



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

Processo nº 11330.000231/2007-82
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.630 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de julho de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente BITTENCOURT EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/2002

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

CONTRIBUIÇÃO DECLARADA EM GFIP

Toda empresa está obrigada a recolher a contribuição devida, incidente sobre a totalidade da remuneração paga aos segurados a seu serviço

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA

Há de se aplicar o artigo 35 caput da Lei 8.212/91, com a redação da Lei nº 11.941/09 se essa for mais benéfica ao contribuinte, em homenagem ao artigo 106 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 11/2001, anteriores a 12/2001, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do I, Art. 173 do CTN para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização; b) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, a fim de excluir do lançamento as contribuições relativas a competência 03/2002, conforme parecer da fiscalização, nos termos do voto da Relatora; d) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator: Manoel Coelho Arruda Júnior.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relator.

Manoel Coelho Arruda Júnior - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Conforme relatório fiscal (fl. 72), as contribuições foram apuradas com base nos valores declarados em GFIP, com apropriação dos valores recolhidos constantes do conta corrente da Dataprev.

A autoridade lançadora informa que se procurou justificar as divergências apuradas entre os valores declarados em GFIP e os recolhidos, principalmente, com os reflexos de ações judiciais, 6 VFRJ 96.0073563-8 e 97-0019323-3, onde teriam sido depositados os valores contestados judicialmente mas que já teriam sido liberados para o INSS.

Esclarece que tais depósitos judiciais e seus respectivos valores não foram comprovados, o que deve ocorrer em sede de defesa, e que remanescem, ainda, diferenças decorrentes de equivocada aplicação de alíquota inferior à correta.

O contribuinte apresentou defesa e, de sua análise, o processo foi por duas vezes convertido em diligência, conforme despachos de fls. 158 e 237, resultando nas Informações Fiscais de fls. 159 e 224, por meio das quais a autoridade lançadora ratifica o débito.

Cientificada das IFs, o contribuinte não se manifestou e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 12-16487, da 13ª Turma da DRJ/RJOI (fls. 231), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 239), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, alega que nem o Auditor Fiscal, e nem os julgadores da 13ª Turma da DRJ/RJ, tiveram o cuidado, a paciência ou o senso de Justiça necessários para apurar a veracidade das guias de depósito judicial de fls. 162/220, partindo para solução do menor esforço, que conduz a ilegalidade da cobrança, qual seja, concluir pela procedência do ato administrativo.

Ressalta que jamais recebeu os termos da diligência de fls. 227/228, cuja precariedade não pode resultar em preclusão do direito da empresa demonstrar a evidente conexão dos depósitos de fls. 162/220, com o fato gerador da contribuição previdenciária incidentes sobre "pro-labore" dos administradores e pagamento de serviços de terceiros, ainda que por aplicação do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, inciso LV da C.F.).

Esclarece que, além dos valores referentes ao recolhimento de contribuições incidentes sobre "pro-labore" dos administradores e pagamento de serviços de terceiros, cujo

montante engloba mais 80% do total da autuação, os demais valores não decorrem da falta de pagamento de contribuições, mas sim de eventuais diferenças decorrentes de simples erros no preenchimento das GFIPS em relação as GPS, ou seja, de simples erro material.

Informa que foi proferida sentença de mérito favorável ao INSS no processo n.º 97.0019323-3 (ação ordinária), reconhecendo a constitucionalidade do artigo 1.º, inciso I, da Lei Complementar n.º 84/96, bem como no processo cautelar n.º 96.0073563-8, onde foram efetuados os depósitos de fls. 162/220, tendo sido proferida sentença declarando a extinção do processo e determinando que "revertam-se os depósitos consignados em renda da entidade tributante"

Qualifica a autuação da recorrente no que se refere à contribuição previdenciária incidente sobre o pro-labore e pagamento de serviços de terceiros como um verdadeiro absurdo jurídico, uma vez que todos os valores demandados pelo fiscal autuante encontram-se espelhados nas guias de depósito de fls. 162/220, e já foram recebidos pelo INSS, através de sua Procuradoria, fato que poderia ter sido facilmente constatado pela autarquia mediante simples consulta ao Serviço da Dívida Ativa do Contencioso Fiscal.

Em relação às demais diferenças apuradas, reconhece que apresentou à fiscalização cópias das GPS do período, as quais demonstraram claramente os erros materiais existentes na GFIP, mas que não se justifica, agora, desconsiderar este fato e punir o contribuinte por algo que a autoridade fiscalizadora sabe ser perfeita e inteiramente verdadeiro.

Junta, às fls. 247 a 1.024, farta documentação que, segundo entende, comprova suas alegações.

Por meio da Resolução 2301-000.161, de 27/10/2011, esta Turma decidiu converter o julgamento em diligência, tendo em vista as alegações da recorrente, acompanhadas de extensa documentação que, segundo afirma, demonstram a conversão do depósito em renda nas ações judiciais e as retificações nas GFIPs

Em cumprimento à diligência, a fiscalização analisou os documentos apresentados pela notificada em sede recursal, e se manifestou pela retificação do débito, nos termos da Informação Fiscal de fls. 1.123, entendendo serem procedentes, em parte, as alegações da recorrente, e emitindo um novo DAD, concluindo que os documentos apresentados têm efeito somente para as competências 01 a 12/1999, 01 a 13/2000 e 01/2001, e 06/2001, 09/2001 e 03/2002, todas relativas ao CNPJ 0001, diminuindo-as na forma do DAD simulado, mantendo-se as demais inalteradas (CNPJ 0001 e 0003).

Cientificada do resultado da diligência fiscal, a recorrente não se manifestou.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente, impõe suscitar questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pela contribuinte no recurso tempestivo, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício

Verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 “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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, 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

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após

o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

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.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, 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, as autoridades administrativas devem se adequar 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"

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso presente, a fiscalização deixa claro que se trata de diferença de contribuição incidente sobre pagamentos feitos a segurados a serviço da empresa, apurada por meio do batimento entre os valores recolhidos pela empresa e os declarados em GFIP.

A cientificação da NFLD ao sujeito passivo se deu 28/12/2006.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências compreendidas entre 01/1999 a 11/2001, inclusive.

Dessa forma, reconheço a decadência de parte do débito.

Preliminarmente, a recorrente alega que não teve ciência dos termos da diligência de fls. 227/228.

Todavia, o documento de fls 230, do SEDEX, demonstra que os documentos que lhe foram enviados foram recebidos em 17/07/2007.

Assim, a recorrente não demonstrou o alegado, razão pela qual rejeito a alegação de não recebimento do resultado da diligência fiscal..

Dessa forma, passo à análise do mérito, registrando o que se segue.

Da análise dos autos, verifica-se que a fiscalização levantou o débito com base nas diferenças apuradas no batimento GFIP x GPS.

A recorrente insurge-se contra o valor lançado, argumentando que grande parte do débito se refere a depósitos judiciais realizados pela recorrente e que já foi convertido em renda para o INSS, e a parte remanescente decorre de erros materiais nas GFIPs.

A autoridade julgadora de primeira instância afastou os argumentos da recorrente alegando que, embora instada a apresentar as guias de recolhimento, as provas de sua conversão em renda, as iniciais e decisões pertinentes e planilha com a vinculação e origem dos valores, com discriminação das parcelas, a mesma manteve-se silente, como também deixou de apresentar as GFIPs retificadoras, acompanhadas dos comprovantes contábeis..

Porém, após a decisão de primeira instância, a recorrente apresentou vasta documentação, incluindo cópias de GFIPs retificadoras.

Em diligência determinada por este CARF, a fiscalização concluiu pela retificação parcial do débito, e pela manutenção dos valores lançados para a filial /0003-64.

Considerando que os valores lançados até 11/2001 foram alcançados pela decadência, constata-se, do DSE, que só restaram, no débito, as competências 01, 02 e 03/2002, sendo que as duas primeiras se referem apenas à filial 0003-64.

Como, segundo o parecer retificador da fiscalização, a competência 03/2002 deve ser excluída do débito, conforme novo DAD, e como a recorrente não apresentou nenhuma GFIP retificadora relativa à filial 0003-64, entendo que devam ser mantidos, no débito, apenas os valores lançados nas competências 01 e 02/2002.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO por CONHECER DO RECURSO, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, excluindo do débito, por decadência, os valores lançados até a competência 11/2001, inclusive, e por improcedência, o valor lançado na competência 03/2002.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Não obstante os argumentos apresentados pela i. Conselheira Relatora, peço vênica para divergir quanto à aplicação da multa..

Em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

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.

Por sua vez, o art. 61 da Lei nº 9.430/96 reza:

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.

(...)

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

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de 100%, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Processo nº 11330.000231/2007-82
Acórdão n.º **2301-003.630**

S2-C3T1
Fl. 203

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

É como voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior