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

CÓPIA

Processo nº	13900.000195/2007-71
Recurso nº	267.706 Voluntário
Acórdão nº	**2301-002.603 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	8 de fevereiro de 2012
Matéria	Contribuições Previdenciárias
Recorrente	ASM FUTURA DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE E COMÉRCIO LTDA
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/06/2003

DECADÊNCIA PARCIAL. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PELO CONTRIBUINTE. APURAÇÃO DO DÉBITO POR AFERIÇÃO INDIRETA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

Aplicável a apuração do crédito previdenciário por aferição indireta/arbitramento na hipótese de deficiência ou ausência de quaisquer documentos ou informações solicitados pela fiscalização, que lançará o débito que imputar devido, invertendo-se o ônus da prova ao contribuinte, com esteio no artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/91, c/c artigo 233, do Regulamento da Previdência Social.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 07/2001, anteriores a 08/2001 devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4°, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva e Marcelo Oliveira, que votaram pela aplicação do I, Art. 173 do CTN; b) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento integral da multa; c) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

CÓPIA

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Damiao Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa ASM FUTURA DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE E COMÉRCIO LTDA em face da decisão que julgou procedente o lançamento de débito referente ao período 01/1996 a 06/2003.

2. Narra o relatório fiscal que o levantamento do crédito fiscal se deu por aferição indireta:

> *"Considerando que a empresa não apresentou Folhas de Pagamento, Livros Diários, Razão etc, com as informações relativas à Remuneração percebida por seus empregados no período de 01/1996 a 13/1996, 08/1997 a 13/1997, 12/1998, sendo através do AI DEBCAD n. 35.658.037-7, procedeu-se a aferição indireta da Remuneração percebida com base em RAIS entregues em época própria pela empresa, constantes no sistema da Receita Previdenciária. Demonstrativo por competência, individualizado conforme Anexos I e II.*
>
> *(...)*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Aferição de Remuneração com base em RAIS, constantes nos sistemas da Receita Previdenciária não declaradas em GFIP conforme demonstrativo anexo III;

(...)

Foram apresentadas a esta fiscalização folhas de pagamento relativo a trabalhadores denominados pela empresa como 'colaboradores', onde constatamos as seguintes informações: pagamento de Salário, Admissão junto a empresa, descontos de plano de seguro saúde, desconto de adiantamento, seguro invalidez, poupança etc, bem como a atividade exercida junto a empresa;

Verificou-se através das folhas analíticas apresentadas relativa ao período de 01/1998 a 11/1998, 01/2002 e 06/2003, que a remuneração destes trabalhadores não era considerada pela empresa, como incidente de contribuições previdenciárias;

(...)

Baseado nestas informações considerou-se estes trabalhadores como empregados, sujeitos as contribuições previdenciárias (...)." (ff. 113 a 114)

3. Os autos foram baixados em diligência devido a divergências encontradas na classificação do débito, bem como na natureza dos levantamentos feitos por aferição indireta:

"Assim sendo, o processo deverá ser baixado em diligência para que o AFPS notificante se manifeste sobre as divergências apontadas nos quadros acima, pelos seguintes motivos:

a) O erro na classificação do débito (Declaração em GFIP, Não Declarado em GFIP, Período anterior etc) influi na aplicação da multa;

b) As contribuições apuradas com base em Folhas de Pagamento (Anexo IV) apresentadas pelo contribuinte durante a ação fiscal, ainda que de empregados sem registro, não se constitui em aferição indireta e, dessa forma, deverão ser excluídos do presente lançamento em face da impossibilidade de alteração da fundamentação legal para esses Levantamentos, especificamente.

c) Os lançamentos efetuados por meio de aferição indireta em face da não apresentação de documentos, deverá ser precedido do competente Auto de Infração;" (ff. 363 e 364)

4. Em atendimento à diligência solicitada a auditora fiscal responsável pelo procedimento juntou aos autos as seguintes informações:

"a. que a empresa foi autuada através do AI Debcad n. 35.658.037-7 por não apresentação de documentos.

b. que a empresa foi autuada por fatos geradores não declarados em GFIP, fundamentação legal 68, DEBCAD N 35.658.040-7;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

c. que foi emitido também AI Debcad n. 35.658.039-9 relativo a empregados sem registro – fl 56.

d. que o levantamento 007 – Folha Empregados sem registro, relativo ao período de 01/96 a 13/97, referente a folhas de pagamento apresentadas de empregados sem registro foi incluído indevidamente nesta notificação.

e. que em folhas 218 a 273, foram anexados cópias destas folhas.

f. que a competência 10/2002 constou indevidamente no levantamento 003 – com base RAIS em período anterior à implantação da GFIP. Deveria constar no levantamento 005- apurado em RAIS/GFIP – não declarado em GFIP;

g. que o levantamento 008 – com base folha sem registro – período 01/2002 a 06/2003 – foi classificado indevidamente como período anterior à implantação da GFIP. O correto é não declarado em GFIP;" (f. 366)

5. O acórdão de primeira instância restou ementado nos termos que ora transcrevo abaixo:

"PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOBRE REMUNERAÇÕES PAGAS A SEGURADOS EMPREGADOS. RECOLHIMENTO. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA.

Incumbe à empresa promover o recolhimento das contribuições previdenciárias e das destinadas a terceiros, incidentes sobre as remunerações que pagou aos segurados empregados a seu serviço.

PREVIDENCIÁRIO. LEVANTAMENTO INCLUÍDO EM NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO DE DÉBITO, COM ERRO NA RESPECTIVA CLASSIFICAÇÃO FISCAL. NULIDADE.

Impõe-se a nulidade de levantamento incluído em notificação fiscal de lançamento de débito, cujo erro na respectiva classificação provoca indevida alteração no percentual da multa automática aplicada sobre o principal.

Lançamento Procedente" (f. 407)

6. Em sede de recurso voluntário, o contribuinte apresentou suas razões requerendo a reforma da decisão de primeiro grau, tendo em vista a extinção do crédito lançado pela aplicação da decadência quinquenal fixado pelo CTN.

7. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados à apreciação deste Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DA ADMISSIBILIDADE

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

2. Preliminarmente, é importante que seja feita a análise da decadência, conforme requerido pelo contribuinte, tendo em vista que parte do crédito tributário constituído já se encontra decaída, segundo o prazo quinquenal previsto no Código Tributário Nacional.

3. Sobre essa questão, cumpre ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante n° 08. Seguem transcrições:

> *"(...) Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei n° 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.*
>
> *Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.*
>
> *Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei n° 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.*
>
> *É como voto."*
>
> .....
>
> *"Súmula Vinculante n° 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."*

4. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei n° 11.417, de 19/12/2006, *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."*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

5. Ainda sobre o assunto, a Lei n° 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

> *"Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.*
>
> *§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão."*

CÓPIA

6. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei n° 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

7. Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

> *"(...) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido". (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)*

> *"(...) 1. O prazo decadencial qüinqüenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inocorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).*
>
> *2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo qüinqüenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o 'primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, 'Decadência e Prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199)

(...)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial qüinqüenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

8. Compulsando os autos, depreende-se do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, juntado às ff. 111 e 112, que foram analisados os seguintes documentos: Livro de Registro de Empregados; folhas de pagamento; GFIPs – Guia de Recolhimento do FGTS e comprovantes de recolhimento. Além disso, consta do Relatório Fiscal, ff. 113 a 115, que a fiscalização foi realizada com base em folhas de pagamento e GFIP's. Assim, entendendo que houve recolhimento parcial do débito, considerada a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

9. Dessa forma, tendo em vista que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 02/08/2006, referente às contribuições do período de 01/01/1996 a 30/06/2003 ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências **01/1996 a 07/2001**, restando mantidas as competências 08/2001 a 06/2003.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

10. E considerando a existência de débito remanescente, passo a examinar as demais questões recursais.

DO LANÇAMENTO FISCAL

11. Antes de adentrar no mérito propriamente dito, tona-se importante que sejam feitas algumas considerações sobre o processo.

12. Conforme narrado no relatório fiscal, o lançamento do débito previdenciário se deu pelo método de aferição indireta, devido a não apresentação de alguns dos documentos solicitados.

13. Compulsando os autos, verifica-se que a Seção do Contencioso Administrativo (SJCAMPOS) constou a existência de divergências na classificação do débito, bem como na natureza dos levantamentos, no que se refere ao método de levantamento utilizado - aferição indireta, razão pela qual os autos foram baixados em diligência, para que fossem excluídas do lançamento as rubricas que não foram constituídas pelo referido método (aferição indireta).

14. Com base no resultado da diligência, o julgador de primeira instância decidiu pela supressão da rubrica 008 (Folha de Pagamento de empregados sem registro relativo ao período sujeito a entrega de GFIP – período: 01/2002 e 06/2003) e da competência 10/2002 da rubrica 003 (Com base RAIS – Período anterior a obrigação de entrega de GFIP).

15. Dessa forma, restou configurada a exclusão da rubrica 008 (Folha de Pagamento de empregados sem registro relativo ao período sujeito a entrega de GFIP – período: 01/2002 e 06/2003) e da competência 10/2002 da rubrica 003 (Com base RAIS – Período anterior a obrigação de entrega de GFIP) do lançamento fiscal, fato com o qual corroboro.

16. E no que se refere ao procedimento de aferição indireta adotado pela fiscalização para o levantamento do débito, venho me posicionando no sentido de que configurado que o contribuinte não atendeu à solicitação do fisco para a apresentação da documentação exigida, aplica-se o método de aferição, respeitado o princípio da razoabilidade.

17. No caso concreto, foram emitidos três Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD (ff. 106 a 110), datados respectivamente de 02/05/2006, 20/06/2006 e 11/07/2006, sendo que a empresa atendeu apenas parcialmente à solicitação, apresentando alguns dos documentos que foram requeridos, sendo o débitos apurado com base na Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, entregues em época própria.

18. Além disso, não consta nos autos nenhum incidente processual que comprove a dificuldade do representante da empresa em cumprir o exigido pelo fisco.

19. Dessa forma, devido à inércia do contribuinte, o fisco procedeu à confecção dos cálculos com base em valores aferidos indiretamente, os quais resultaram em débito para o recorrente, conforme demonstrado nos autos.

20. E o procedimento indireto adotado encontra respaldo na Legislação Previdenciária (como se pode verificar da combinação do disposto na Lei n.º 8.212/91, com o Regulamento da Previdência Social, aprovada pelo Decreto n.º 3.048/99), na qual se encontra disposto que na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo de sua contabilidade regular, deverá ser aferida, de forma indireta, a mão-de-obra mínima a ser considerada na execução dos serviços para cálculo da contribuição a ser recolhida.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

21. Os parágrafos 3º e 4º, do artigo 33 da Lei de Organização da Seguridade Social, trazem em seu texto:

> *"Art. 33 (...).*
>
> *§ 3* ***Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.***
>
> *§ 4* ***Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.*** *" (g.n.)*

22. Nesse sentido, artigos 232 a 234 do Regulamento da Previdência Social, dispõem:

> *"Art.232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial* ***são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.***
>
> *Art.233.* ***Ocorrendo recusa*** *ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente****, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem,*** *sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência,* ***lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.***
>
> *...*
>
> *Art.234. Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, de acordo com critérios estabelecidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, cabendo ao proprietário, dono da obra, incorporador, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário." (g.n.)*

23. O débito levantado em relação à empresa é patente, notadamente porque baseou-se nas folhas de pagamento dos empregados nominados pela empresa de "colaboradores", dos quais não foram descontadas contribuições previdenciárias. Das folhas de pagamento analisadas constavam as seguintes informações: "pagamento de salários, admissão junto a empresa, descontos de plano de seguro saúde, desconto de adiantamento, seguro invalidez, poupança etc, bem como a atividade exercida junto a empresa". (f. 114)

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

24. Dessa forma, não tendo a empresa colacionado aos autos a documentação comprobatória de sua regularidade contábil e dos termos alegados, e tendo sido configurado que a mesma está em débito para com o fisco acerca das contribuições arroladas no lançamento fiscal, uma vez que não recolheu o valor devido, mantenho a decisão recorrida.

DA MULTA APLICADA

25. No que se refere à multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea "c", deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

26. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

> *"Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996."*

27. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

> *"Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento."*

28. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

29. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea "c", inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO

30. Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2 º da Lei nº 9.430/96, mais benéfica ao contribuinte, e para decotar do lançamento o período abrangido pela decadência, qual seja **01/1996 a 07/2001**.

CÓPIA

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 04/07/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 12/06/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES
Impresso em 27/07/2012 por APARECIDA DA SILVA - VERSO EM BRANCO