



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

Processo nº 12267.000422/2008-07
Recurso nº 159.354 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.219 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2012.
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente VECTOR CONTROL SAÚDE PÚBLICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/05/2005

Ementa:

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicada a regra quinquenal da decadência do Código Tributário Nacional.

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, conforme possibilita o § 3º, Art. 33, da Lei 8.212/1991.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas Preliminares por voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência das competências até 11/1999, inclusive e 13/1999, com base no art. 173 do CTN. Votaram pelas conclusões os

conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Maria Anselma Coscrato dos Santos. Vencidos os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Cid Marconi Gurgel de Souza e Marcelo Magalhães Peixoto. No mérito por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que seja recalculada a multa de mora de acordo com a redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari

Relator/Presidente

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária Rio de Janeiro Centro, Decisão-Notificação n.º 17.401.4/0233/2006, que julgou procedente em parte o lançamento.

Foi acatado a alegação de existência de funcionários de outra empresa funcionando no mesmo endereço da empresa notificada, pelo que alterou o critério de aferição indireta, reduzindo de 26 para 20 segurados.

A autuação foi assim apresentada no Relatório Fiscal:

I—CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD de número supracitado, e tem por objeto a narrativa dos fatos geradores da obrigação tributária previdenciária, em atenção ao devido processo legal e de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito previdenciário e a lhe conferir os atributos de certeza e liquidez, essenciais a eventual execução fiscal. Contém, ainda, a narrativa das ocorrências verificadas no procedimento fiscal que deram origem ao lançamento, com a identificação específica do fato gerador da obrigação previdenciária principal inadimplida, o período de apuração do crédito previdenciário, bem como os fundamentos legais e as alíquotas aplicadas, que poderão constar no próprio corpo do relatório fiscal ou mediante remissão a um de seus anexos.

6- DOS FATOS E PROCEDIMENTOS.

A presente ação fiscal foi deflagrada em razão da denúncia Nº 4806.12.2004, apresentada ao Ilmo. Sr. Superintendente do INSS no Rio de Janeiro, aos 16 dias do mês de dezembro de 2004, na qual o denunciante declara que a empresa Vector Control Saúde Pública Ltda., de propriedade do Sr. Flamarion Pereira de Souza, não vem cumprindo com suas obrigações trabalhistas, tais como recolhimento do FGTS; fornecimento de vale-transporte e Ticket-refeição; pagamento do 13º Salário, além de não assinar a carteira dos empregados a seu serviço. Declarou, ainda, o denunciante, que o Sr. Flamarion estaria pagando uma certa quantia a fiscais do INSS, para que os ilícitos por ele cometidos continuassem ocorrendo.

Assim, havendo recebido o Mandado de Procedimento Fiscal Nº09225315, de 07 de março de 2005, o auditor fiscal notificante se dirigiu à sede do contribuinte, na avenida Paulo de Frontin, 480 — Rio Comprido -, nesta cidade e, permanecendo do lado de na calçada da Avenida Paulo de Frontin, em frente ao número 480, - procedeu a uma verificação prévia do local em que seria desenvolvida a ação fiscal para a qual havia sido designado.

Na oportunidade, durante o período matutino, pôde o referido auditor fiscal verificar a chegada de cerca de 20 pessoas ao estabelecimento empresarial, cuja entrada era feita por um grande portão destinado à entrada e saída de motocicletas e automóveis de serviço.

Aos 08 dias do mês de abril do corrente ano, o auditor fiscal notificante compareceu à sede da empresa em referência, no endereço citado, para dar ciência ao contribuinte, mediante entrega do citado Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, do início dos procedimentos de fiscalização. Foi atendido, na ocasião, por uma advogada de nome Lucinda a qual lhe informou que os representantes legais da empresa não se encontravam no estabelecimento, sendo, então, agendado o dia 12 de março de 2005 para a efetivação da entrega do aludido MPF.

Nesta oportunidade, foram contabilizados acima de 20 (vinte) pessoas trabalhando no estabelecimento citado.

Ocorre que no dia seguinte, sábado, o auditor fiscal notificante recebeu, em seu celular, ligação telefônica do sócio-gerente da referida empresa, supostamente em outro estado da federação, informando que não poderia comparecer na data agendada e que, oportunamente, agendaria uma outra data, fato esse que jamais ocorreu.

Diante das evidências, o auditor fiscal notificante remeteu, por via postal mediante Aviso de Recebimento - AR, tanto o supracitado MPF, como também, o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD , pelo qual intimava o contribuinte em epígrafe a apresentar, no prazo de dez dias, a contar da data do recebimento do AR (25/04/2005), os seguintes documentos:

- 1- Folhas de pagamento consolidada e analítica, em arquivo magnético, referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.
- 2- GFIP/SEFIP (arquivo magnético intitulado "SEFIPCR.RE"), referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive, bem como GRFC e • GRFP , com comprovantes de entrega e eventuais alterações.
- 3- Guias de Recolhimento da Previdência Social referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.
- 4- Relação Anual de Informações Sociais — RAIS referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.

5- Fichas ou os Livro de Registro de Empregados.

6- Contrato social e alterações.

7 - Livros Diário e Plano de contas da contabilidade.

8- Relação de trabalhadores avulsos, que prestaram serviços à empresa no período de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.

No entanto, passados cerca de dois meses após o recebimento do AR (25/04/2005), nenhum representante da empresa compareceu à esta Delegacia da Receita Federal do Brasil - Previdenciária — DRFB para apresentar os documentos solicitados, fato que obrigou o auditor fiscal notificante a comparecer novamente, ao estabelecimento do contribuinte para saber o porquê de os documentos não terem sido levados à DRFB. , ‘Nessa ocasião, no período entre 08 e 10 horas da manhã, foram contabilizadas, novamente, mais de 20 pessoas trabalhando nas dependências da empresa.

Finalmente, a representante da empresa, de nome Maria, compareceu a esta DRFB, e apresentou parte dos documentos a que foi intimada. Nada obstante, tal documentação encontrava-se deficiente, em razão de as informações nela contida serem diversas da realidade e, ainda, por omitirem informações verdadeiras, a teor do Art. 597, §1º da IN MPS/SRP Nº 3, de 14/07/2005, como passaremos a demonstrar :

As Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social -GFIP-, apresentadas pelo contribuinte, registram a partir da competência março de 2005, a existência, somente, de um único segurado empregado vinculado ao contribuinte em tela. No entanto, nas visitas anteriores à empresa foram observados mais de vinte pessoas lá trabalhando. Quando questionada acerca dessas outras pessoas, Maria informou que aquelas pessoas não eram empregadas da Vector Control Saúde Pública Ltda, mas sim, da pessoa jurídica Vector Controle de Pragas Ltda, que operava no mesmo endereço, e cujo quadro societário seria o mesmo da Vector Control Saúde Pública Ltda.

Intimada a apresentar documentação idônea acerca dessa outra pessoa jurídica, a citada representante comprometeu-se a retornar a esta DRFB, com a documentação requerida. Entretanto, tal retomo jamais ocorreu.

O auditor fiscal notificante compareceu, novamente à empresa, na primeira semana de julho, e observou, ainda do lado de fora do estabelecimento, no período de 7h30min às 9h30min, aproximadamente, a chegada de cerca de 25 pessoas às dependências da empresa, inclusive a de Maria, momento em que o citado auditor se anunciou na portaria e adentrou o prédio.

Cumprе ressaltar que várias dessas pessoas encontravam-se trajando o uniforme da empresa, e que eram exatamente essas pessoas uniformizadas que saíam para executar o trabalho externo da atividade fim da empresa. As demais pessoas desempenhavam o trabalho interno.

Ao requerer a Maria a apresentação de documentação relativa à empresa Vector Controle de Pragas Ltda que supostamente seria sediada no mesmo endereço, ela informou que naquele estabelecimento inexistia qualquer documentação dessa suposta empresa, nem notas fiscais de serviço, nem papel timbrado, absolutamente nada que pudesse ensejar a existência daquela outra empresa. Em seguida, Maria informou que, em realidade, aqueles outros empregados não se encontravam vinculados à Vector Controle de Pragas Ltda., mas sim à Vector Control Saúde Pública Ltda (a empresa sob fiscalização), mas que eles teriam sido contratados no mês de junho de 2005 e, por essa razão, não constavam nas GFIP's e nas Folhas-de-Pagamento. Entretanto, ela não soube informar por qual motivo os mais de 20 empregados contabilizados pelo próprio auditor fiscal notificante, nos meses de abril, maio e junho, nas dependências da empresa, não foram inseridos nas GFIP's e Folhas-de-Pagamento daquelas competências.

Naquela oportunidade, foi requerida a apresentação dos livros contábeis obrigatórios. No entanto, Maria alegou que a escrituração contábil estaria em atraso desde o final dos anos 90. Ao ser alertada acerca da obrigatoriedade de tal escrituração, Maria disse que, de fato, a escrituração estaria sendo feita, mas que não havia sido impressa nem registrada no órgão competente, e que tal regularização estaria prestes a ocorrer, nas próximas semanas.

Quando lhe foi requerida cópia, em meio magnético, dos lançamentos contábeis (já que Maria havia assegurado que a contabilidade estaria sendo regularmente escriturada nos computadores da empresa), mais uma vez houve esquiva na apresentação da documentação, sob o argumento de que, por coincidência, o computador onde estariam registrados os lançamentos contábeis havia dado defeito justo naquela manhã. Maria informou que o técnico já havia sido chamado e que, tão logo fosse solucionado o problema, ela mesma levaria a requerida documentação a esta DRFB. Tal fato, obviamente, também não ocorreu.

Mais uma vez compareceu o auditor fiscal notificante à sede do contribuinte e, permanecendo sem se anunciar, do lado de fora do prédio, contabilizou a chegada de 26 pessoas, várias delas com uniformes da empresa (em regra, do sexo masculino), no período de 7h00min a 9h30min, aproximadamente.

À evidência, verificou-se que as pessoas uniformizadas eram empregadas na atividade fim da empresa, executando atividades externas mediante saídas em automóveis, motocicletas, ambos estilizados nas cores comerciais da notificada, ou mesmo a pé. Por outro lado, as pessoas que não se apresentaram trajando uniforme empresarial, tinham sua mão-de-obra utilizada na execução de atividades internas, tais como, serviços de portaria,

secretárias e atendentes de telemarketing que se mostrou ser a estratégia de vendas de serviços adotada, conforme se depreende das propagandas comerciais e do conteúdo da página na internet : "www.insetfone.com.br ".

Ao se anunciar na portaria, solicitou a presença do sócio-gerente, Sr. Flamarion Pereira de Souza. Entretanto, lhe foi dito pela atendente da portaria que ele não se encontrava na empresa, porém, somente, a sua secretária. Tal alegação não correspondia à verdade, pois o auditor fiscal havia registrado a sua chegada, minutos antes.

Foi requerida, então, a presença da citada secretária, mas esta se negou a comparecer alegando estar muito atarefada. Então, valendo-se de prerrogativa legal, o auditor fiscal se dispôs a ir, diretamente, à sala da referida secretária, momento este em que o Sr. Flamarion deu o ar de sua graça.

Perquirido acerca dos documentos solicitados, o Sr. Flamarion informou que inexistia escrituração contábil, e que a empresa passava por dificuldades. Informou também que apenas cinco daquelas pessoas que haviam adentrado o prédio eram empregados da empresa, e que as demais eram clientes. Ora, tal alegação é totalmente descabida. Todas as pessoas que se anunciavam na portaria tinham a sua entrada imediatamente franqueada, sem qualquer questionamento. Já o auditor fiscal notificante, para entrar, tinha que aguardar, do lado de fora do portão, até receber autorização para tal.

Mas não é só. Um entregador de água mineral, que lá compareceu para substituir o galão vazio por um cheio, teve que aguardar cerca de um minuto para ter sua entrada franqueada. E é de se supor que ele estivesse sendo aguardado, pois tal substituição deve ter sido solicitada pela empresa. Ou será que o entregador adivinhou que a água do galão antigo teria acabado e lá compareceu espontaneamente para oferecer a troca ?

Tais constatações revelam a existência de um liame subjetivo entre aquelas mais de 25 pessoas com a empresa em comento. Ou seja, nada indica que elas seriam meros clientes, chegando às sete, oito horas da manhã, com uniforme e tudo o mais. Além disso, a empresa atua sob a designação empresarial "INSETFONE" e concentra suas relações comerciais através de telemarketing e por internet, e não através de balcão de negócios.

Além disso, quando o auditor fiscal solicitou fosse apresentado a um desses clientes, o Sr. Flamarion desconversou e se comprometeu a levar a esta DRFB os documentos requeridos, fato este que, até a presente data, não ocorreu, por óbvio.

Corroborando o exame ora empreendido, no que tange à certeza de que a empresa não vem operando com apenas um único empregado, urge salientar que, na internet, no endereço www.insetfone.com.br, em página datada de 2004, a empresa se apresenta como líder de mercado e oferece uma série de

produtos e serviços que seriam impossíveis de serem ministrados com um único funcionário, sem mencionar as atividades internas de secretaria, portaria, atendentes de telemarketing etc. Além disso, no pátio interno da empresa, são encontrados diversos veículos, entre carros e motocicletas, pintados de acordo com o seu padrão de identificação comercial, os quais são utilizados na execução das atividades fins.

Ainda na busca de documentos idôneos que pudessem oferecer concretude a uma apuração direta dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, o auditor fiscal notificante intimou o contribuinte, mediante TIAD, a apresentar, no prazo de dez dias a contar do recebimento do AR. (01/08/2005), os seguintes documentos, conforme se lhes seguem:

- 1- Relação Anual de Informações Sociais — RAIS referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.
- 2- Livros Diário e Plano de contas da contabilidade.
- 3- Relação de trabalhadores avulsos, que prestaram serviços à empresa no período de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.
- 4- Cópia de documentos que especifiquem as pessoas jurídicas que operem no mesmo endereço da ora autuada.
- 5- Fichas ou os Livro de Registro de Empregados atualizadas.
- 6- cópia da DIRF, relativa ao período de 1995 a 2004.
- 7- Livro de apuração de ISS, relativo ao período de 1995 a 2005.
- 8- Blocos de notas fiscais de serviço, referentes aos serviços prestados pela autuada, no período sob fiscalização.

Todavia, mais uma vez, vencido o prazo estipulado na TIAD, a empresa sequer entrou em contacto com o auditor fiscal notificante, ou com esta DRFB, nem apresentou os documentos a que foi intimada.

Novamente, mediante TIAD, a empresa foi intimada a apresentar, no prazo de dez dias, a contar do recebimento do AR. (12/08/2005), os seguintes documentos:

- 1- Livros Diário e Plano de contas da contabilidade, referentes aos exercícios de 1995 até 2005.
- 2- Guias de Recolhimento da Previdência Social referentes às competências de janeiro de 1995 a março de 2005, inclusive.
- 3- Folhas de pagamento consolidada e analítica, preferencialmente em arquivo - magnético, referentes às competências de janeiro de 1995 a março de 2005, inclusive.
- 4- Todos os Livros de Registro de Empregados ou as Fichas registro de empregados, se for o caso.

5- Guias de Recolhimento da Previdência Social referentes às competências de janeiro de 1999 a março de 2005, inclusive.

6- Relação de trabalhadores autônomos, que prestaram serviços à empresa no período de janeiro de 1995 a março de 2005, inclusive.

7- Relação Anual de Informações Sociais — RAIS referentes às competências de janeiro de 1995 a março de 2005, inclusive.

Contudo, mais uma vez, vencido o prazo estipulado na TIAD, a empresa sequer entrou em contacto com o auditor fiscal notificante, ou com esta DRFB, nem apresentou os documentos a que foi intimada.

Dessarte, diante da conduta omissiva da direção da empresa na apresentação da documentação exigida, e em razão da deficiência das informações contidas nos documentos apresentados, nos termos do disposto no Art. 597, §1º da IN MPS/SRP Nº 3, de 14/07/2005, procedeu-se à lavratura da presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, POR AFERIÇÃO INDIRETA DOS FATOS GERADORES, conforme permissivo legal estabelecido no artigo 33, § 3º da lei 8.212/91.

LEI 8.212/91

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal — SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas de e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua própria competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal - ORE podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo a empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

...

7.2 - DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS EMPREGADOS.

Os fatos geradores das contribuições sociais a que se referem os incisos I e II do Art. 22, da lei 8.212/91, consistentes no valor da remuneração paga aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, em cada competência, foram apurados por aferição

indireta, consoante o permissivo legal inscrito no Art. 33, §3º da lei 8.212/91, na forma descrita no item "7.3 — DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA - SEGURADOS EMPREGADOS".

