



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

Processo nº 11040.720264/2012-75
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.550 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente RINALDO GUERRA CECERE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS -
CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova

RESPONSÁVEIS LEGAIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES

Os representais legais da empresa elencados pela auditoria fiscal no Relatório de Vínculos não integram o pólo passivo da lide, não lhes sendo atribuída qualquer responsabilidade pelo crédito lançado, seja solidária ou subsidiária. A relação tem como finalidade subsidiar a Procuradora da Fazenda Nacional na eventual necessidade de identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - INSCRIÇÃO NO INSS - OBRIGAÇÃO DO CONTRATANTE

O contratante dos segurados contribuintes individuais é obrigado a efetuar a inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS deste segurados, se ainda não inscritos

ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADA - AFASTADAS

As alegações de erros no lançamento devem ser demonstradas pelo sujeito passivo, ainda que por amostragem. Não se pode acolher o argumento de que há equívocos na base de cálculo, sem qualquer demonstração de sua ocorrência

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À
ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais da época, limitada a 75% (redação anterior do artigo 35, inciso II da Lei nº 8.212/1991).

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para recálculo da multa nos termos do artigo 35 da Lei nº 8.212/91 vigente à época dos fatos geradores, observado o limite de 75%.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Thiago Taborda Simões. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidente sobre valores pagos a contribuintes individuais, previstas no inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212/1991.

Segundo o relatório fiscal, os fatos geradores das contribuições lançadas ocorreram em razão da remuneração de serviço prestados por transportadores rodoviários autônomos, pró-labore e outros valores pagos a segurados contribuintes individuais.

Os valores foram apurados da análise das informações contidas nos Conhecimentos de Transporte emitidos pelo contribuinte e nos pagamentos efetuados aos transportadores rodoviários autônomos e demais contribuintes individuais identificados no Livro Caixa, não declarados em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

Com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que alterou as multas aplicadas tanto no caso de descumprimento de obrigações acessórias como principais, a auditoria fiscal, sob o argumento de apurar a situação mais benéfica ao sujeito passivo com base no disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, efetuou o cálculo da multa pela legislação anterior e pela legislação superveniente, a fim de verificar a melhor situação para o contribuinte.

Para tanto, efetuou a soma da multa pelo descumprimento da obrigação acessória de declarar os fatos geradores em GFIP, prevista no art. 32, inciso IV e §§ 3º e 5º, Lei nº 8.212/1991, com a multa de mora do art. 35 da Lei nº 8.212/91 e comparou o resultado com a multa de ofício prevista na Lei nº 9.430/1996, art. 44, inciso I, que passou a ser aplicada por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, incluído pelo art. 26 da Lei nº 11.941/2009.

Da análise da planilha comparativa, pode-se verificar que em período anterior à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, especificamente nas competências 01, 03 e 08/2008, foi aplicada a multa atual de 75% que resultou mais benéfica segundo o critério adotado pela auditoria fiscal.

Em razão da ausência de declaração dos fatos geradores em GFIP foi elaborada Representação Fiscal para Fins Penais que foi encaminhada ao Ministério Público Federal.

O autuado tomou ciência do lançamento em 27/03/2012 e apresentou defesa onde alega nulidade da autuação em face da imputação aos sócios e ao contador da impugnante da responsabilidade tributária, sem que estes fossem chamados a apresentar razões de defesa e em desconformidade com o art. 135, Inciso III, do Código Tributário Nacional.

Argumenta que, em diversos casos de contratação de trabalhadores autônomos para realização dos serviços de transporte, não era possível recolher os valores ao INSS, em razão de não possuírem o Número de Inscrição do Trabalhador – NIT, que é o

cadastro do cidadão no Regime Geral de Previdência social, identificação indispensável para o recolhimento do tributo.

Afirma que em diversos casos, os trabalhadores autônomos já haviam comprovado o recolhimento da contribuição para o período, o que significa que parte do lançamento já estaria extinto pelo pagamento.

Alega que seria visível a diferença entre a base de cálculo para aplicação da alíquota do INSS apresentada pelo fisco com a registrada nos livros fiscais da impugnante.

Entende que não há incidência de contribuição previdenciária e terceiros sobre valores pagos a título de um terço constitucional de férias, bem como de auxílio doença.

Considera a multa aplicada inconstitucional pela não observação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer a produção de prova técnica contábil, a fim de demonstrar que as bases de cálculo para a apuração do débito não levaram em conta o real faturamento da empresa.

Pelo Acórdão nº 10-40.527, a 7ª Turma da DRJ/Porto Alegre considerou a autuação procedente e manteve o lançamento na integralidade.

Inconformada, a autuada apresentou recurso tempestivo onde repete as alegações de defesa e considera que houve cerceamento de defesa em face do indeferimento de seu pedido de perícia.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente apresenta preliminar de nulidade que teria se dado em razão do cerceamento de defesa decorrente do indeferimento do pedido de perícia formulado.

Cumprido afastar a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

Art.18 - A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade dela.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que se considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Portanto, rejeito a preliminar apresentada.

A recorrente argumenta que não poderia ter sido atribuída responsabilidade aos responsáveis legais e contador pela não verificação da situação prevista no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN.

Os responsáveis legais e o contador constam do Relatório de Vínculos e tal relatório apenas elenca os responsáveis legais pela empresa sem, contudo, atribuir-lhe qualquer responsabilidade, seja solidária ou subsidiária.

O Relatório de Vínculos contém os responsáveis pela gerência da sociedade e os períodos correspondentes, dados obtidos do contrato social e alterações.

Este relatório serve para subsidiar a Procuradora da Fazenda Nacional – PFN na necessidade de identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis, conforme determina o Código Tributário Nacional art. 135, Inciso I e permitir que se cumpra o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980 que estabelece o seguinte:

Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

.....

§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros (g.n.);

Portanto, não há razão no inconformismo da recorrente.

A alegação da recorrente de que não efetuou o recolhimento das contribuições incidentes sobre os valores pagos aos contribuintes individuais em razão deles não possuírem o Número de Inscrição do Trabalhador – NIT não se sustenta.

Tal argumento não pode ser aceito para justificar a ausência de recolhimento, até porque a própria lei obriga o contratante a proceder ao cadastramento dos segurados caso ainda não cadastrado no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, conforme dispõe o § 2º do art. 4º da Lei nº 10.666/2003:

Art.4º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 20 (vinte) do mês seguinte ao da competência, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia. (Redação dada pela Lei nº 11.933, de 2009). (Produção de efeitos).

.....

§ 2º A cooperativa de trabalho e a pessoa jurídica são obrigadas a efetuar a inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS dos seus cooperados e contratados, respectivamente, como contribuintes individuais, se ainda não inscritos.

De igual forma, é necessário afastar a alegação de que parte do lançamento já estaria extinta pelo pagamento em face de alguns contribuintes individuais terem efetuado recolhimentos.

Cumpra esclarecer que a contribuição objeto do presente lançamento é a contribuição patronal, de responsabilidade do contratante e a contribuição eventualmente recolhida pelos contribuintes individuais refere-se à contribuição do segurado que não se confunde com a primeira, portanto, não há que se falar em extinção do crédito pelo pagamento neste caso.

Quanto às diferenças de base de cálculo que a recorrente alegou existir, verifica-se que se trata de alegação sem qualquer comprovação, ainda que por amostragem.

A recorrente deve demonstrar a veracidade de suas alegações o que não ocorreu em nenhum momento.

Logo, esta alegação deve ser afastada.

A recorrente alega que não incidiria contribuição previdenciária sobre valores correspondentes ao terço constitucional de férias e auxílio doença.

Vale destacar que as verbas citadas não são objeto do presente lançamento que trata da contribuições incidentes sobre valores pagos a contribuintes individuais.

Quanto à multa aplicada, a recorrente alega que esta seria inconstitucional pela não observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

As multas aplicadas pela auditoria fiscal tiveram por base a legislação, conforme explicitado no Relatório Fiscal.

No entanto, considero que o procedimento utilizado pela auditoria fiscal ao considerar multas de naturezas diversas (de mora, por descumprimento de obrigação acessória e de ofício) não encontra respaldo no arcabouço jurídico existente.

Até a competência 11/2008, vigia a o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação abaixo:

Lei nº 8.212/1991:

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, **incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (...)*

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

*c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que **antecedido de defesa**, sendo ambos tempestivos, até quinze dias*

da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

Como se vê da leitura do dispositivo, a multa prevista tinha natureza moratória e era devida inclusive no caso no recolhimento espontâneo por parte do contribuinte.

Além da multa de mora, a Lei nº 8.212/1991 previa a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias, dentre as quais a omissão de fatos geradores em GFIP.

A Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, além de alterar a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, revogou todos os seus incisos e parágrafos e incluiu na mesma lei o art. 35-A, *in verbis*:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os dispositivos da Lei 9.430/1996, por sua vez dispõe o seguinte:

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:

(...)

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.

A Lei nº 9.430/1996 traz disposições a respeito do lançamento de tributos e contribuições cuja arrecadação era da então Secretaria da Receita Federal, atualmente Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Já o lançamento das contribuições objeto desta autuação obedeciam as disposições de lei específica, no caso, a Lei nº 8.212/1991.

Depreende-se das alterações trazidas pela MP 449/2008, a instituição da multa de ofício, situação inexistente anteriormente.

A auditoria fiscal ao fazer as comparações entre multa de mora mais multa por descumprimento de obrigação acessória e multa de ofício de 75% busca amparo no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN que trata das possibilidades de retroação da lei. Tal artigo dispõe os seguinte:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

O dispositivo em questão não se aplica ao caso, uma vez que a multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 tem natureza diversa da multa de ofício prevista na legislação atual.

Assim, deve-se cumprir o que dispõe o artigo 144 do CTN, segundo o qual o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Portanto, não há que se falar em aplicação de multa de ofício para fatos geradores ocorridos em períodos anteriores à edição da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009. Aplica-se, sim, o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991 na redação anterior às alterações trazidas pela citada Medida Provisória.

Há que se ressaltar que a multa de mora, no decorrer do contencioso administrativo era escalonada podendo chegar a 100%, no caso de execução fiscal.

Assim, em obediência ao princípio da razoabilidade, a multa deve ser aplicada observando-se o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, porém, não deve ultrapassar o percentual de 75% que correspondente à multa de ofício prevista na legislação atual.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para que, até a competência 11/2008, seja aplicada a multa de mora prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores, limitada a 75%.

É como voto.

Ana Maria Bandeira