



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

Processo nº 11330.001026/2007-34
Recurso nº 255.422 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **2402.001.495 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria Auto de Infração
Recorrentes WARTSILA BRASIL LTDA
FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/06/2003

Ementa: RECURSO DE OFÍCIO – VALOR CRÉDITO INFERIOR À ALÇADA – NÃO CONHECIMENTO

Não se conhece recurso de ofício, cujo crédito envolvido tenha valor inferior à alçada prevista por ato do Ministro da Fazenda vigente à época do julgamento de segunda instância

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

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/06/2003

Ementa: DECADÊNCIA – ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE – STF – SÚMULA VINCULANTE – OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – ART 173, I, CTN

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.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/06/2003

Ementa: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DESCUMPRIMENTO – INFRAÇÃO

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR - MULTA MAIS FAVORÁVEL – APLICAÇÃO

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso de ofício e em dar provimento parcial ao recurso voluntário: a) Por unanimidade de votos, para reconhecimento da decadência de parte do período lançado, nos termos do artigo 173, I do CTN; e b) Por maioria de votos, para redução da multa aplicada, nos termos do artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, vencido o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes que votou pela aplicação do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91. Acompanhou o julgamento o advogado da Recorrente WARTSILA BRASIL LTDA o Dr. Leonardo Conte Azevedo de Souza OAB/DF 31195.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (Presidente), Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Igor Soares.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, no art. 32, inciso IV e § 5º, acrescentados pela Lei nº 9.528/1997 c/c o art. 225, inciso IV e § 4º do Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme demonstrativos anexados.

A autuada apresentou defesa (fls. 72/87) onde alega que se determinado valor não era devido, ou ainda, foi recolhido, também não deve ser objeto de lançamento de multa, uma vez que a legislação estabeleceria, como base para a multa, o valor que deixou de ser recolhido pela empresa.

Entende que a fiscalização não considerou recolhimentos realizados e exigiu inclusão em GFIP de valores indevidos para a competência.

Afirma que a auditoria fiscal considerou como contribuição não declarada valores como adiantamento de 13º salário que só integraria a base de cálculo quando do pagamento ou crédito da última parcela.

Quanto às parcelas referentes ao pró-labore (gratificação e ajuda de custo) pode ser comprovado que sobre tais valores foi recolhida a contribuição devida de 20%, não havendo razão para aplicação da multa relativamente a tais valores. Além do mais, a auditoria fiscal teria feito incidir, para efeito do cálculo da multa, contribuição para o SAT, a qual só é devida sobre os pagamentos efetuados a empregados e trabalhadores avulsos.

No que tange aos autônomos relacionados pela fiscalização, afirma que os mesmos foram informados na GFIP e sobre suas remunerações incidiram as contribuições previdenciárias. De igual forma, alega que a fiscalização fez incidir, no cálculo da multa, contribuição para o SAT.

Teria sido considerado como autônomo não informado, os valores pagos a uma pessoa jurídica, pela locação de um guindaste.

Questiona a aplicação de percentual de RAT de 3%, quando o correto seria 2%. Afirma que o reenquadramento na alíquota foi objeto de constituição de crédito na NFLD nº 37.085.930-8, em cujos autos informa ter trazido à colação parecer emitido por empresa especializada em segurança do trabalho que comprova o correto enquadramento efetuado pela mesma, no caso, risco médio.

Aduz que deve ser afastada a imposição de multa por conta da não informação em GFIP de valores referentes à competência 13 (13º salário) dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, uma vez que nesses anos, a entrega de GFIP na competência 13 não era obrigatória. Tal obrigação só teria surgido em 2005, nos termos do art. 2º da IN MPS/SRP nº 9/2005. Considera, portanto, que antes de 2005, a entrega da GFIP para a competência 13 era facultativa.

Solicita realização de perícia contábil para verificar a irregularidade da autuação e cita os arts. 16 e 18 do Decreto nº 70.235/1972.

Pelo Acórdão nº 12-17.634 (fls. 219/231), o lançamento foi considerado procedente em parte.

No julgamento de primeira instância foi reconhecido que a multa deveria ser retificada e deu razão à autuada no que concerne à multa relativa ao adiantamento de 13º salário, valores pagos a título de pro-labore, os quais restou demonstrado que haviam sido informados na GFIP.

Também foram excluídos da multa as contribuições referentes ao pagamento efetuado ao autônomo Michael B. L. de Souza na competência 08/2001, os valores pagos à empresa MG Saraiva de Moraes indevidamente identificada como contribuinte individual, como também foram excluídos do cálculo da multa os valores correspondentes à aplicação da alíquota do RAT sobre a remunerações de autônomos, eis que indevidos.

Quanto ao enquadramento do RAT, foi informado que a NFLD correlata nº 37.085.930-8, já foi julgada em primeira instância administrativa, mediante o Acórdão nº 12-17.426, de 10/12/2007 que manteve o enquadramento realizado pela auditoria fiscal.

No que tange aos valores relativos aos 13º salários dos exercícios de 2000, 2001 e 2002, embora sua declaração fosse obrigatória no campo “Contribuição Devida à OS”, a primeira instância entendeu por excluir tais valores, uma vez que à época, anterior ao Decreto nº 4.729/2003, tal omissão era considerada erro de campo, cuja multa era tipificada em outro dispositivo.

Da decisão acima, foi efetuado recurso de ofício.

A autuada, devidamente intimada, apresentou recurso tempestivo (fls. 240/255) onde irressigna-se pelo indeferimento do pedido de perícia. Segundo a mesma, diante de tantas constatações, a recorrente entendeu demonstrada a necessidade de revisão analítica de todos os lançamentos do presente auto de infração.

Considera que deve ser declarada a decadência dos créditos referentes às contribuições previdenciárias anteriores a 29/06/2002, pela aplicação da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

No mais efetua repetição das alegações de defesa.

Os autos foram encaminhados à 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF que, pela Resolução nº 2402-00.008 (fls. 260/263) solicitou diligência para que fosse informado o destino das notificações correlatas.

Em resposta, a DRF – Rio de Janeiro (RJ) informou que as notificações que deram origem ao presente lançamento são as de números DEBCAD 37.085.930-8 (empresa) e DEBCAD 37.085.926-0, sendo que a primeira se encontraria no CARF e a segunda no Arquivo Geral por ter sido baixada por DN.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira,

Trata-se de recurso de ofício contra decisão que considerou improcedente o lançamento objeto do presente auto de infração, lavrado pelo descumprimento de obrigação acessória.

O processamento de recurso de ofício está condicionado ao requisito consubstanciado no fato do valor exonerado ser superior à alçada prevista em ato do Ministro da Fazenda.

In casu, embora à época do julgamento de primeira instância, o valor do crédito exonerado fosse superior ao limite de alçada estabelecido pelo Ministério da Fazenda, atualmente, o limite estabelecido é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O novo limite foi estabelecido pela Portaria MF nº 03, de 3 de janeiro de 2008, publicada em 7 de janeiro de 2008, conforme se verifica do trecho abaixo transcrito:

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Como a determinação acima tem entre seus objetivos dar celeridade ao contencioso administrativo fiscal, bem como desonerar a segunda instância de julgamentos da análise de recurso, cujo crédito envolvido seja inferior ao valor estabelecido, não cabe processar recurso de ofício apresentado, cujo valor seja inferior ao valor de alçada estabelecido.

Assim, manifesto-me por não conhecer do recurso de ofício.

Quanto ao recurso voluntário o mesmo é tempestivo e deve ser conhecido.

A recorrente apresenta preliminar de decadência que deve ser acolhida.

A decadência deve ser verificada considerando-se a Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

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”

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, 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.* (g.n.)

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art 45 da Lei nº 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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."*

Quanto ao lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"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.*

.....

§ 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."*

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, 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, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

Assevere-se que a questão foi objeto de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAT Nº 856/ 2008 aprovada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 01/09/2008, nos seguintes termos:

“Aprovo. Frise-se a conclusão da presente Nota de que o prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.”

Nesse sentido, entendo que o direito de aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação acessória encontra-se decaído até a competência **11/2001**, inclusive, uma vez que a ciência do sujeito passivo ocorreu em **29/06/2007**.

Assim, a multa aplicada até a competência citada deverá ser excluída da presente autuação.

A recorrente se irresigna pelo indeferimento do pedido de perícia.

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 da mesma.

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 afirma que a multa aplicada equivalente a cem por cento do valor que deixou de ser recolhido e que o presente lançamento incorre em grave equívoco ao elencar em seu rol de infrações valores que foram efetivamente recolhidos.

Percebe-se que quem incorre em equívoco é a recorrente. A multa aplicada à época do lançamento correspondia a 100% do valor devido, independente de ter havido ou não recolhimento, uma vez que a obrigação acessória não se confunde com a obrigação principal.

Portanto, não se considera vícios no lançamento o fato de a recorrente haver recolhido parte das contribuições cujos fatos geradores não foram declarados em sua integralidade na GFIP.

A exclusão da multa dos valores relativos ao 13º Salário dos anos de 2000, 2001 e 2002 na decisão de primeira instância não significou que a empresa não estava obrigada a informar tais valores, mas tão somente que à época, anterior ao Decreto nº 4.729/2003, tal omissão era considerada erro de campo, cuja multa era tipificada em outro dispositivo.

De igual forma não procede a alegação de que teriam sido incluídos indevidamente autônomos que já haviam sido declarados em GFIP, bem como pessoa jurídica.

Conforme explicado na decisão recorrida os valores que se demonstrou indevidos foram devidamente excluídos da autuação.

Quanto ao inconformismo pelo reenquadramento da alíquota RAT de 2% para 3%, cumpre dizer que as contribuições decorrentes das omissões em GFIP foram objeto de notificação, a qual é objeto do processo nº 11330.001034/2007-81, recurso 151537.

O recurso acima citado é de ofício tendo em vista a primeira instância haver considerado o lançamento procedente em parte.

Embora tenha sido intimada a apresentar recurso da decisão que manteve a notificação em parte, a recorrente não o fez, tendo ocorrido o trânsito em julgado administrativo com a emissão do Acórdão nº 2401-01.487 que negou provimento ao recurso de ofício.

No entanto, todo o inconformismo da recorrente pela multa aplicada pode perder a relevância ante a superveniência da MP 449/2008 convertida na Lei nº 11.941/2009.

A Lei nº 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, 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 R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes 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 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§1º-Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II 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”.

Entretanto, a Lei nº 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“Art. 35-A - Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996”.

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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 “

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.

Assim, é necessário recalcular o valor da multa, de acordo com o disciplinado no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/1996, deduzindo-se os valores levantados a título de multa nas NFLD correlatas e verificar qual situação é mais favorável ao sujeito passivo

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

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

Voto no sentido de NÃO CONHECER DO RECURSO DE OFÍCIO, CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2001, inclusive, e para que o valor da multa seja recalculado, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, deduzidos os valores levantados a título de multa nas NFLD correlatas, se for o caso.

É como voto.

Ana Maria Bandeira - Relatora