O Salário-de-Contribuição dos segurados empregados foi apurado mediante aferição indireta, com base no quantitativo de 26 segurados empregados, contabilizados diretamente pelo auditor fiscal notificante nas visitas que efetuou na empresa notificada, valendo ressaltar que tal contabilização foi efetuada durante o período de 7h00min a 9h30min, aproximadamente.

A empresa foi autuada por não apresentar documentos ao Fisco.

Consta registro que o recurso foi apresentado sem o depósito recursal e de decisão judicial determinando o seguimento do recurso administrativo sem o depósito , folha 874.

1. O contribuinte apresentou recurso tempestivo em 08.05.2006, juntado às fls. 447 a 467, sem a comprovação do depósito prévio recursal de 30% (trinta por cento), instituído pelo artigo 126, § 1º da Lei nº 8.213/91.

2. Houve, entretanto, decisão judicial favorável ao contribuinte no Mandado de Segurança nº2006.51.01.007528-8, conforme fls. 712/715, para determinar o recebimento do recurso administrativo independentemente do depósito.

Apresento abaixo síntese do recurso:

- Auditor Fiscal bem como seus superiores e outros analistas, sequer examinaram com o devido cuidado a IMPUGNAÇÃO E CONTESTAÇÃO com documentos anexos, as fls. 248/287 que tornariam sem fundamento a presente NFLD — NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO
- No mesmo endereço, além da empresa objeto da fiscalização, existe outra empresa registrada, com a designação comercial de INSETFONE, especificamente no nº 478A, com objeto social de prestação de serviços de dedetização, em cujo portão grande foi citado pelo I. Auditor Fiscal às lis 3/22, com um contingente de 20 (vinte) funcionários, o que justifica o número excessivo de pessoal adentrando nas dependências do estabelecimento.
- Até o fim de abril de 2005, a empresa objeto da aludida fiscalização tinha 01 (um) único funcionário e a partir de maio de 2005, começaram as contratações, chegando em novembro de 2005 a 08 (oito) funcionários

- A Insetfone até o fim de abril de 2005, a empresa tinha 07 (sete) funcionários e a partir de maio de 2005, começaram as contratações, chegando em dezembro de 2005 a 28 (vinte e oito) funcionários
- As folhas de pagamento, guias de FGTS e INSS do período de 1995 a 2005, demonstram a verdade do contingente de funcionários lotados na empresa.
- O Livro de Inspeção do Trabalho, nas fiscalizações ocorridas no período, os fiscais que procedem as fiscalizações sinalizaram para o seguinte:
 - a) Empregados em atividade em 14/09/01 -01 (um);
 - b) Empregados em atividade em 28/08/05 -04 (quatro);

Consta do processo um segundo recurso voluntário, folhas 723 a 742, recebido pelo Fisco em 30/01/2008, mais de 1 ano e meio após a apresentação do primeiro recurso, que será considerado intempestivo e não conhecido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

PRELIMINAR**DECADÊNCIA**

Preliminarmente, deve-se analisar a questão da decadência.

O lançamento, para fins de decadência fundamentou-se no artigo 45 da Lei 8.212/91.

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade desse artigo, nestas palavras:

Súmula Vinculante n.º 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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional (CTN), o art. 173 ou o art. 150.

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.

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.

O Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados apresenta um conjunto de guias apropriadas ao lançamento.

Todavia, o comportamento do contribuinte de não apresentar documentos para o Fisco, obstando assim a fiscalização, aliado ao convencimento deste relator, com base no Relatório Fiscal, da existência de empregados sem registro, são entendidos como dolosos. Disso resulta a aplicação da regra do artigo 173 do CTN.

O período do lançamento é de 01/1995 a 05/2005

A ciência do lançamento ocorreu em 07/10/2005.

Entendo decadentes as competências até 11/1999, inclusive e 13/1999.

MÉRITO

NÚMERO DE EMPREGADOS

Em essência a recorrente alega que funcionava no mesmo endereço em que desenvolvia suas atividades, outra empresa, Vector Controle de Pragas, nome de fantasia INSETFONE e que os trabalhadores que o fiscal viu trabalhavam nessa outra empresa. Observo que as duas empresas são de propriedade e gerenciadas pelo senhor Flamarion.

Afirma ainda que a Insetfone até o fim de abril de 2005 tinha 07 (sete) funcionários e a partir de maio de 2005, começaram as contratações, chegando em dezembro de 2005 a 28 funcionários.

Para fazer prova dessa alegação juntou às folhas 607 a 629 a RAIS da empresa Vector Controle de Pragas Ltda – Insetfone.

Entendo que não cabe razão à recorrente pelo abaixo exposto.

A autuação abrange o período até 05/2005.

Conforme consta do Relatório Fiscal, durante os meses de março a junho de 2005, o auditor fiscal autuante efetuou contagem do número de empregados que trabalhavam naquele endereço.

Conforme Informação Fiscal, com base nas GFIP, documento produzido e entregue pelos contribuintes, o auditor fiscal autuante efetuou levantamento do número de empregados da Insetfone nos meses de janeiro a julho de 2005 e subtraiu do total de empregados que trabalhavam no endereço a média dos empregados da Insetfone.

Para o mês de abril/2005, onde a recorrente afirma que a Insetfone tinha 7 empregados, a partir de informações da GFIP, o Fisco considerou 10 empregados. Considerar 10 no lugar de 7 empregados, resulta em benefício para a recorrente.

O aumento do número de empregados da Insetfone a partir de maio de 2005, foi considerado no cálculo da média do número de empregados dessa empresa pelo auditor fiscal e resultou em benefício da recorrente.

Por fim, conforme consta da Informação Fiscal e da decisão de primeira instância, o Fisco efetuou ajuste (reduziu de 26 para 20) no número de empregados considerados na aferição.

Entendo o procedimento legal e correto.

2.4- Alegou que, no mesmo endereço, existe outra empresa registrada a "Vector Controle de Pragas Ltda" o que justificaria o excessivo número de pessoas adentrando o prédio. A existência dessa segunda empresa, no entanto, não justifica, de forma alguma, o elevado número de trabalhadores constatado no local. A tabela abaixo apresenta, em cada competência (COMP), o contingente de pessoas da empresa "Vector Controle de Pragas Ltda." (VCP), conforme declarações prestadas por essa empresa, em GFIP.

COMP	VCP	IN LOCO	DIFERENÇA	VCSP
jan/05	8	26	18	4
fev/05	5	26	21	3
mar/05	5	26	21	1
abr/05	10	26	15	1
mai/05	2	26	24	4
jun/05	7	26	19	4
jul/05	8	26	18	4

Conforme se pode observar, mesmo subtraindo-se do número constatado pessoalmente no local (IN LOCO) o volume de trabalhadores declarados por essa outra empresa (VCP), a diferença encontrada ainda é bem superior ao contingente declarado pela "Vector Control Saúde Pública" (VCSP) em suas GFIP's. Por conseguinte, a existência dessa segunda empresa não explica o número expressivo de trabalhadores apurados no estabelecimento citado.

...

3- Considerando a existência da empresa VECTOR CONTROLE DE PRAGAS LTDA" operando no mesmo endereço do contribuinte em referência, e tomando-se como base o contingente de segurados declarados em GFIP, por essa empresa, no período em que o auditor fiscal notificante procedeu à apuração in loco do número de empregados (março a junho de 2005), verificamos que, nesse mesmo período, o número médio de trabalhadores da sociedade empresarial "VECTOR CONTROL SAÚDE PÚBLICA LTDA" foi de 20 empregados, eis que o número médio de empregados daqueloutra foi de seis segurados.

Essa nova situação fática modifica diretamente o cálculo das contribuições sociais devidas pelo contribuinte em referência, já que o contingente paradigma da apuração por aferição indireta foi reduzido de 26 (vinte e seis) para 20 (vinte) segurados.

O Assim sendo, utilizando-se como valor do Salário-de-Contribuição de cada um desses 20 segurados, a média aritmética simples dos salários-de-contribuição pagos pela empresa, aos seus empregados, desde a competência janeiro de 1999, inclusive, conforme consignado nas Guias de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, referentes a essas competências.

MULTA DE MORA

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

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.

CONCLUSÃO

Processo nº 12267.000422/2008-07
Acórdão n.º **2403-001.219**

S2-C4T3
Fl. 9

Voto por, nas preliminares, dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência das competências até 11/1999, inclusive e 13/1999, com base no art. 173 do CTN. No mérito, dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari