



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

Processo nº 10860.721782/2011-17
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.103 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CONDE MANUTENÇÃO HIDRÁULICA E CALDEIRARIA LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

MULTA. RECÁLCULO. ART. 106. ART. 35 DA LEI 8.212/91. FATOS GERADORES OCORRIDOS ATÉ O ADVENTO DA MP 449.

A multa por descumprimento de obrigação principal aplicada até 12/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN, determina a retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei nº 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, no momento do pagamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos. dar provimento parcial ao recurso, para determinar o recálculo da multa até a competência 11/2008. do saldo remanescente, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza, Ivacir Júlio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro.

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário (Fls. 457/473), interposto em face do Acórdão proferido pela DRJ de Campinas/SP (Fls. 408/423), a qual julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada mantendo o crédito previdenciário, consubstanciado nos DEBCAD's nº. 37.290.297-9, 37.290.298-7 e 37.343.265-8, cujo montante, somado, equivale a R\$ 240.656,28 (duzentos e quarenta mil seiscentos e cinquenta e seis reais e vinte e oito centavos).

A presente autuação busca o recolhimento de diferenças apuradas sobre as contribuições previdenciárias da empresa sobre a remuneração dos empregados a seu serviço, para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho – RAT, sendo devida a alíquota de 3% em razão da atividade preponderante da empresa, quando, em verdade, esta apurou a contribuição devida sobre a alíquota de 1%.

Os fatos são bem evidenciados no Relatório Fiscal (Fls. 62/71), *in verbis*:

“1. Trata-se de crédito previdenciário lançado pela Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil, através dos Autos de Infração abaixo, do qual este relatório é parte integrante, referente às contribuições sociais arrecadadas pela Receita Federal do Brasil:

AI nº. 37.290.297-9, destinadas à Seguridade Social, correspondentes a parte da empresa inclusive as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de capacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração de empregados que lhe prestaram serviços no período de 01/2007 a 12/2008.

AI nº. 37.290.298-7, destinadas à Seguridade Social, correspondentes à parte dos segurados, incidentes sobre a remuneração dos empregados, não retidas, no período de 01/2007 a 12/2008.

AI nº. 37.343.265-8, destinadas a outras entidades e fundos: Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE, incidentes sobre a remuneração dos empregados, no período de 01/2007 a 12/2008.

(...)

4. Diante da documentação apresentada à auditoria, e, à luz da legislação aplicável à matéria, os créditos apurados foram identificados em levantamentos específicos, conforme identificados abaixo:

TÍTULO: FOLHA PAGAMENTO SEM GFIP;

Estes levantamentos se referem às contribuições devidas à Seguridade Social, não recolhidas em épocas próprias, correspondentes à parte da empresa inclusive, para o SAT/Gilrat, as destinadas aos Terceiros, a parte dos segurados, não comprovadamente retidas, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, e correspondente à parte da empresa incidente sobre os valores pagos aos contribuintes individuais e o pró-labore do 'administrador', constantes das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – GFIP (somente as bases de cálculo) e demais documentos.

Cabe esclarecer que estes lançamentos tiveram origem na “EXCLUSÃO DE OFÍCIO” da empresa do regime SIMPLES, no período de 07/2007 a 12/2008, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/TAU nº 27, de 05/08/2011, publicado no DOU nº 152 de 09/08/2011, cópia em anexo. Como efeito da exclusão tornou-se devida, além da contribuição dos segurados, a contribuição relativa à parte da empresa, inclusive, para o SAT/Gilrat, e de Terceiros, incidentes sobre a remuneração dos empregados e dos contribuintes individuais declarados em GFIP.

LEV: DGI

TÍTULO: DIFERENÇA ENTREGA GFIP;

DESCRIÇÃO: *Neste código de levantamento foram lançadas as diferenças verificadas nas bases de cálculo das remunerações pagas a segurados empregados referentes às diferenças entre os valores informados nas folhas de pagamento, nas GFIP entregues inicialmente e aos valores constantes nas GFIP entregues em 23/08/2011 consideradas como base de cálculo pela fiscalização.*

LEV: DSI

TÍTULO: DESCONTO SEGURADO GFIP APÓS O INÍCIO AF;

DESCRIÇÃO: *Este levantamento se refere às diferenças entre os valores referentes ao desconto dos segurados informados nas folhas de pagamento, nas GFIP entregues inicialmente e aos valores constantes nas GFIP entregues em 23/08/2011 consideradas como base de cálculo pela fiscalização. Estes valores foram considerados não comprovadamente retidos pela fiscalização.”*

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento efetuado, a empresa apresentou Impugnações de fls. 187/201, 236/255 e 288/307, cada qual correspondente a um respectivo DEBCAD.

DA DECISÃO DA DRJ

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

Autenticado digitalmente em 25/07/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 25/07

/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 15/08/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR
INGARI

Impresso em 16/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Após analisar os argumentos da então Impugnante, a 8ª Turma da Delegacia da Receita do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, DRJ/CPS, prolatou o Acórdão nº 05-37.162 (Fls. 408/423), julgando parcialmente procedente o lançamento, exonerando os créditos previdenciários lançados sobre o pagamento de alimentação *in natura* dos segurados, mesmo que em desacordo com as condições do PAT, em virtude da natureza indenizatória de tais valores, inviabilizando a incidência de contribuição previdenciária. O acórdão foi assim ementado:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS.**

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

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EXCLUSÃO DO SIMPLES NACIONAL. APRECIÇÃO NO JUDICIÁRIO. PRAZO DE EXCLUSÃO. VALE REFEIÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

A matéria discutida em juízo pela empresa quanto à exclusão do Simples Nacional deve ser afastada da instância administrativa.

Obedecido o prazo de exclusão da empresa do Simples de acordo com a legislação, impõe-se o lançamento do tributo quando devido.

Conforme Ato Declaratório da PGFN nº 03/2011, sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte”

DO RECURSO

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário utilizando-se, para tanto, de argumentos concernentes à sua exclusão do Simples Nacional, além de, sucessivamente, alegar a irretroatividade dos efeitos do Ato Declaratório de Exclusão.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fl. 475, o recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

A empresa autuada foi excluída do Simples Nacional através do Ato Declaratório Executivo DRF/TAU nº. 27, publicado no DOU nº. 152 de 09/08/2011, contido no Processo nº. 10860.721309/2011-21, na qual, de acordo com o despacho transcrito no acórdão combatido, não houve qualquer impugnação, de modo que se operou a preclusão administrativa quanto a esta matéria.

Contudo, fora identificada a impetração de Mandado de Segurança objetivando a suspensão da eficácia do referido ato administrativo, o que importou na renúncia a esfera administrativa para discutir a sua exclusão do regime tributário simplificado, a qual foi julgada extinta sem julgamento do mérito, conforme demonstrado na fl. 474.

Com relação aos argumentos referentes à exclusão da Empresa à sistemática simplificada deveriam ter sido apreciados em processo próprio, qual seja, o de nº. 10860.721309/2011-21, perante a 1ª Seção de Julgamento deste Conselho, competente para julgar matérias desta natureza, nos termos do art. 2º, V do Regimento Interno do CARF, *in verbis*:

Art. 2º À Primeira Seção cabe processar e julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância que versem sobre aplicação da legislação de:

(...)

V - exclusão, inclusão e exigência de tributos decorrentes da aplicação da legislação referente ao Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES) e ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação (SIMPLES-Nacional);

Portanto, não será adentrado ao mérito da exclusão do SIMPLES.

DA MULTA

A MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941/09, que deu nova redação aos arts. 32 e 35 e incluiu os arts. 32-A e 35-A na Lei nº 8.212/91, trouxe mudanças em relação à multa aplicada no caso de contribuição previdenciária.

Assim dispunha o art. 35 da Lei nº 8.212/91 antes da MP nº 449, *in verbis*:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

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; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

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; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

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; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (sem destaques no original)

Verifica-se, portanto, que antes da MP nº 449 não havia multa de ofício. Havia apenas multa de mora em duas modalidades: **a uma** decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea **a duas** decorrente da notificação fiscal de lançamento, conforme previsto nos incisos I e II, respectivamente, do art. 35 da Lei nº 8.212/91, então vigente.

Nesse sentido dispõe a hodierna doutrina (Contribuições Previdenciárias à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / Elias Sampaio Freire, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). – Julio César Vieira Gomes (autor) – São Paulo: MP Ed., 2012. Pág. 94), *in verbis*:

pagamento das contribuições previdenciárias, independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo, portanto, necessária a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ainda assim a multa era de mora. (...) Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.” (com destaque no original)

Com o advento da MP nº 449, que passou a vigorar a partir 04/12/2008, data da sua publicação, e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/09, foi dada nova redação ao art. 35 e incluído o art. 35-A na Lei nº 8.212/91, *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). (sem destaques no original)*

Nesse momento surgiu a multa de ofício em relação à contribuição previdenciária, até então inexistente, conforme destacado alhures.

Logo, tendo em vista que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 12/2008, data da MP nº 449, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos após 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 12/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna. Impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei nº 9.430/96, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Com relação à representação fiscal para fins penais, cumpre esclarecer que este conselheiro está vinculado ao Regimento Interno deste Conselho, que determina no art. 62 que as decisões proferidas pelas turmas de julgamento deverão observar o disposto nas súmulas aprovadas pelo CARF. Neste caso, há atração da Súmula CARF n. 28, que expressa que o CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Portanto, tais questões não serão analisadas.

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

Autenticado digitalmente em 04/08/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR

/2013 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 15/08/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STR

INGARI

Impresso em 16/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10860.721782/2011-17
Acórdão n.º **2403-002.103**

S2-C4T3
Fl. 6

Do exposto, conheço do recurso para, no mérito, **dar parcial provimento** para determinar a aplicação da multa de ofício a partir da competência 12/2008 e da multa de mora até 11/2008 e determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto