprovação de pagamento parcial antecipado das contribuições devidas, aplica-se o prazo decadencial previsto no parágrafo

4.º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

3 - Cientificado da decisão de piso o contribuinte interpôs recurso voluntário às fls. (2.936/2.967) e, mantendo praticamente os mesmos argumentos da impugnação e ao final requer o provimento do recurso com o cancelamento do auto de infração, além do recurso de ofício da DRJ de origem em vista da procedência em parte da defesa com crédito exonerado acima do limite de alçada.

4 – É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

5 – Os recursos são tempestivos e atendem os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, deles conheço e início pela análise do Recurso de Ofício que afastou reconheceu a decadência do período de 01/2010 a 01/2011 com exclusão de um crédito no montante de R\$ de acordo com e- fls. 2.921 e fls. 2.927.

6 - Caso vencido na referida proposição, ad referendum dos demais colegas de Turma, no mérito, passo à análise.

RECURSO DE OFÍCIO

7 - Em síntese o Recurso de Ofício aplicou a decadência do período de 01/2010 a 01/2011, com base nos termos do art. 150 §4º do CTN em decorrência dos seguintes fundamentos:

"A impugnante alega que estaria decadente o direito de lançar as contribuições correspondentes aos valores constituídos até a competência janeiro de 2011, inclusive, conforme disposto no o artigo 150, parágrafo 4º do CTN.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário é aquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN. Em havendo pagamento antecipado da contribuição, aplica-se o prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (artigo 150, parágrafo 4º do CTN); inexistente referido pagamento, ou nos casos de dolo, fraude ou simulação, aplica-se o prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (artigo 173, inciso I do CTN).

O crédito abrange lançamentos decorrentes do descumprimento de obrigações principais. Considerando-se as competências indicadas pela impugnante (01/2010 a 01/2011), examinado o “Discriminativo do Débito – DD”, fls. 05/66, verificam-se recolhimentos parciais nas competências 01/2010 a 01/2011.

Assim sendo, por se tratar de crédito tributário, no qual o sujeito passivo antecipou pagamento parcial do tributo (contribuição previdenciária patronal), aplica-se o disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN.

*Considerando-se que a empresa teve ciência do lançamento em 25/02/2016, este poderia retroagir a 02/2011. Portanto, devem ser **excluídas** do presente lançamento as competências 01/2010 a 01/2011, em razão da decadência configurada nos termos do disposto no artigo 150, parágrafo 4º, do CTN, sendo mantidas as demais.”*

8 – Revendo os fundamentos da decisão de piso, entendo que deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos, uma vez que os motivos elencados para o reconhecimento da decadência estão de acordo com a legislação e jurisprudência administrativa e judicial e por isso nego provimento ao recurso de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO

9 - Quanto ao recurso voluntário, em relação à discussão da atividade preponderante do contribuinte entendo que deve ser negado provimento ao recurso.

10 - Ocorre que, por mais que entenda que haja a possibilidade de aplicação da Súmula 351 do E. STJ e Ato Declaratório 11/11 da PGFN, que foi incorporada à regulamentação pela IN 1.453/14, ocorre que, com a devida venia, no referido lançamento o que está se discutindo é apenas a questão da prevenção da decadência em relação aos índices do FAP aplicados ao GILRAT, não havendo questionamento por parte da autoridade lançadora quanto a mudança do SAT/GILRAT.

11 - Avaliando o relatório fiscal, verifico que o que pretende a recorrente é utilizar-se do lançamento para prevenir a decadência em relação ao FAP para que seja efetuada a revisão das alíquotas SAT/GILRAT de alguns estabelecimentos. Contudo, agindo dessa forma além de estarmos mudando a motivação do lançamento, estaríamos abrindo precedente para que a autoridade lançadora em todo o caso efetue de ofício e de forma retroativa faça a revisão dos estabelecimentos do contribuinte, fato que a Súmula 351 do E. STJ sequer tratou.

12 - Entendo que seria aplicável ao presente caso a referida Súmula, caso o objeto do lançamento fosse realmente a questão da aplicação das alíquotas SAT/GILRAT e o questionamento da atividade preponderante do contribuinte, contudo, entendo que a autoridade lançadora agiu bem ao aplicar na forma da legislação da época e de acordo com os parâmetros já indicados e declarados pelo contribuinte os CNAE de seus estabelecimentos, sendo matéria fora dos autos.

13 - Nesse ponto merece também a indicação da decisão de piso que bem pontuou o seguinte:

"Em consulta ao cadastro de todas as filiais da impugnante constatou-se que para onze filiais, quais sejam: 0017-24, 0018-05, 0019-06, 0039-30, 0040-73, 0046-69, 0052-07, 0087-37, 0104-72, 0113-63 e 0157-84, consta como atividade secundária o CNAE 4752-1/00, correspondente a "Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática", para a qual está prevista a alíquota de 2%, conforme consta do Anexo V do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

*Há que se considerar, todavia, que a Impugnante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, forte no artigo 28 do Decreto n.º 7.574, de 29 de setembro de 2011, de fazer prova acerca das atividades preponderantes por ela **efetivamente** desenvolvidas no período nos estabelecimentos acima mencionados, limitando-se, tão-somente, a anexar uma relação de "funcionários" supostamente ligados à atividade de vendas (fls. 134/138), desacompanhada de qualquer elemento de prova, para concluirmos que nestes estabelecimentos a atividade preponderante foi de fato a alegada."*

14 - Da mesma forma e utilizando os mesmos fundamentos da decisão de piso afasto a análise do Decreto 6.957/09.

"Quanto ao pedido relativo à juntada aos autos da justificativa para o aumento da alíquota do RAT para o Serviço Móvel Especializado - SME de 2% para 3% procedida pelo Decreto nº 6.957/09, uma vez que a impugnante discute judicialmente a inconstitucionalidade/ilegalidade de referido Decreto, resta prejudicado referido pedido, como já mencionado neste voto."

15 - Quanto ao ponto da inadequação do FAP estabelecido para 2010 e 2011 levantada pelo contribuinte, resta não conhecida em vista da discussão judicial e aplicação da Súmula Carf nº 01.

Conclusão

Processo nº 10830.720870/2016-55
Acórdão n.º **2201-004.465**

S2-C2T1
Fl. 2.974

16 – Pelo exposto, voto no sentido de conhecer e NEGAR provimento ao recurso de ofício e ao recurso voluntário, na forma da fundamentação.

assinado digitalmente

Marcelo Milton da Silva Risso- Relator