



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

Processo n° 12963.000278/2007-62
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.289 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de março de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente PLANO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2004 a 28/02/2005

AUTUAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. PAGAMENTOS DE SALÁRIOS A DIVERSOS EMPREGADOS SEM DECLARAÇÃO EM GFIPS. PAGAMENTOS POR FORA. PERÍODO DE 06/2002 A 02/2005 E CIÊNCIA EM 22/10/2007. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN).

Não comprovação de pagamento antecipado de contribuições previdenciárias pelo contribuinte. Aplicação da Súmula CARF n° 99, aplicação do disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiyama - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Dione Jesabel Wasilewski, Daniel Melo Mendes e Douglas Kakazu Kushiya.

Relatório

O presente Auto de Infração (DEBCAD 37.034.627-0 - CFL 68) decorre do descumprimento de obrigação acessória, ou seja, por apresentar o documento a que se refere a Lei Nr. 8.212/1991, Ar. 32, Inciso IV e Parágrafo 3º., acrescentados pela Lei Nr. 9.528/1997, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei Nr. 8.212/ 1991, Art. 32, IV e parágrafo 5º., também acrescentado pela Lei Nr. 9.528/1997, combinado com o Art. 225, IV e parágrafo 4º. Do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06.05.1999.

A Fiscalização constatou que a empresa efetuou pagamentos de salários a diversos empregados e NÃO DECLAROU TAIS PAGAMENTOS EM GFIPS., deixando, portanto, de informar mensalmente todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias

Referidos pagamentos de salários foram efetuados pela empresa mediante Cheques e, também, através de Folhas de Pagamento “EXTRA-FOLHA”, ou seja, em ambos os casos ocorreu pagamentos de salários “POR FORA” das Folhas de Pagamento de Salários mensais dos empregados da empresa. Significa dizer que o “Salário Real”, Salário efetivamente pago pela empresa aos seus empregados, foi registrado/anotado A MENOR, respectivamente, na Carteira de Trabalho e Previdência Social- CTPS e no Livro de Registro de Empregados - LRE.

Competências 06/2002 a 02/2005 e ciência em 22/10/2007.

Há a informação de que foi lavrado o Auto de Infração DEBCAD 35.564.903-9 (Código de Fundamento Legal 56), que cobrava multa decorrente do fato de a Autuada, ora Recorrente, contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra oriundas das empresas contratadas, deixou de reter 11% (onze por cento) do valor bruto das nota fiscais de serviço - NFS relacionadas e efetuar o recolhimento das contribuições retidas em nome das referidas empresas cedentes de mão-de-obra (contratadas).

Naquele auto (DEBCAD 35.564.903-9), aplicou-se multa e o contribuinte efetuou o pagamento com o benefício da redução de multa em 50% (cinquenta por cento).

Posteriormente, foi emitida Decisão-Notificação - DN Nr. 11.428.4/0062/2004 que determinou a extinção do crédito, em razão do pagamento da penalidade imputada, dentro do prazo deferido para interposição de defesa, ocorrendo redução de 50% do valor da autuação.

No caso, entendeu-se que a prática de nova infração a dispositivo legal diferente, dentro de 5 (cinco) anos da data da decisão administrativa homologatória da extinção do crédito referente à infração anterior configura reincidência genérica, fato que enseja a aplicação de multa em seu valor mínimo, elevado em duas vezes, nos termos do art. 290, inciso V e parágrafo único, combinado com o art. 292, inciso IV, ambos do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

De acordo com a fiscalização o contribuinte incidiu em circunstâncias agravantes (reincidência genérica), a multa aplicada, face a natureza do presente AI(Código de Fundamento Legal: 68), é a prevista no Parágrafo 5º, Art. 32 da Lei Nr. 8.212/1991, acrescentado pela Lei Nr. 9.528, de 10.12.1997, e Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto Nr. 3.048, de 06.05.99, Art. 284, Inciso II, respeitando-se a graduação prevista no Parágrafo 4º., Art. 32 da citada Lei, ou seja, o valor da multa é limitado ao número de segurados da empresa em cada competência (mês).

O valor da multa pela infração praticada foi atualizado pela PORTARIA Nr. 142, de 11.04.2007, do Ministério da Previdência Social (Art. 9º., Inciso VI), nos termos do Art. 102 da lei Nr. 8.212/1991 e Art. 373 do RPS, sendo a mesma no valor de R\$ 11.211,18 (Onze Mil, Duzentos e Onze Reais e Dezoito Centavos).

O contribuinte apresentou defesa e documentos (fls. 162/182) em que requereu a improcedência da autuação ou, alternativamente, a relevação ou atenuação da mesma, alegando em apertada síntese, conforme relatado na decisão recorrida:

Primeiramente, demanda seja concedida a decadência quinquenal das supostas infrações cometidas antes de 10/2002, com base em jurisprudência que considera inconstitucional o prazo decadencial de 10 (dez) anos das contribuições previdenciárias.

No mérito, argumenta que nas cópias das GFIP referentes às competências 06 a 12/2002 e 01 a 03/2003, acostadas aos autos, entregues anteriormente à fiscalização, verifica-se que foram declarados corretamente os pagamentos efetuados a todos os empregados relacionados no relatório fiscal.

Por outro lado, acrescenta que não pode ser aceita a informação de que se trata de pagamentos de salários “por fora”, pois não foi indicado qual o valor da remuneração registrada, o valor da remuneração que o fiscal entende correta, o valor relativo à parte do empregado e se a remuneração considerada já atingiu ou não o teto do salário-base.

Quanto às competências 10/2003 e 08/2004 a 02/2005, diz que não se consegue saber sequer a quais trabalhadores se referem os salários apurados, o que causa cerceamento do direito de defesa da empresa e prejuízo à mesma, por não possuir dados suficientes para contestar a infração ou corrigir a falta.

Relativamente à multa, alega que esta desprovida de amparo legal, pois no Auto de Infração vê-se a informação de que se refere a contribuições previdenciárias, porém em seu cálculo foram considerados valores referentes a terceiros (na alíquota de 5,8%).

Discorda da caracterização da reincidência da infração e do consequente agravamento do valor da multa por dois motivos.

Primeiro, porque a ação fiscal que culminou com a lavratura da presente autuação teve como motivação nova constituição de crédito devido à anulação da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.564.904-7, de 08/04/2004, devendo

assim a presente ação ser considerada continuação daquela e não uma nova, o que desconfiguraria a reincidência.

Em segundo lugar, independente do primeiro argumento, aduz que o art. 290, V, parágrafo único, estabelece que caracteriza reincidência a prática de nova infração dentro de cinco anos da extinção do crédito referente à infração anterior.

No presente caso, as infrações relatadas foram anteriores ao trânsito em julgado administrativo do Auto de Infração nº 35.564.903-9, apontado como a infração que gerou a reincidência, o que se deu em 21/10/2004, com a emissão da Decisão que extinguiu o crédito quitado em 13/09/2004.

Por fim, o autuado protesta pela produção de provas adicionais incluindo-se a juntada de documentos, no momento e condições que se apresentarem necessários.

(...)

Analisando os argumentos de defesa, foi proferida decisão (fls. 427/436) pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Juiz de Fora (MG), que julgou o lançamento procedente em parte, cujos tópicos de defesa podem ser resumidos da seguinte forma:

"DECADÊNCIA

(...)

Assim, a Lei nº 8.212/91 regula inteiramente a questão do prazo decadencial da contribuição previdenciária, não cabendo aplicar o Código Tributário Nacional, que dispõe sobre normas gerais, para suprir eventuais lacunas na legislação.

Cumpra assim à Administração Tributária, portanto, seguir expressamente o que preceitua a legislação pertinente à matéria previdenciária, a qual determina que o referido prazo decadencial é de 10 (dez) anos, posto que o mesmo não foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A informação mensal ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) dos dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e de demais informações de interesse da autarquia foi instituída pela Lei nº 9.528/1997.

O Decreto nº 3.048/1999 definiu que tais informações dar-se-iam através da GFIP estipulando sua obrigatoriedade relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1999 (art. 225, inciso IV, § 3º).

A Lei nº 9.528/1997, acrescentando dispositivos à Lei nº 8.212/1991, também estabeleceu no § 5º de seu art. 32, que a apresentação do documento acima referido com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitaria o infrator à pena administrativa correspondente à cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitadas aos valores previstos no § 4º, art. 32 da mesma lei.

A fiscalização apurou, conforme mencionado no Relatório Fiscal da Infração, que a empresa deixou de informar na GFIP os fatos geradores de contribuição previdenciária ali detalhados, ensejando a lavratura da presente autuação, nos termos estritos do previsto no an. 293 do RPS.

E oportuno salientar que os valores lançados pela fiscalização foram apurados a partir dos documentos apreendidos do contribuinte para análise, como Folhas de Pagamento e Livros de Registros de Empregados, conforme documentos de fls. 19/26.

Quanto ao ônus da prova, faz-se necessário esclarecer à impugnante que a legitimidade do ato administrativo traz ínsita a inversão do ônus da prova. Ensina Hely Lopes Meirelles que os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção da legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. (Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed., pág.141/2).

Neste sentido, manifesta-se com precisão Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em sua obra Processo Administrativo Tributário, Malheiros Editores, 2000, pg. 184 -185:

As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas de produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arazoado defensivo, pelo que prospera a exigibilidade fiscal.

Dessa forma, cabia ao contribuinte o ônus de provar em contrário, não tendo o mesmo se desincumbido a contento desse mister, já que alegou genericamente que os valores estavam incorretos e que deviam ter sido analisados outros documentos. Não foram especificadas as provas dos seus argumentos, tampouco foram precisos os fatos alegados.

Assim, na falta de prova regular e formalizada, a fiscalização lançou corretamente os valores.

Sobre o cerceamento de defesa alegado pelo contribuinte, salientamos que este não restou caracterizado.

No AI em tela não houve descumprimento de qualquer formalidade obrigatória (artigo 37 da Lei n.º 8.212/91), eis que constam dos autos relatórios que discriminam, por competência, todos os dados e fatos necessários à perfeita compreensão do lançamento, senão vejamos:

Na folha de rosto (fls. 01) estão elencados os anexos que integram o AI em pauta, os quais discriminam os fundamentos legais e a documentação que serviu de subsidio à lavratura. O Relatório Fiscal (fls. 29/39) descreve as infrações cometidas, os elementos e o período examinados e a forma de cálculo da penalidade.

A multa cominada para a infração tem previsão no art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212, de 24.07.91, acrescentado pela Lei nº 9.528, de

10.12.97 e art. 284, II, e 373 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99, atualizada pela Portaria MPS nº 142, de 11/04/2007.

Verifica-se no relatório de fls. 37/39 que o demonstrativo de cálculo atendeu parcialmente aos ditames do art. 32 da Lei nº 8.212/1991 e ao art. 284, II, do Decreto nº 3.048/1999, senão vejamos: consta a competência em que houve a infringência, o número de segurados para fins de aplicação do multiplicador sobre o valor mínimo da infração por ocorrência; os valores da contribuição devida não declarada e, por fim, o valor da multa aplicada por ocorrência, respeitando-se o limite estabelecido pelo art. 32, § 4º da Lei nº 8.212/1991

Porém, a autoridade lançadora considerou indevidamente, nos valores da contribuição devida, a alíquota de 5,8% relativa às outras entidades e fundos ("terceiros") que por não ser contribuição devida à Previdência, não deve constar do cálculo da multa. Os valores retificados seguem abaixo:.

(quadro à fl. 434)

(...)

A impugnante alega que não cabe considerar a existência de agravante - reincidência - para fins de gradação da multa aplicada, uma vez que a ação fiscal que originou a lavratura do presente AI é continuação da ação iniciada em 2004, onde foi lavrada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.564.904-7, de 08/04/2004, tomada nula por meio da Decisão Notificação - DN nº 11.431.4/0001/2006, de 06/01/2006, que determinou a lavratura de NFLD substitutiva, e não um novo procedimento fiscal. A nova NFLD recebeu o nº 37.034.628-9, de 22/10/2007.

Determina o art. 657, § 1º da IN SRP nº 03, de 14/07/2005 :

(...)

Assim, resta claro que os procedimentos devem ser considerados distintos para fins de caracterização de reincidência. Caso fosse continuidade da ação anterior, teria sido emitido um Mandado de Procedimento Fiscal Complementar para seqüência da mesma, conforme a IN SRP nº 03/2005.

Com relação à alegação de não ter ocorrido nova infração após o pagamento do Auto de Infração lavrado na ação anterior, também não assiste razão ao defendente.

Em pesquisa junto aos arquivos informatizados DATAPREV/INSS, constata-se o pagamento do AI 35.564.903-9 em 13/09/2004.

Constata-se no Relatório Fiscal que as infrações ocorreram de 06/2002 a 02/2005. Assim, quando das novas ocorrências, nas competências de 10/2004 a 02/2005, a empresa passou a ser reincidente, conforme art.290, inciso V e parágrafo único do RPS, que dispõem:

(...)

Contudo, conforme relatado pelo Auditor Fiscal, a infração em epígrafe não permite agravamento do valor da multa, em que pese a caracterização de reincidência.

Passa-se à análise da solicitação de atenuação ou relevação da multa.

Os requisitos necessários para tais benefícios relativos à multa administrativa, aplicada em razão de descumprimento de obrigação acessória à legislação tributária, que versa sobre a cobrança de contribuições previdenciárias, estão previstos no an. 291 do RPS, que diz:

(...)

Da análise dos autos, constata-se que a autuada não corrigiu a falta apontada.

Desta forma, não apresentou circunstância atenuante, consoante o estabelecido no caput do art. 291 do RPS. Também ocorreu a circunstância agravante de reincidência e, por conseqüência, conclui-se pela manutenção do valor da multa aplicada, de acordo com a legislação vigente acima explicitada, não tendo como relevá-la ou atenuá-la, uma vez que a autuada não se 'enquadra no disposto no § 1º do art. 291 e inc. V do art. 292, ambos do RPS.

Em relação ao requerimento de juntada posterior de documentos, deve-se observar que a Portaria RFB nº 10.875, de 16/08/2007, exige que as provas sejam apresentadas na impugnação, precluindo o direito de apresentá-las em outro momento processual, a menos que se demonstre a ocorrência de um dos casos previstos nos incisos I a III do parágrafo primeiro de seu artigo 7º, caso em que deverá ser requerida tal juntada, mediante petição e demonstrando, com fundamentos, a ocorrência de uma destas condições, in verbis:

(...)

Face ao exposto, o presente voto é no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação, excluindo do cálculo da multa o valor referente às contribuições devidas a outras entidades e fundos, alterando o valor da mesma para RS 9.492,13 (nove mil, quatrocentos e noventa e dois reais e treze centavos).

Cientificada do Acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, conforme fl. 438, tempestivamente, o contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 439 a 442, no qual pugna apenas pelo reconhecimento da decadência quinquenal.

O recurso foi distribuído por sorteio eletrônico, em sessão pública, para este Conselheiro.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya - Relator

Em razão de ser tempestivo e por preencher demais condições de admissibilidade, conheço do presente Recurso Voluntário.

Decadência

Por constituir matéria preliminar de mérito e por ser a única matéria em discussão no Recurso Voluntário do contribuinte, passo à análise da alegação de que os débitos lançados são relativos a períodos de apuração alcançados pela decadência.

Como se viu no relatório supra, tanto a Autoridade Fiscal quanto o Julgador de 1ª Instância ampararam seus atos (lançamento e decisão) nos termos do art. 45 da Lei 8.212/91, cuja redação então vigente era a seguinte:

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 débito ora sob análise foi lavrado pela não inclusão nas Guias de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social – GFIP do período 06/2002 a 02/2005 de pagamento de salários a diversos empregados efetuados pela empresa mediante cheques e folhas de pagamentos “Extra-folha”, ou seja, o salário real efetivamente pago para empresa foi registrado a menor nas Carteiras de Trabalho e Previdência Social – CTPS e no Livro de Registro de Empregados – LRE, conforme detalhado no Relatório Fiscal da Infração de fls. 29/36.

No presente caso, considerando os termos do art. 45 da Lei 8.212/91, levando-se em consideração os estritos termos da legislação vigentes na época do lançamento, não haveria de se falar em decadência.

Não obstante, em Sessão Extraordinária realizada em 12 de julho de 2008, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, editando a Súmula Vinculante nº 08, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Assim, resta evidente a inaplicabilidade do art. 45 da lei 8.212/91 para amparar o direito da fazenda pública em constituir o crédito tributário mediante lançamento, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições previdenciárias sujeitam-se aos artigos 150, § 4º, e 173 da Lei 5.172/66, Código Tributário Nacional (CTN), cujo teor merece destaque:

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. (...)

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;

Grifou-se

Ocorre que o prazo decadencial, no presente caso, tem início da ocorrência do fato gerador, nos termos do disposto na Súmula CARF 99, uma vez que decorre de diferenças e presume-se que parte das contribuições foram pagas.

O prazo decadencial, no presente caso, nos termos do disposto na súmula CARF nº 99, deve-se reconhecer o pedido do Recorrente:

***Súmula CARF nº 99:** Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.*

Desta forma, nos presentes autos, não se trouxe prova de que houve pagamento antecipado do valor considerado pelo contribuinte, de modo que só me resta concluir pela aplicação do disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional (CTN).

No caso em questão, a ciência do contribuinte da lavratura do presente auto de infração ocorreu em 22/10/2007 de modo que não há que se falar em decadência.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer e negar provimento ao recurso voluntário interposto pelo Recorrente.

(assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya - Relator

