



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

Processo n° 11634.001034/2009-28
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-002.142 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2012
Matéria Seguro Acidente do Trabalho
Recorrente MUNICÍPIO DE JACAREZINHO - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2007 a 31/10/2009

Ementa:

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Em virtude do disposto no art. 17 do Decreto n.º 70.235 de 1972 somente será conhecida a matéria expressamente impugnada.

MULTA MORATÓRIA

A aplicação do artigo 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e se mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, mais precisamente o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96. Este posicionamento é válido para as competências até 11/12/2008. A partir da competência 12/2008, há que ser aplicado o artigo 35-A, da Lei n.º 8.212/91, na redação dada pela MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941, multa de ofício. Não recolhendo na época própria o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente Substituta

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Junior, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Adriana Sato.

CÓPIA

Relatório

Trata o presente Auto de Infração de Obrigação Principal lavrado em 04/12/2009 e cientificado ao sujeito passivo em 08/12/2009, da diferença de 1% da alíquota relativa às contribuições destinadas ao financiamento dos riscos ambientais do trabalho, nas competências de 06/2007 a 10/2001, apuradas ao efetuar o cruzamento dos salários de contribuição declarados pela autuada nas GFIP's e os valores recolhidos.

O relatório fiscal de fls. 18/21, diz que com a edição do Decreto nº 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, que em seu artigo 2º alterou o anexo V do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, o grau de risco para Órgãos da Administração Pública em Geral passou a ser 2% a partir da competência 06/2007, enquanto a autuada permaneceu recolhendo a alíquota de 1%, no período antes citado.

Após a impugnação, Acórdão de fls.105/107, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, alegando em síntese:

- a) que de 12/2006 a 12/2011, recolheu contribuição patronal sobre 1/3 de férias constitucionais, o que sabidamente não integra o salário de contribuição, apurando um valor recolhido a maior de R\$ 248.356,36;
- b) que tem direito à restituição de tal valor, que seu direito não está decadente;
- c) que mesmo reconhecendo a existência de valores não recolhidos é de se ver que pagou valores indevidamente.

Requer o reconhecimento do recolhimento irregular para que seja compensado com a dívida da irregularidade da alíquota do SAT.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Liege Lacroix Thomasi, Relatora

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade, frente a tempestividade, devendo ser conhecido.

Como se vê da análise da peça recursal, a recorrente admite a procedência do débito lançado, relativamente à diferença de 1% da alíquota de SAT a partir da competência 06/2007.

Em virtude do disposto no art. 17 do Decreto n° 70.235 de 1972 somente será conhecida a matéria expressamente impugnada, com exceção das matérias que podem ser conhecidas independentemente de impugnação, como a decadência. Por este motivo, não é necessário tecer considerações outras sobre o lançamento.

Com referência aos demais aspectos trazidos no recurso, verifiquei que os mesmos inovaram no processo administrativo porque a matéria relativa a recolhimento supostamente indevido e pedido de restituição não foram alegadas pela autuada quando da impugnação em sede de defesa administrativa.

O Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972, estipula em seu artigo. 16, inciso III, que a impugnação deve mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a defesa, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir e por isso, em seqüência, o já referido artigo 17, do mesmo diploma legal traz que a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante será considerada legalmente como não impugnada.

Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei n° 8.748, de 1993)

(...)

§4° A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei n° 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei n° 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei n° 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei n° 9.532, de 1997)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

Assim, a matéria que não foi expressamente impugnada na primeira instância administrativa, quando da apresentação de defesa será considerada como verdadeira, precluindo o ensejo de impugnação posterior, ou seja, não cabe alegação em grau de recurso.

Ainda, é de se ver que o recurso voluntário oferecido pela autuada tem como objetivo manifestar a inconformidade do contribuinte, no caso, com a decisão proferida em primeira instância que lhe tenha sido desfavorável, almejando reformá-la. Portanto, recurso pressupõe a existência de uma decisão precedente, exarada por um julgador *a quo*. Ao não existir decisão que tenha se pronunciado quanto aos aspectos trazidos pelo autuado, não há como ele manifestar inconformidade e o Colegiado se pronunciar.

A recorrente na sua peça de defesa mostra inconformidade com a aplicação da multa de ofício e diz que há divergência entre os valores apurados pelo Fisco, no exame das GFIP's, e aqueles que entende como corretos. A decisão recorrida, manifestou-se sobre tais tópicos e negou provimento ao recurso.

Todavia, em sede recursal a recorrente inova buscando o reconhecimento do direito à restituição, tese que não será apreciada por estar preclusa a oportunidade da arguição, conforme já explicitado em parágrafos anteriores.

Por derradeiro, é de se notar que no caso em tela, o fisco ao promover a aplicação da multa, efetuou uma comparação entre a multa de 24%, prevista no artigo 35, inciso II, acrescida da multa pelo descumprimento de obrigação acessória e pela multa imposta pela legislação vigente quando do lançamento, multa de ofício de 75%, prevista no artigo 44, da lei n.º 9.430/96, a fim de apurar o percentual mais benéfico ao contribuinte, que do resultado se mostrou a multa de ofício, sendo então aplicada.

Contudo, meu entendimento é que à luz da legislação vigente, as multas devem ser aplicadas de forma isolada, conforme o caso, por descumprimento de obrigação principal ou de obrigação acessória, da forma mais benéfica ao contribuinte, de acordo com o disposto no artigo 106, do Código Tributário Nacional.

Embora, em algumas vezes, a obrigação acessória descumprida esteja diretamente ligada à obrigação principal, isto não significa que sejam únicas para aplicação de multa conjunta. Pelo contrário, uma subsiste sem a outra e mesmo não havendo crédito a ser lançado, é obrigatória a lavratura de auto de infração se houve o descumprimento de obrigação acessória. As condutas são tipificadas em lei, com penalidades específicas e aplicação isolada.

O art. 44 da Lei n.º 9.430/96, traz que a multa de ofício de 75% incidirá sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Portanto, está claro que as três condutas não precisam ocorrer simultaneamente para ser aplicada a multa:

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 n° 11.488, de 2007)

(...)

Quando o contribuinte tiver recolhido os valores devidos antes da ação fiscal, não será aplicada a multa de 75% prevista no art. 44 da Lei n° 9.430; porém, se apesar do pagamento não tiver declarado em GFIP, é possível a aplicação da multa isolada do art. 32-A da Lei n° 8.212, justamente por se tratar de condutas distintas.

Se o contribuinte tiver declarado em GFIP não se aplica a multa do art. 44 da Lei n° 9.430, sendo aplicável somente a multa moratória do art. 61 da Lei n° 9430, pois os débitos já estão confessados e devidamente constituídos, sendo prescindível o lançamento.

A multa do art. 44 da Lei n° 9.430 somente se aplica nos lançamentos de ofício. Desse modo, se o contribuinte tiver declarado em GFIP, mas não tiver pago, o art. 44 da Lei 9.430 não é aplicado pelo motivo de o contribuinte não ter recolhido, mas ter declarado. Neste caso, não se aplica o art. 44 em função de não haver lançamento de ofício, pois o crédito já está constituído pelo termo de confissão que é a GFIP. E nas hipóteses em que o contribuinte não tiver recolhido e não tiver declarado em GFIP, há duas condutas distintas: por não recolher o tributo e ser realizado o lançamento de ofício, aplica-se a multa de 75%; e por não ter declarado em GFIP a multa prevista no art. 32-A da Lei n° 8.212. Conforme já foi dito, a multa será aplicada ainda que o contribuinte tenha pago as contribuições, conforme previsto no inciso I do art. 32 A.

É de fácil constatação, que as condutas de não recolher ou pagar o tributo e não declarar em GFIP não estão tipificadas no mesmo artigo de lei, no caso o art. 44 da Lei n° 9.430/96. A lei ao tipificar essas infrações, inclusive em dispositivos distintos, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e tampouco são excludentes.

Portanto, no exame do caso em questão é de se ver que a aplicação do artigo 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, até a competência 12/2008, traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e mostra-se mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei n.º 11.941/2008, mais precisamente o artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei n.º 9430/96, já transcrito anteriormente.

Pelo exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso para que seja aplicada a multa do artigo 35, da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores até a competência 11/2008 e a multa do artigo 35 A da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2008, para as competências a partir de 12/2008, inclusive.

Liege Lacroix Thomasi, Relatora -

Processo nº 11634.001034/2009-28
Acórdão n.º **2302-002.142**

S2-C3T2
Fl. 121

CÓPIA