



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

Processo n° 10935.008174/2007-16
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.887 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de novembro de 2011
Matéria OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente DSR TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/2000 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - NÃO EXIBIÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO EM PRAZO ESTIPULADO - SÚMULA VINCULANTE STF N° 8 - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QÜINQUÊNAL - APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n° 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: "São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No presente caso, verifica-se que em 13.12.2007 foi dada ciência à recorrente do Auto de Infração, código de fundamentação legal 68, referente às competências 03/2000 a 12/2006.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de lançar a multa por descumprimento de obrigação acessória até a competência 11/2002, inclusive, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE DA AUTUAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa a infração e as circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a

penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, data de sua lavratura, não há que se falar em nulidade da autuação fiscal posto ter sido elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - GFIP - APRESENTAÇÃO DE GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Constitui infração, punível na forma da Lei, apresentar a empresa a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de- infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, §§ 4º e 5º, LEI Nº 8.212/91 - APLICAÇÃO DO ART. 32, IV, LEI Nº 8.212/91 C/C ART. 32-A, LEI Nº 8.212/91 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA - ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO - ART. 106, II, C, CTN

Conforme determinação do art. 106, II, c do Código Tributário Nacional - CTN a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Desta forma, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c art. 32, §§ 4º e 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, NAS PRELIMINARES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir do Cálculo da Multa

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2-200-2 de 24/08/2001.

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

Processo nº 10935.008174/2007-16
Acórdão n.º 2403-00.887

S2-C4T3
Fl. 301

o período 01/2003 a 12/2006 os valores referentes a: REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS, REMUNERAÇÃO PRO-LABORE e REMUNERAÇÃO AUTÔNOMOS e reconhecer a decadência parcial até a competência 11/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN. Votou pelas conclusões o Conselheiro Ivacir Julio de Souza na questão da decadência. **NO MÉRITO**, por unanimidade de votos dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 256 a 284, com Anexo às fls. 285 a 296, interposto pela Recorrente – DSR TRANSPORTES RODOVIARIOS LTDA. contra Acórdão nº 03-28.270 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília - DF, fls. 242 a 250, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação acessória, Auto de Infração nº. 37.118.659-5, às fls. 01, sendo o valor da multa aplicada originalmente R\$ 388.214,72 (trezentos e oitenta e oito mil, duzentos e quatorze reais e setenta e dois centavos) reduzida para R\$ 313.831,48 (trezentos e treze mil, oitocentos e trinta e um reais e quarenta e oito centavos).

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 02, com Anexos às fls. 08 a 80, o Auto de Infração nº. 37.118.659-5, Código de Fundamentação Legal – CFL 68, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme o informado no Anexo do Relatório Fiscal da Infração, às fls. 08 a 80, nas competências 03/2000 a 13/2006:

- Contribuição omitida sobre parte de pagamentos realizados a contribuintes segurados empregados, no período 13/2001 a 13/2006;
- Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a cooperativa de trabalho UNIMED, no período 03/2000 a 12/2006;
- Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a contribuintes individuais (pro-labore), no período 11/2000 a 05/2004;
- Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a autônomos, no período 01/2000; 07/2005; 04/2006; 06/2006; 08/2006;

Ainda o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 02, com Anexos às fls. 08 a 80, informa que:

“ (...) Foi solicitado ainda em intimação efetuada em 03/12/2007 que a empresa apresentasse relação de remuneração por trabalhador incluindo as rubricas que a empresa não incluía na base de cálculo, com prazo para apresentação até 05/12/2007. Vencido o prazo a empresa não apresentou as informações solicitadas, tendo sido autuada por deixar de prestar estas informações.

Por estes motivos deixou-se de identificar o valor da remuneração por empregado que deixou de ser informada em GFIP, quais sejam, a empresa já efetuou as informações no período de 01/2003 a 12/2006 e a empresa não apresentou a relação identificando a remuneração por empregados que deixou de ser informada no restante do período.

Os valores dos fatos geradores que deixaram de ser informados e o período a que se referem encontram-se em planilha anexa ao presente auto de infração. O valor das cooperativas corresponde ao valor dos serviços prestados pelos cooperados, identificado nas notas fiscais como " Ato cooperado principal" que corresponde, segundo declaração da UNIMED anexada, ao presente Auto de Infração, ao valor pago aos cooperados pelos serviços prestados.

Dessa forma verificou-se que a empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes a totalidade dos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

O Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 03, informa que:

"A empresa corrigiu em parte a falta de informações, reapresentando GFIP do período de 01/2003 a 12/2006, incluindo os décimos terceiros, complementando e corrigindo as informações relativas a remuneração dos empregados e dos contribuintes individuais (pro labore e autônomos) desse período. Não corrigiu as informações sobre os pagamentos a cooperativas de trabalho e não corrigiu as demais informações anteriores a 01/2003."

Houve portanto o descumprimento da obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inc. IV e §§ 3º e 5º, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, combinado com art. 225, IV e § 4º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

A multa a ser aplicada tem enquadramento legal na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, §5º, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, e Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 284, inc. II, e art. 373.

Em virtude da infração cometida fica a autuada sujeita à multa prevista no art. 32, §5º da Lei 8212/1991 e 284, inc. II, Decreto 3.048/99, com valor mínimo atualizado pela Portaria PT/MP 142, de 11.04.2007, calculada de acordo com o Anexo do Relatório Fiscal da Infração, às fls. 08 a 80, no valor total de R\$ 388.214,72.

Segundo o Relatório Fiscal de Aplicação da Multa, às fls. 03, **não ficaram caracterizadas nem circunstância agravante e nem circunstância atenuante.**

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09417658F00 foi de 01/997 a 12/2006, às fls. 81.

A **ciência do Auto de Infração** ocorreu em **13.12.2007**, às fls. 01.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Anexo do Relatório Fiscal da Infração, às fls. 08 a 10, é de **03/2000 a 12/2006**.

A **Recorrente apresentou impugnação**, às fls. 113 a 147, com Anexos às fls. 148 a 238:

1. *Procuração;*
2. *Protocolos de envio de arquivos – conectividade social;*

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 03-28.270 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Brasília - DF, fls. 242 a 250, conforme Ementa a seguir:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Data do fato gerador: 11/12/2007

AI DEBCAD nº 37.118.659-5 -

INFRAÇÃO. MULTA. GFIP. OMISSÃO DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Constitui infração à legislação previdenciária, apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

DECADÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.212/91. SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Consideram-se decaídos os créditos tributários lançados com base no artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que determinava o prazo decadencial de 10 anos para as contribuições previdenciárias, por ter sido este artigo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula Vinculante nº 8, publicada no DOU em 20/06/2008.

Lançamento Procedente em Parte

*Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar **Procedente em Parte** o lançamento, nos termos do relatório e voto, partes integrantes deste julgado.*

Encaminhe-se a DRF de origem para intimar o contribuinte ao pagamento do crédito mantido, no prazo de 30 dias da ciência, com; redução de 25%, salvo interposição de recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 25, §1º, I, da Lei 11.457, art. 33 do Decreto 70.235/72 e art. 1º do Decreto 6.103/07.

Sala de Sessões, em 28 de novembro de 2008.

Ainda assim, a decisão de primeira instância, às fls. 248 a 249, que considerou o lançamento procedente em parte:

(i) acolheu a preliminar de decadência até a competência 11/2001, inclusive, nos termos do art. 173, I, CTN;

(ii) No que pertine as GFIP acostadas à defesa, cumpre informar que as mesmas foram entregues antes do encerramento da ação fiscal que deu origem ao lançamento e, conforme notícia o relatório fiscal de fl.2 , as GFIP apresentadas no decorrer da ação fiscal foram analisadas pela fiscalização que constatou a correção integral da falta quanto às informações relativas aos pagamentos efetuados aos contribuintes individuais e das remunerações de seus empregados no período de 01/2003 a 12/2006, informações já consideradas no lançamento. Contudo, não efetuou a correção quanto aos fatos geradores referentes às cooperativas de trabalho e demais informações anteriores a 01/2003.

(iii) Finalmente, considerando o prazo decadencial de cinco anos, devem ser excluídos do presente lançamento os valores lançados para as competências 01/2000 a 11/2001, mantendo-se a autuação com referência . ao período não-decadente, de 12/2001 a . 12/2006.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 256 a 284, com Anexo às fls. 285 a 296 (com cópia do acórdão 03-27.718 – 6ª Turma da DRJ Brasília referente ao processo 10935.008186/2007-32), onde alega em apertada síntese:

Em sede Preliminar.

(i) Da relevação da multa aplicada.

O Recorrente alega que atende a todos os requisitos previstos na legislação, pois, antes da conclusão da fiscalização, apresentou GFIP retificadoras, que deram origem aos Lançamentos de Débitos Confessados (LDC) 37.143.729-6 e 37.143.728-8, por outro lado é primária e a própria autoridade fiscal atesta que no

auto de infração a contribuinte não incorreu em circunstâncias agravantes.

Sendo assim, merece reforma o acórdão n° 03-28.270 quanto às sanções pecuniárias decorrentes das remunerações pagas aos empregados e aos contribuintes individuais (pró labore), do período de 01/2003 à 12/2006, vez que não existe qualquer circunstância agravante no auto de infração recorrido, nos termos informados pelo autoridade fiscal autuante e pelo julgadores, restando preenchidos todos os requisitos para aplicação da relevância da multa exigida.

(ii) Da decadência entre 11/2001 a 11/2002

No entanto, não merece o acórdão n° 03-28.270 neste aspecto, vez que a multa aplicada decorreu da falta de pagamento da contribuição social à carga da empresa incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço de cooperativa médica, contribuição esta exigida através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n° 03-27.718, que deu origem ao Processo Administrativo Fiscal n° 10935.008186/2007-32.

Salienta-se que o PAF n° 10935.008186/2007-32, também foi apreciado pela 6a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília, sendo que ao proferir o acórdão n° 03-27-718 aplicou-se a regra prevista no art. 150, § 40 do CTN para a contagem da decadência da contribuições previdenciárias. Vejamos:

"Desse modo, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. (...)

No caso sob exame, considerando que constam recolhimento antecipados pela empresa incidentes sobre as folhas de pagamentos dos segurados a seu serviço, conforme RDA - Relatório de Documentos Apresentados, fls. 418/438, e que o crédito previdenciário foi consolidado em 10/12/2007, com ciência do contribuinte em 13/12/2007, a competência mais remota que poderia haver lançamento é 12/2002.

Desse modo, considerando o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contado do fato gerador, consoante estabelecido no § 4º do art. 150 do CTN, impõe-se à retificação do presente lançamento para excluir as competências 03/2000 à 11/2002."

Ou seja, no caso em apreço a 6a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília, declarou decaídas todas as contribuições previdenciárias exigidas na NFLD n°37.118.660-9 (PAF n° 10935.008186/2007-32), entre o período de 03/2000 à 11/2002, nos termos do acórdão que n°03-27.718 (doc. anexo).

Atualmente, no momento de julgar o auto de infração n°

37.118.659-5, discutido neste processo, que exige multa pecuniária pela não declaração e pelo não pagamento das contribuições exigidas na NFLD nº 37.118.660-9, declarou decaído apenas as multas com fatos geradores entre 01/2000 à 11/2001, em completo desrespeito a regra contida no art. 113, §§ 1º e 30 do CTN.

Do Mérito.

(iii) Da não exigência de contribuição previdenciária exigida de tomadores de serviços prestados por Cooperativa de Trabalho

Entretanto, conforme restará demonstrado a seguir, a contribuição previdenciária exigida na NFLD nº 37.118.660-9 é tributo novo, que não se identifica com nenhuma das hipóteses de incidência referida no art. 195, inciso I, Constituição da República e que deveria, no momento de sua instituição ter respeitado os ditames do art. 195, § 4º da CF, conseqüentemente, se a contribuição previdenciária 110 não é devida a multa dela decorrente também não é.

Assim sendo, a Lei 9.786/99 ao instituir fonte adicional de custeio por meio de lei ordinária, desrespeitou o contido no art. 154, I da Constituição Federal, que determina a utilização de lei complementar para tanto.

(iv) Inadmissibilidade da Taxa SELIC

Desta forma, existindo legislação que trata do assunto (Código Tributário Nacional, art. 161, § 1º), requer-se a exclusão da taxa SELIC como índice de aplicação de juros, sendo aplicado, se for o caso, o índice de 1% ao mês, conforme diploma legal, sob pena de atribuir-se à SELIC, prerrogativas adversas à sua real finalidade.

fls. 299.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 299.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***Do Preceito fundamental à lavratura do Auto de Infração***

De plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*
 - a. Folha de Rosto do Auto de Infração;*
 - b. Instruções para o Contribuinte – IPC;*
 - c. REPLEG – Relatório de representantes Legais;*
 - d. VÍNCULOS – Relação de Vínculos;*
 - e. Mandado de Procedimento Fiscal - MPF;*
 - f. Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD;*
 - g. Relatório Fiscal da Infração.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que a autuação fiscal foi elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999, especialmente com a discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, dia e hora de sua lavratura.

Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, será lavrado auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, dia e hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§1º Recebido o auto-de-infração, o autuado terá o prazo de trinta dias, a contar da ciência, para efetuar o pagamento da

multa de ofício com redução de cinquenta por cento ou impugnar a autuação. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§2º Impugnada a autuação, o autuado, após a ciência da decisão de primeira instância, poderá efetuar o pagamento da multa de ofício com redução de vinte e cinco por cento, até a data limite para interposição de recurso. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§3º O recolhimento do valor da multa, com redução, implica renúncia ao direito de impugnar ou de recorrer. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

§4º Apresentada impugnação, o processo será submetido à autoridade competente, que decidirá sobre a autuação, cabendo recurso na forma da Subseção II da Seção II do Capítulo Único do Título I do Livro V deste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

Analisando-se o auto de infração e seus anexos, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. artigo 293, Decreto 3.048/1999.

(i) Da relevação da multa aplicada.

Alegações do Recorrente:

O Recorrente alega que atende a todos os requisitos previstos na legislação, pois, antes da conclusão da fiscalização, apresentou GFIP retificadoras, que deram origem aos Lançamentos de Débitos Confessados (LDC) 37.143.729-6 e 37.143.728-8, por outro lado é primária e a própria autoridade fiscal atesta que no auto de infração a contribuinte não incorreu em circunstâncias agravantes.

Sendo assim, merece reforma o acórdão nº 03-28.270 quanto às sanções pecuniárias decorrentes das remunerações pagas aos empregados e aos contribuintes individuais (pró labore), do período de 01/2003 à 12/2006, vez que não existe qualquer circunstância agravante no auto de infração recorrido, nos termos informados pelo autoridade fiscal autuante e pelo julgadores, restando preenchidos todos os requisitos para aplicação da relevância da multa exigida.

Analisemos.

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 02, com Anexos às fls. 08 a 80, o Auto de Infração nº. 37.118.659-5, Código de Fundamentação Legal – CFL 68, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado GFIP - Guia de

Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme o informado no Anexo do Relatório Fiscal da Infração, às fls. 08 a 80, nas competências 03/2000 a 13/2006:

- *Contribuição omitida sobre parte de pagamentos realizados a contribuintes segurados empregados, no período 13/2001 a 13/2006;*
- *Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a cooperativa de trabalho UNIMED, no período 03/2000 a 12/2006;*
- *Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a contribuintes individuais (pro-labore), no período 11/2000 a 05/2004;*
- *Contribuição omitida sobre pagamentos realizados a autônomos, no período 01/2000; 07/2005; 04/2006; 06/2006; 08/2006;*

Ainda o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 02, com Anexos às fls. 08 a 80, informa que:

“ (...) Foi solicitado ainda em intimação efetuada em 03/12/2007 que a empresa apresentasse relação de remuneração por trabalhador incluindo as rubricas que a empresa não incluía na base de cálculo, com prazo para apresentação até 05/12/2007. Vencido o prazo a empresa não apresentou as informações solicitadas, tendo sido autuada por deixar de prestar estas informações.

Por estes motivos deixou-se de identificar o valor da remuneração por empregado que deixou de ser informada em GFIP, quais sejam, a empresa já efetuou as informações no período de 01/2003 a 12/2006 e a empresa não apresentou a relação identificando a remuneração por empregados que deixou de ser informada no restante do período.

Os valores dos fatos geradores que deixaram de ser informados e o período a que se referem encontram-se em planilha anexa ao presente auto de infração. O valor das cooperativas corresponde ao valor dos serviços prestados pelos cooperados, identificado nas notas fiscais como " Ato cooperado principal" que corresponde, segundo declaração da UNIMED anexada. ao presente Auto de Infração, ao valor pago aos cooperados pelos serviços prestados.

Dessa forma verificou-se que a empresa apresentou GFIP com dados não correspondentes a totalidade dos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.”

O Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 03, informa que:

“A empresa corrigiu em parte a falta de informações, rerepresentando GFIP do período de 01/2003 a 12/2006, incluindo os décimos terceiros, complementando e corrigindo as informações relativas a remuneração dos empregados e dos contribuintes individuais (pro labore e autônomos) desse período.

Não corrigiu as informações sobre os pagamentos a cooperativas de trabalho e não corrigiu as demais informações anteriores a 01/2003.”

Outrossim, o Relatório Fiscal de Aplicação da Multa, às fls. 03, esclarece que:

(i) a Recorrente corrigiu integralmente em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, as informações relativas aos pagamentos efetuados a contribuintes individuais e às remunerações de seus empregados no período de 01/2003 a 12/2006;

(ii) a Recorrente não corrigiu em GFIP as informações relativas a empregados e contribuintes individuais no período anterior a 01/2003;

(iii) a Recorrente não corrigiu em GFIP as informações relativas a Cooperativa de Trabalho UNIMED;

A própria de decisão de primeira instância, às fls. 249, reconhece que a Recorrente apenas não corrigiu em GFIP as informações relativas a Cooperativa de Trabalho e as relacionadas a empregados e contribuintes individuais no período anterior a 01/2003:

“ No que pertine as GFIP acostadas à defesa, cumpre informar que as mesmas foram entregues antes do encerramento da ação fiscal que deu origem ao lançamento e, conforme notícia o relatório fiscal de fl.2 , as GFIP apresentadas no decorrer da ação fiscal foram analisadas pela fiscalização que constatou a correção integral da . falta quanto às informações relativas aos pagamentos efetuados aos contribuintes individuais e das remunerações de seus empregados no período de 01/2003 a 12/2006, informações já consideradas no lançamento. Contudo, não efetuou a correção quanto aos fatos geradores referentes às cooperativas de trabalho e demais informações anteriores a 01/2003.” (gn)

Neste ínterim, considerando-se que desde a lavratura do Auto-de-Infração a Recorrente já havia sido formulado o pedido e corrigido parte dos objetos da autuação, há que se relevar a multa nos aspectos em que a Auditoria-Fiscal considera ter sido integralmente corrigida, nos termos do art. 291, § 1º, Decreto 3.048/1999, na redação à época dos fatos:

Art. 291. Constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até o termo final do prazo para impugnação. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007) (Revogado pelo Decreto nº 6.727, de 2009)

§ 1º A multa será relevada se o infrator formular pedido e corrigir a falta, dentro do prazo de impugnação, ainda que não contestada a infração, desde que seja o infrator primário e não tenha ocorrido nenhuma circunstância agravante. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica à multa prevista no art. 286 e nos casos em que a multa decorrer de falta ou insuficiência de recolhimento tempestivo de contribuições ou outras importâncias devidas nos termos deste Regulamento.

§ 3º Da decisão que atenuar ou relevar multa cabe recurso de ofício, de acordo com o disposto no art. 366. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

Desta forma, **deve-se excluir do cálculo da multa no período 01/2003 a 12/2006**, conforme o Anexo ao Relatório Fiscal da Infração, às fls. 08 a 10, os valores referentes a:

- (a) REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS;
- (b) REMUNERAÇÃO PRO-LABORE;
- (c) REMUNERAÇÃO AUTÔNOMOS.

Portanto, no cálculo da Multa Aplicada, após a decisão de primeira instância e a relevação da Multa neste ponto decidida, restam apenas os valores referentes a:

- (a) **COOPERATIVAS – no período 12/2001 a 12/2006;**
- (b) **REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS – no período 13/2001 a 12/2002;**
- (c) **REMUNERAÇÃO PRO-LABORE – no período 12/2001 a 12/2002;**

(ii) Da decadência entre 11/2001 a 11/2002

Segue a argumentação da Recorrente.

No entanto, não merece o acórdão nº 03-28.270 neste aspecto, vez que a multa aplicada decorreu da falta de pagamento da contribuição social à carga da empresa incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviço de cooperativa médica, contribuição esta exigida através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 03-27.718, que deu origem ao Processo Administrativo Fiscal nº 10935.008186/2007-32.

Salienta-se que o PAF nº 10935.008186/2007-32, também foi apreciado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília, sendo que ao proferir o acórdão nº 03-27-718 aplicou-se a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN para a contagem da decadência da contribuições previdenciárias. Vejamos:

"Desse modo, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se nos termos do § 4º do art. 150 do CTN. (...)

No caso sob exame, considerando que constam recolhimento antecipados pela empresa incidentes sobre as folhas de pagamentos dos segurados a seu serviço, conforme RDA - Relatório de Documentos Apresentados, fls. 418/438, e que o crédito previdenciário foi consolidado em 10/12/2007, com ciência do contribuinte em 13/12/2007, a competência mais remota que poderia haver lançamento é 12/2002.

Desse modo, considerando o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contado do fato gerador, consoante estabelecido no § 4º do art. 150 do CTN, impõe-se à retificação do presente lançamento para excluir as competências 03/2000 à 11/2002."

Ou seja, no caso em apreço a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Brasília, declarou decaídas todas as contribuições previdenciárias exigidas na NFLD nº 37.118.660-9 (PAF nº 10935.008186/2007-32), entre o período de 03/2000 à 11/2002, nos termos do acórdão que nº 03-27.718 (doc. anexo). Todavia, no momento de julgar o auto de infração nº 37.118.659-5, discutido neste processo, que exige multa pecuniária pela não declaração e pelo não pagamento das contribuições exigidas na NFLD nº 37.118.660-9, declarou decaído apenas as multas com fatos geradores entre 01/2000 à 11/2001, em completo desrespeito a regra contida no art. 113, §§ 1º e 3º do CTN.

Analisemos.

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e

decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e**

municipal, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“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 do 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. (g.n.)”*

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa: ...I. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo

pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN..” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Portanto, deve-se identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o art. 173, I, do CTN ou seja o art. 150, § 4º, do CTN para se declarar os efeitos da decadência no lançamento.

A Recorrente traz aos autos, em Sede de Recurso Voluntário às fls. 285 a 296, cópia do Acórdão 03-27.718 – 6ª Turma da DRJ Brasília referente **ao processo 10935.008186/2007-32**, que apresenta, em resumo tais dados:

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário constituído 'por meio na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, DEBCAD nº 37.118.660-9; -abrangendo o período de 03/2000 a 12/2006, relativo às contribuições sociais a cargo da empresa incidentes sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços de cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho médico, no montante consolidado de R\$ 257.367,55 (Duzentos e cinquenta e sete mil, trezentos e sessenta e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

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

Autenticado digitalmente em (22/12/2011) por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

VOTO

(...)

No caso sob exame, considerando que constam recolhimentos antecipados pela empresa incidentes sobre as folhas-de-pagamento dos segurados a seu serviço, conforme RDA — Relatório de Documentos Apresentados, fls. 418/438, e que o crédito previdenciário foi consolidado em 10/12/2007, com a ciência do contribuinte em 13/12/2007, a competência mais remota para a qual poderia haver lançamento é 12/2002.

Desse modo, considerando o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contado do fato gerador, consoante estabelecido no § 4º do art. 150 do CTN, impõe-se à retificação do presente lançamento para excluir as competências 03/2000 a 11/2002.

Outrossim, a decisão de primeira instância do presente Acórdão 03-28.270 – 6ª Turma DRJ / Brasília, às fls. 246, mostra que o processo principal ao presente AI 37.118.659-5 é a NFLD 37.118.660-9 que foi julgada em primeira instância pelo referido Acórdão 03-27.718, colacionado às fls. 285 a 296:

“Mencione-se que as contribuições exigidas na NFLD referente à obrigação principal, DEBCAD n° 37.118.660-9, já foram submetidas a julgamento por esta 6ª Turma/DRJ/BSP, conforme Acórdão n° 03-27.718, de 31 de outubro de 2008, cuja conclusão foi pela procedência em parte do lançamento, em virtude do reconhecimento da decadência dos valores lançados nas competências 03/2000 a 11/2002 alcançadas pela decadência, nos termos da Súmula Vinculante n° 8, do Supremo Tribunal Federal.”

Neste ponto, verifica-se que em relação ao processo principal do presente AI 37.118.659-5, qual seja o processo 10935.008186/2007-32 com cópia do Acórdão 03-27.718 – 6ª Turma da DRJ Brasília, às fls. 285 a 296, a decisão de primeira instância considerou a presença de pagamentos antecipados a homologar devido ao Relatório RDA – Relatório de Documentos Apresentados, decidindo pela aplicação da decadência com base no art. 150, § 4º, CTN até a competência 11/2002, inclusive:

No caso sob exame, considerando que constam recolhimentos antecipados pela empresa incidentes sobre as folhas-de-pagamento dos segurados a seu serviço, conforme RDA — Relatório de Documentos Apresentados, fls. 418/438, e que o crédito previdenciário foi consolidado em 10/12/2007, com a ciência do contribuinte em 13/12/2007, a competência mais remota para a qual poderia haver lançamento é 12/2002.

Desse modo, considerando o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito tributário, contado do fato

gerador, consoante estabelecido no § 4º do art. 150 do CTN, impõe-se à retificação do presente lançamento para excluir as competências 03/2000 a 11/2002.

Portanto, **há que se seguir, nos termos do art. 32, § 11, Lei 8.212/1991, a mesma regra de decadência do processo principal 10935.008186/2007-32, na qual se aplicou a regra do art. 150, § 4º, CTN:**

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

§ 11. Em relação aos créditos tributários, os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa até que ocorra a prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Verifica-se, da análise dos autos, que **a cientificação da NFLD** pela Recorrente ocorreu **em 13.12.2007**, conforme fls. 01, e **o período objeto do Auto de Infração é 03/2000 a 12/2006**, portanto, **ocorreu a decadência até a competência 11/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.**

Do Mérito.

(iii) Da não exigência de contribuição previdenciária exigida de tomadores de serviços prestados por Cooperativa de Trabalho

Entretanto, conforme restará demonstrado a seguir, a contribuição previdenciária exigida na NFLD nº nº 37.118.660-9 é tributo novo, que não se identifica com nenhuma das hipóteses de incidência referida no art. 195, inciso I, Constituição da República e que deveria, no momento de sua instituição ter respeitado os ditames do art. 195, § 4º da CF, conseqüentemente, se a contribuição previdenciária 110 não é devida a multa dela decorrente também não é.

Assim sendo, a Lei 9.786/99 ao instituir fonte adicional de custeio por meio de lei ordinária, desrespeitou o contido no art. 154, I da Constituição Federal, que determina a utilização de lei complementar para tanto.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já

que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(iv) Inadmissibilidade da Taxa SELIC

Desta forma, existindo legislação que trata do assunto (Código Tributário Nacional, art. 161, § 1º), requer-se a exclusão da taxa SELIC como índice de aplicação de juros, sendo aplicado, se for o caso, o índice de 1% ao mês, conforme diploma legal, sob pena de atribuir-se à SELIC, prerrogativas adversas à sua real finalidade.

Analisemos.

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

CÁLCULO DA MULTA

Recálculo da multa com base no art. 32-A, II, Lei 8.212/1991, a partir da alteração da Lei 11.941/2009.

No que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art.32-A.O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I- de dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a vinte por cento, observado o disposto no §3º; e

II- de R\$ 20,00 (vinte reais)para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas

§1º-Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I do caput, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento

§2º Observado o disposto no § 3º, as multas serão reduzidas:

I- à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II- a setenta e cinco por cento, se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação

§3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I- R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária;

II- R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos”.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106. inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Art.106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso da presente autuação, Auto de Infração nº. 37.118.659-5, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, em **dar provimento parcial ao recurso**: (i) **EM SEDE PRELIMINAR**, excluir do Cálculo da Multa no período 01/2003 a 12/2006 os valores referentes a: (a) REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS; (b) REMUNERAÇÃO PRO-LABORE; (c) REMUNERAÇÃO AUTÔNOMOS; (ii) **EM SEDE PRELIMINAR**, para se reconhecer a decadência parcial até a competência 11/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN; (iii) **NO MÉRITO**, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro