



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

Processo nº 13864.000349/2007-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-001.426 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CONSERRA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2000 a 31/12/2005

FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA. LEI COMPLEMENTAR 126/2006

A fiscalização de natureza prioritariamente orientadora prevista na Lei Complementar 123/2006 refere-se aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança

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.

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.

Recurso Voluntário Provido Em Parte

Crédito Tributário Mantido Em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **4ª câmara / 3ª turma ordinária** do segunda **SEÇÃO DE JULGAMENTO**, Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a decadência das competências até 07/2002, inclusive, com base no Art.150, § 4º, do CTN. No mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32 A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas, Acórdão 05-26.565 da 8ª Turma, que julgou a impugnação procedente em parte.

A autuação foi assim apresentada no relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de Auto de Infração emitido, tendo em vista que a empresa deixou de informar nas GFIP's das competências de 04/2000 a 12/2005 os fatos geradores descritos no Relatório Fiscal do Auto de Infração e da Aplicação da Multa de fls. 04/07, correspondentes aos lançamentos das NFLD's nº 35.036.746-4 e 35.036.747-2, e planilhas demonstrativas de 01 a 06 de fls. 08/34, conforme previsto na Lei nº 8.212, de 24/07/91, art. 32, IV e § 50, c/c o art. 225, IV e § 4º do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/99. Consta ainda do Relatório Fiscal que a empresa é reincidente, mas que a circunstância agravante não foi considerada para fins de gradação da multa. A multa aplicada foi de R\$776.539,31 (Setecentos e setenta e seis mil, quinhentos e trinta e nove reais e trinta e um centavos), conforme demonstração efetuada na planilha nº 05 anexa ao mencionado Relatório (fls. 28/30), e que foi calculada aplicando-se a alíquota de 22% na determinação da multa, tendo em vista que para o seu cálculo a substituição das contribuições previdenciárias não são consideradas quando a empresa é do Simples, como no caso em tela. A multa foi aplicada em conformidade com o art. 32, § 5º da Lei nº 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 9.528/97, e art. 284, II e art. 373 do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com consolidação em 29/08/2007.

As planilhas do Relatório Fiscal contêm os seguintes demonstrativos:

Planilha 1: omissão de bases de cálculo, constatada por comparação entre folhas de pagamento e GFIP, relativas às remunerações de segurados empregados. Compõe o levantamento DFG: diferenças entre folha e GFIP;

Planilha 2: omissões de bases de cálculo relativas a remuneração de segurados empregados;

Planilha 3: omissões de bases de cálculo relativas a remuneração de segurados contribuintes individuais;

Planilha 4: lançamentos relativos a contribuintes individuais;

Planilha 5: cálculo da multa, com bases de cálculo de segurado empregado e de segurados contribuintes individuais, e contribuições de segurado empregado e de segurados contribuintes individuais;

Planilha 6: apuração de bases de cálculo a partir do somatório de rubricas do resumo da folha de pagamento.

Foi anexado ainda ao presente Auto de Infração, cópia do AI nº 37.109.705-3, por meio do qual a empresa foi autuada por deixar de prestar à Previdência Social informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, bem como esclarecimentos necessários à fiscalização, conforme Relatório de fls. 40/45.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, onde alega, em síntese, que:

- É microempresa.
- É garantido às microempresas tratamento diferenciado e simplificado, sendo obrigação da fiscalização, **ter natureza prioritariamente orientadora**, e, em casos de infração à legislação, somente lavrar auto de infração, no casos de falta e ou insuficiência de recolhimento.
- Decadência.
- Existência de outras autuações para o mesmo período.
- O Agente Fiscal teve franqueado o acesso à documentação da empresa, sempre que solicitados, bem como teve esclarecidos todos os pontos necessários a uma Plena Fiscalização.
- Os valores pagos com a finalidade de reparação dos gastos efetuados pelo empregado, na realização dos serviços de interesse do empregador, não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária.

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.

DECADÊNCIA

O lançamento fundamentou-se no artigo 45 da Lei 8.212/91. 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 nº 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 (este último diz respeito ao lançamento por homologação).

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. (grifo nosso)

Trata o lançamento de não cumprimento de obrigação acessória constituidora de crédito tributário.

Por essa característica e pelo fato de a fiscalização apontar que não foram informados parte dos fatos geradores, entendo que deve-se aplicar o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN.

O período do lançamento é de 04/2000 a 12/2005.

A ciência do lançamento ocorreu em 02/08/2007.

Entendo decadentes as competências até 07/2002, inclusive.

FISCALIZAÇÃO ORIENTADORA

Com base no artigo 55 da lei Complementar 123/2006, no entendimento que a fiscalização deveria ter natureza orientadora e que deveria ser observado o critério de dupla visita para lavratura do auto de infração, a recorrente questiona o resultado da fiscalização.

Art. 55. A fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança, das microempresas e empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento.

§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Os órgãos e entidades competentes definirão, em 12 (doze) meses, as atividades e situações cujo grau de risco seja considerado alto, as quais não se sujeitarão ao disposto neste artigo.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.

Leitura mais atenta do referido artigo evidencia que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança e que as regras de fiscalização com natureza orientadora com critério de dupla visita para lavratura do auto de infração não se aplica ao processo administrativo fiscal.

Portanto, cai por terra a tese da recorrente.

OUTRAS AUTUAÇÕES

Consta do Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF, que da fiscalização resultaram 6 lançamentos.

Conforme pormenorizado no acórdão recorrido, todos lançamentos são diferentes e não há sobreposição.

O presente lançamento decorre do fato de a empresa ter apresentado GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Não constato a sobreposição alegada pela recorrente.

FATOS GERADORES

A recorrente apresenta alegação genérica que os valores pagos com a finalidade de reparação dos gastos efetuados pelo empregado, na realização dos serviços de interesse do empregador, não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária.

A generalidade da alegação impede uma análise mais detalhada da questão.

CÁLCULO DA MULTA

No que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, 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

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, 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.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

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.

Art.106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:
(...)*

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso da presente autuação, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

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

CONCLUSÃO

Voto no sentido de CONHECER do recurso. Nas preliminares, reconhecer a decadência das competências até 07/2002, inclusive, com base no Art.150, § 4º, do CTN. No mérito, dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Carlos Alberto Mees Stringari