



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

Processo nº 10865.001694/2007-61
Recurso nº 257.348 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.128 – 3ª Turma Especial
Sessão de 09 de junho de 2010
Matéria CESSÃO DE MÃO DE OBRA: RETENÇÃO. EMPRESAS EM GERAL
Recorrente B.L. BITTAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAPEL LTDA.
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA DE CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/03/2006

RETENÇÃO 11%. CRÉDITO TRIBUTÁRIO LEGALMENTE CONSTITUÍDO. ART. 142 DO CTN.

Crédito tributário deve estar revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN.

COMPENSAÇÃO.

A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie, nos termos do art. 66, parágrafo 1º, da Lei nº 8.383/91.

MULTA. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Em relação à Multa, deve ser aplicada a legislação vigente à época. A análise dos valores das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento, consoante Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009.

É lícita a utilização da Taxa SELIC para o cálculo dos juros incidentes sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pela Receita Federal do Brasil.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a).


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (suplente), Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD referente à retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto de notas fiscais/faturas de prestação de serviços, a título de contribuições previdenciárias, retidas e não repassadas a Seguridade Social, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91, período: 12/2003 a 03/2006. Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP pela ocorrência, conforme relatório fiscal (fls. 31/34). O contribuinte tomou ciência da notificação em 08/12/2006 (fl. 01).

O contribuinte apresentou defesa, fls. 37 a 66, acompanhada de anexos.

Exarada a Decisão-Notificação que confirmou a procedência do lançamento, fls. 76 a 82.

Interposto recurso voluntário, fls. 86 a 116, em que a recorrente síntese alega:

a) é ilegal a multa de ofício aplicada. Não é devida porque o débito foi declarado e houve denúncia espontânea, caso em que a multa de mora somente seria devida após o trânsito em julgado da decisão administrativa. A multa deve ser revista, pois não se trata da inconstitucionalidade, mas do princípio da proporcionalidade quando da imposição da sanção punitiva;

b) o crédito é impróprio pois o valor lançado foi compensado pela recorrente com valores de créditos pagos indevidamente a título de contribuições de Salário-educação, SAT, SEBRAE e INCRA, conforme autoriza o art. 66 da Lei 8.383/91. A compensação independe de autorização administrativa ou judicial, no entendimento do STJ. A jurisprudência atual entende que é inexigível contribuição ao INCRA para empresa urbana, bem como, o Salário-educação e SAT;

c) a ilegalidade evidente da progressividade da multa de mora, que só é permitida pela Constituição Federal/88 de maneira taxativa para o imposto de renda, IPTU e ITR. A multa não pode ser imposta de maneira progressiva, pois gera confisco e caos social. A multa de ofício deve ser certa e líquida para que goze de presunção de validade, sob pena de incorrer em confisco, pois com sua progressividade jamais se saberá qual o seu valor devido, elemento que deve ser fixado sem variação no auto de infração;

d) Somente é possível a aplicação dos juros de 1%, conforme dispõe o art. 161, §1º do CTN, não se aplicando os juros moratórios da Taxa Selic;

e) por fim, requer a improcedência da notificação fiscal.

O recorrente apresentou Mandado de Segurança, Processo nº. 2007.61.09.011585-1, da 3ª. Vara Federal de Piracicaba/SP, com deferimento de liminar para que a autoridade fiscal se abstenha de exigir o depósito de 30% para o recurso administrativo.

Os autos foram encaminhados ao 2º. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda para julgamento (fls. 130/131).

É o relatório.

Voto

Conselheiro HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA, Relator

O recurso é tempestivo, conforme fl. 126; pressuposto de admissibilidade superado, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

A decisão liminar em Mandado de Segurança sob nº. 2007.61.09.011585-1, da 3ª. Vara Federal de Piracicaba/SP, que determina o recebimento do recurso administrativo independentemente do depósito recursal (garantia de 30% da exigência fiscal), foi acatada nos termos da determinação judicial e na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF por intermédio da Súmula Vinculante do STF nº 21, DOU de 10/11/2009.

O lançamento fiscal se refere à retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura de prestação de serviços de mão de obra, legalmente constituída nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212/91.

A legislação não admite a compensação de contribuições de Terceiros (Outras Entidades) com valores de contribuições previdenciárias devidas em razão da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura de prestação de serviços, pois são distintas. É o que estabelece o art. 66, parágrafo 1º, da Lei nº 8.383/91, *in verbis*:

Art. 66 - Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente

Parágrafo 1º - A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie Nosso grifo

A compensação mencionada pela recorrente, também, tem previsão legal no art. 89 da Lei nº 8.212/91, nas hipóteses de recolhimento ou pagamento indevido ou a maior que o devido. Os arts. 170 e 171 do CTN determina que a lei pode autorizar compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos nas condições e garantias legais, sendo vedada a compensação de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Para se fazer uso da compensação é necessário cumprir os requisitos legais. O afastamento da presunção de legalidade da lei, somente pode ocorrer quando for declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Uma vez que o contribuinte não está amparado por decisão judicial que autorize a compensação de tributo instituído por lei plenamente em vigor, a compensação será indevida. A recorrente não faz prova nos autos de fazer jus a compensação, seja por ter recolhido a maior, independente de erro, seja por ter ação judicial reconhecendo seu direito à compensação.

Assim, 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, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n° 70 235/72. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula n° 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes:

Súmula N° 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária

Deste modo, não pode querer a recorrente compensar contribuições previdenciárias devidas por contribuintes individuais com contribuições de outras entidades - terceiros (Salário-educação, SAT, SEBRAE e INCRA).

A exigibilidade das contribuições sociais para o Salário-educação, SAT, INCRA, SEBRAE, é devida. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do Processo RE-AgR 405444, Processo - AI-AgR 527121, Processo- AI-AgR 742458, Processo - RE-AgR 588911, Processo -AI-AgR 619778, cujas ementas são transcritas:

Processo RE-AgR 405444 - RE-AgR - AG REG NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Sigla do órgão - STF

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 04.03.2008.

Descrição

*- Acórdão citado. ADC 3 (RTJ 187/3). Número de páginas: 8.
Análise: 07/04/2008, RHP.
...DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA. RJ - RIO DE JANEIRO*

EMENTA: TRIBUTO. Contribuição. Salário-educação. Sujeito passivo. Sociedade sem fins lucrativos. Caracterização. Conceito de empresa. Alegação de que apenas as pessoas jurídicas dedicadas a atividades empresariais estariam sujeitas ao tributo. Descabimento. Art. 212, § 5º, da CF/88. Art. 15 da Lei nº 9.424/96. Agravo regimental improvido. Precedente O conceito de "empresa", para fins de sujeição passiva à contribuição para o salário-educação, corresponde à firma individual ou à pessoa jurídica que, com ou sem fins lucrativos, pague remuneração a segurado-empregado.

Referência Legislativa

LEG-FED CF ANO-1988 ART-00212 PAR-00005 CF-1988
CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED LEI-009424 ANO-1996
ART-00015 LEI ORDINÁRIA LEG-FED SUM-000732 SÚMULA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF

*Processo - AI-AgR 527121 - AI-AgR - AG.REG.NO AGRADO
DE INSTRUMENTO*

Sigla do órgão - STF

Decisão

*A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de
agravo, nos termos do voto do Relator 2ª Turma, 21 03 2006*

Descrição

*- Acórdão citado. RE 290079 (RTJ-184/1126). Número de
páginas: 5. Análise: 28/04/06, FER.
DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA: RJ - RIO DE
JANEIRO*

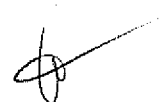
*EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE
INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO.
SALÁRIO-EDUCAÇÃO EXIGIBILIDADE. PRECEDENTE É
legítima a exigibilidade da contribuição especial pertinente ao
salário-educação, sem qualquer solução de continuidade,
durante o período de tempo abrangido, sucessivamente, pela
vigência de cada um dos diplomas legislativos (DL n. 1422/75 e
Lei n. 9.424/96). Agravo regimental a que se nega provimento.*

Referência Legislativa

LEG-FED LEI-009424 ANO-1996 LEG-FED DEL-001422
ANO-1975

*Processo- AI-AgR 742458 - AI-AgR - AG.REG.NO AGRADO DE
INSTRUMENTO*

Sigla do órgão - STF



Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 14/04/2009

Descrição

- Acórdãos citados: RE 255044 AgR, RE 343446 - Tribunal Pleno Número de páginas 6. Análise: 22/05/2009, RHP. DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA. DF - DISTRITO FEDERAL

EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SAT. TRABALHADORES AVULSOS CONSTITUCIONALIDADE. I. Contribuição social Seguro de Acidente do Trabalho - SAT. Lei n 7.787/89, artigo 3º, II. Lei n 8.212/91, artigo 22, II. Constitucionalidade. Precedente 2. A cobrança da contribuição ao SAT incidente sobre o total das remunerações pagas tanto aos empregados quanto aos trabalhadores avulsos é legítima. Precedente Agravo regimental a que se nega provimento.

Referência Legislativa

LEG-FED CF ANO-1988 ART-00150 INC-00001 ART-00201 PAR-00004 CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL LEG-FED LEI-007787 ANO-1989 ART-00003 INC-00002 LEI ORDINÁRIA LEG-FED LEI-008212 ANO-1991 ART-00022 INC-00002 LEI ORDINÁRIA LEG-FED DEC-000612 ANO-1992 DECRETO REGULAMENTAR LEG-FED DEC-002173 ANO-1997 DECRETO REGULAMENTAR LEG-FED DEC-003048 ANO-1999 DECRETO REGULAMENTAR

Processo - RE-AgR 588911 - RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Sigla do órgão- STF

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie 2ª Turma, 28.10.2008.

Descrição

- Acórdãos citados: RE 469288 AgR, AI 548733 AgR, RE 578635 RG, AI 607202 AgR Número de páginas: 6. Análise: 05/12/2008, SOF. DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA. RS - RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA EMPRESA URBANA. A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de que é devida por empresa urbana a contribuição destinada ao INCRA. Ademais, esta Corte não reconheceu a existência de repercussão geral na matéria debatida nos autos, o que inviabiliza a apreciação do tema nesta sede. Agravo regimental a que se nega provimento.

Processo -AI-AgR 619778 - AI-AgR - AG REG NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Sigla do órgão - STF

Decisão

A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 02.10.2007.

Descrição

- Acórdãos citados: RE 396266 (RTJ 188/1100), RE 399104 ED, RE 413820 AgR. Número de páginas: 5. Análise: 20/11/2007, RHP. DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA. SP - SÃO PAULO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SEBRAE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES AGRAVO IMPROVIDO. I - A constitucionalidade da contribuição SEBRAE foi decidida por esta Corte, no julgamento do RE 396.266/SC, Rel. Min. Carlos Velloso. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.

Pelo exposto, se houvesse contribuições sociais para outras entidades – Terceiros no lançamento em questão, suas cobranças estariam legalmente amparadas. Entretanto, o lançamento se refere, tão somente, a valores de contribuições previdenciárias devidas em razão da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura de prestação de serviços.

Quanto ao montante abusivo dos acréscimos legais e seus percentuais aplicados, é importante frisar que a aplicação do juro de mora e da multa encontra respaldo na Lei nº 8.212/91, estando a fundamentação informada no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 27/29). O art. 35 da Lei nº 8.212/91, determina os percentuais a serem utilizados para cálculo da multa em caso de atraso no recolhimento das contribuições sociais. O percentual de 8% (oito por cento) é utilizado no caso de recolhimento de contribuições dentro do mês de vencimento da obrigação não incluída em notificação fiscal. Para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação, o percentual é de trinta por cento, hipótese que em que será reduzidas em 50% quando declarada em GFIP, por determinação legal. Tais percentuais da multa aplicada se encontram no relatório Instruções para o Contribuinte – IPC (fls. 02), bem

como, a fundamentação constante dos Fundamentos Legais do Débito – FLD. Pelo exposto, foram observados os preceitos legais e normativos vigentes à época da lançamento.

Ressalta-se que os acréscimos legais em decorrência dos juros e multa aplicados, com base nos arts. 34 e 35 da Lei n° 8.212/91, sofreram alterações trazidas pela Lei n° 11.941/2009, sendo transferidas para o arts. 35 e 35-A da Lei n° 8.212/91.

A aplicação dos juros equivalente a taxa SELIC, para a cobrança de contribuições sociais previdenciárias em atraso, encontra respaldo legal no art. 34 da Lei n° 8.212/91. É utilizada como índice de juros de mora e não de atualização monetária. A utilização da referida taxa surgiu com o advento da Lei n° 9.065/95, artigo 13, quando os juros de mora, a partir de abril de 1995, passaram a ser calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), acumulada mensalmente. Apesar do art. 34 da Lei n° 8.212/91 ter sido revogado pela Lei n° 11.941/2009, a cobrança do juros no percentual de 1% (um por cento) e taxa SELIC foram mantidos, nos termos do art. 35 da Lei n° 8.212/91, com redação dada pela Lei n° 11.941/2009. Ademais, o Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 161 e § 1º, dispõe que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, permitindo que a lei disponha de modo diverso.

Ressalte-se que o juros não é penalidade, não se aplicando a retroatividade benigna, tampouco a denúncia espontânea, para esta última conforme expressamente previsto no art. 138 do CTN. A espontaneidade da denúncia se dá antes do início de qualquer procedimento administrativo ou fiscal:

Art. 138 A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. nosso grifo

A jurisprudência do STJ entende ser a taxa SELIC aplicável aos créditos de natureza tributária:

RESP 529502 / SC

RECURSO ESPECIAL ALÍNEA "A". TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - POSSIBILIDADE - ITERATIVOS PRECEDENTES.

É firme a orientação deste Sodalício no sentido da aplicabilidade da Taxa SELIC para a cobrança de débitos fiscais, entendimento consagrado pela colenda Primeira Seção quando do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC, Relator Ministro Luiz Fux, j. 14 05 03. Ressalva deste Magistrado. Na mesma esteira, os seguintes precedentes: REsp 462710/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 09.06.2003, REsp 475.904/PR, Relatar Min. José Delgado, DJU 12.05.2003, e REsps 596.198/PR, DJU 14.06.2004 e 443.343/RS, DJU 24.11.2003, ambos relatados por este Magistrado. Recurso especial improvido

AgRg no RESP 636703 / PR

TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS DECLARADAS EM DCTF PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DESNECESSIDA DE SELIC APLICABILIDADE

I - Nos casos em que o contribuinte comunica a existência de obrigação tributária pode o crédito fiscal ser inscrito em dívida ativa e cobrado em execução, independentemente de qualquer procedimento administrativo. Precedentes: REsp nº 551 015/AL, deste Relatar, DJ de 04/10/2004; REsp nº 624 907/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 28/02/2005.

II - A partir do advento da Lei 9.250, de 1995, passou a ser legítima a aplicação da taxa SELIC no campo tributário. Múltiplos precedentes jurisprudenciais.

III - Agravo regimental improvido.

Relativo a multa, a Lei nº 8.212/91, na redação introduzida pela Lei nº 11.941/2009, estabelece a distinção entre multa de mora (art. 35) e a multa de ofício (art. 35-A):

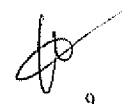
Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos 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). nosso grifo

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).

A multa de mora estabelecida no art. 35 da Lei nº 8.212/91 deve ser aplicada para pagamento fora do prazo previsto na legislação e será calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso limitada a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96:

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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.



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

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento nosso grifo

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 289181/MG:

"Ementa ... Os créditos previdenciários se constituem mediante o lançamento por homologação (CTN, art. 150), que deve efetivar-se no prazo de cinco anos contados do primeiro dia do ano seguinte ao do fato gerador. ..." (STJ. REsp 289181/MG. Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. 2ª Turma. Decisão. 13/05/03. DJ de 30/06/03, p. 171)

Deste modo, as contribuições previdenciárias devem, em regra, observar o disposto no art. 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação

A multa de ofício estabelecida no art. 35-A da Lei nº 8.212/91 deve ser aplicada nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

O lançamento de ofício está previsto no art. 149 do CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública

O entendimento de que a multa de mora (art. 35) não se confunde com a multa de ofício (art. 35-A) da Lei nº 8.212/91, devendo suas aplicações seguirem formas distintas, aplicando-se para a multa de mora o art. 61 da Lei nº 9.430/96, e para a multa de ofício o art. 44 da Lei nº 9.430/96, também, é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Processo - AGRESP 200601560547, oportunidade em que ratifica a aplicação da taxa Selic sobre os juros de mora, *in verbis*:

Processo - AGRESP 200601560547

AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
- 868847

Relator (a) - DENISE ARRUDA

Órgão julgador - PRIMEIRA TURMA

Fonte - DJE DATA 02/02/2010

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE AOS ARTS 165, 458 E 535 DO CPC. CONTROVÉRSIA ACERCA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE LUCRO IMOBILIÁRIO. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA CONTÁBIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. MULTA DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE DO ART 61 DA LEI 9.430/96. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC A PARTIR DE JANEIRO DE 1997 (ART 30 DA LEI 10.522/2002). DESPROVIMENTO DOS AGRAVOS REGIMENTAIS. 1. Não houve contrariedade aos arts 165, 458 e 535 do CPC, pois o Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, inexistindo omissões sobre as quais se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. 2. Para modificar o entendimento do Tribunal Regional acerca da necessidade de prova pericial é necessário revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado pela incidência da Súmula 7/STJ. 3. O Tribunal Regional manteve a multa por lançamento de ofício aplicada nos limites estabelecidos pelo art. 44, I, da Lei 9.430/96. O art. 61 da Lei 9.430/96, localizado na Seção IV (Dos Acréscimos Moratórios), não regula multas de ofício, e sim multas de mora. 4. Na esfera federal, a aplicação dos juros equivalentes à taxa Selic em débitos fiscais pagos com atraso é plenamente cabível, porque fundada nas Leis 9.065/95 (art 13) e 10.522/2002 (art 30). 5. Agravos regimentais desprovidos.

Indexação - VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES.

Data da Decisão - 15/12/2009

Data da Publicação - 02/02/2010

Referência Legislativa

LEG.FED LEI 005869 ANO:1973 ***** CPC-73 CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 1973 ART.00535 LEG.FED

SUM:***** SUM(STJ) SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUM 000007 LEG:FED LEI 009430 ANO:1996 ART:00061 LEG:FED LCP.000095 ANO:1998 ART:00011 INC:00003 LET:B LET:C LEG:FED LEI 005172 ANO:1966 ***** CTN-66 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ART:00161 PAR:00001 LEG:FED LEI:009065 ANO:1995 ART:00013 LEG:FED LEI:010522 ANO:2002 ART:00029 ART:00030 LEG:FED MPR:001542 ANO:1996 ART:00026 (CONVERTIDA NA LEI 10.522/2002) LEG:FED LEI 009250 ANO:1995 ART:00039 PAR:00004

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas por meio de lançamento de ofício decorrem do fato de omissão na declaração e recolhimento intempestivos da contribuição, nos termos do Processo -RE-AgR 241087, como segue:

Processo -RE-AgR 241087

RE-AgR - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) – em branco

Sigla do órgão - STF

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 08/09/2009.

Descrição

- Acórdão citado: RE 241074. Número de páginas: 5. Análise: 02/10/2009, SEV. DSC_PROCEDENCIA_GEOGRAFICA PR - PARANÁ

Ementa

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas à contribuinte, por meio de lançamento de ofício, decorrem do fato de haver-se ela omitido na declaração e recolhimento tempestivos da contribuição. Precedente: Agravo regimental a que se nega provimento.

O entendimento do STF também é acompanhado pelo STJ, REsp 330519/RS, e Tribunais Federais - TRF-3ª Região, AC 94.03.010836-3/SP, e TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.047531-2/DF; que compreendem que deve ser efetuado o lançamento de ofício quando constatadas diferença a menor, ou inexistência de pagamento, ou irregularidades na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão), respectivamente:



"Ementa ... Tratando-se de tributo cuja legislação tributária atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, a teor do disposto no art. 150 do Código Tributário Nacional, só se configura definitivamente o crédito tributário após a homologação do pagamento realizado, ou, conforme o caso, da compensação efetivada, quando então poderá o Fisco, em constatando alguma diferença a menor, ou, se inexistente o pagamento, proceder ao lançamento de ofício dessa diferença ou do débito total. ..." (STJ. REsp 330519/RS. Rel.: Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Decisão: 19/02/02. DJ de 25/03/02, p. 190.)

"Ementa ... O lançamento, atividade vinculada, deve ser promovido de ofício pela autoridade fiscal quando constatadas irregularidades (omissão ou inexatidão) na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação, conforme o disposto no art. 149, inciso V, do Código Tributário Nacional. ..." (TRF-3ª Região. AC 94.03.010836-3/SP. Rel. p/ acórdão: Des. Federal Therezinha Cazerta. 4ª Turma. Decisão: 28/11/01. DJ de 22/03/02, p. 498.)

"Ementa ... I. A identificação da modalidade de constituição do crédito fiscal dispensa lei formal. Tal regra, entretanto, é excepcionada no tocante ao lançamento de ofício, ex vi do disposto no art. 149, I, do CTN

II. As situações previstas no art. 149 do CTN, que autorizam a feitura do lançamento revisional ou suplementar, estão relacionadas numerus apertus, cabendo à lei a definição de outras hipóteses

III. Caracterizado o não-recolhimento ou o recolhimento insuficiente de tributo, tem lugar o lançamento revisional, na forma autorizada no art. 149, VI, do CTN (quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar a aplicação de penalidade)" (TRF-1ª Região. AC 1997.01.00.047531-2/DF. Rel.: Juíza Vera Carla Cruz (convocada). 4ª Turma. Decisão: 30/06/00. DJ de 22/09/00, p. 288.) nosso grifo

Pelo exposto, considerando o Relatório Fiscal (fls. 31/34) da notificação em questão e o Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal - TEAF (fls. 29) onde estão registrados várias autuações e notificações em razão dos descumprimentos das obrigações sociais previdenciárias, bem como, a retenção de contribuições previdenciárias descontadas e não repassadas, conclui-se que se trata de lançamento de ofício nos termos do art. 149 do CTN, em especial o inciso VI. Assim, é prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil cobrar por intermédio de lançamento de ofício as contribuições sociais e as devidas a outras entidades (Terceiros), quando devidas legalmente, nos termos do art. 33, parágrafos 1º. a 3º., da Lei nº 8.212/91:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo

único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, 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 nesta Lei (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009),nosso grifo

Na análise da aplicação da multa, temos:

a) a multa aplicada no lançamento fiscal em 08/12/2006, conforme IPC - Instruções Para o Contribuinte (fls. 02), varia de 12% a 30%;

b) a multa atual estabelecida pelo art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/2009, é de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento.

Deste modo, considerando a multa mais benéfica a ser aplicada, deve prevalecer a multa original aplicada no lançamento fiscal, conforme IPC - INSTRUÇÕES PARA O CONTRIBUINTE (fls. 02).

Em consonância com a Lei 8.212/91, o artigo 239 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/1999, que trata dos acréscimos legais a serem aplicados para contribuições sociais em atraso (juros e multa), estabelece no parágrafo 6º. que deve ser aplicada a legislação vigente à época, como segue:

Art. 239 As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas a

I - atualização monetária, quando exigida ...

II - juros de mora, de caráter irrelevável, ... e

- III - multa variável, de...



§ 6º À correção monetária e aos acréscimos legais de que trata este artigo aplicar-se-á a legislação vigente em cada competência a que se referirem

Destarte, não há que se falar em confisco, tampouco, em denúncia espontânea, pois a responsabilidade do contribuinte é excluída pela denúncia espontânea quando acompanhada do pagamento do tributo e do juros de mora, ou depósito no valor da importância do tributo apurado, nos termos do art. 138 do CTN; o que não ocorreu.

Pelo exposto, o lançamento e as penalidades de juros de mora e multa de ofício foram corretamente aplicados nos termos dos fundamentos legais e demais dispositivos e razões mencionados no voto. O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório de Lançamento – RL, contendo a competência (mês e ano), a base de cálculo, a discriminação dos fatos geradores, bem como, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD, que informa as alíquotas e os valores das contribuições previdenciárias devidas, as Instrução para o Contribuinte – IPC, os Fundamentos Legais do Débito – FLD, a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, Relatório Fiscal, demais informações constantes das folhas 01 a 34.

Portanto, em razão da regra da retroatividade benigna, o presente lançamento deve ser analisado para se aplicar a norma mais benigna, inclusive, atentando para a necessidade de análise em conjunto com os demais lançamentos sofridos pelo contribuinte, registrados no Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF (fls. 37), se devido.

Ante ao exposto, a análise dos valores das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento, consoante entendimento trazido pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 4 de dezembro de 2009, DOU de 8.12.2009, bem como, demais normativos sobre o assunto.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso, para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL, aplicando, quanto a multa, a regra que for mais benéfica.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de junho de 2010.


HELTON CARLOS BRAIA DE LIMA - Relator