



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

Processo nº 13971.002599/2007-65
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.679 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2013
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente CONSTRUTORA E COMÉRCIO CONFILTA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1997 a 30/04/2003

CONTRIBUIÇÃO A CARGO DA EMPRESA. EMPREGADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO ART. 173, I, DO CTN. MULTA DE MORA. APLICAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA NORMA MAIS BENÉFICA.

Não havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

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, se for mais benéfica ao contribuinte.

A empresa é legalmente obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestam serviço.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no que tange à decadência, devido a aplicação da regra expressa no I, Art. 173 do CTN, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até 11/2011, anteriores a 12/2001, nos termos do voto da Redatora. Vencidos os Conselheiros Adriano Gonzales Silvério, Wilson Antonio de Souza Correa e Damião Cordeiro de Moraes,

que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da regar expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por maioria de votos: a) 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). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; Redatora: Bernadete de Oliveira Barros.

(assinado digitalmente)

Marcelo de Oliveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Relator

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros – Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damiao Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva.

Relatório

1. Cuida-se de Recurso Voluntário interposto por CONSTRUTORA E COMÉRCIO CONFI LTDA contra a decisão que julgou válida a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 37.060.430-0.

2. Emerge do relatório fiscal (fls. 60/64) que os documentos apresentados pela empresa quando intimada do procedimento fiscal não foram úteis à verificação direta dos fatos gerados e da base de cálculo das contribuições sociais, a que motivou a auditoria a utilizar-se da aferição indireta, por meio de informações constantes do sistema Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS.

3. O crédito constituído se refere às contribuições devidas à Seguridade Social e a outras entidades decorrentes do pagamento aos empregados e administradores da empresa não recolhidas em época própria, referente às competências de 08/1997 a 10/1997, 12/1997 (13º salário), 01/1998 a 03/1998 e 01/1999 a 04/2003 (incluídos os respectivos 13º salários).

4. O levantamento do débito está dividido por códigos de identificação, conforme classificados pelo auditor fiscal (fl. 58):

“FOC- folha de pagamento dos empregados do período da GFIP;

PRO- folha de pagamento dos administradores do período da GFIP;

FAC- folha de pagamento dos empregados do período anterior a GFIP;

PRA- folha de pagamento dos administradores do período anterior A GFIP.”

5. A ementa do acórdão de primeira instância restou lavrada nos termos transcritos abaixo:

“CONTRIBUIÇÃO A CARGO DA EMPRESA. EMPREGADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

A empresa é legalmente obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestam serviço.

FATO GERADOR

Constitui fato gerador da contribuição previdenciária a remuneração declarada pela empresa em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, como, também as declaradas em formulário destinado a processo de parcelamento não formalizado por omissão do contribuinte.

AFERIÇÃO INDIRETA

É lícita a presunção do fato gerador, com a apuração por aferição indireta do salário de contribuição quando a empresa deixa de

apresentar a documentação comprobatória, cabendo a essa o ônus da prova em contrário. Parágrafo 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

Lançamento Procedente”

6. Visando reverter a constituição do crédito, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 335/340), no qual assinala que:

- a) entregou todos os documentos solicitados no procedimento fiscal, pelo que a aferição indireta se fez impertinente;
- b) a documentação apresentada evidencia que suas atividades se encerram no ano de 1997;
- c) a formalização do encerramento de suas atividades na junta comercial não se deu em 1997, em razão de débitos pendentes;
- d) jamais colocou em dúvida a veracidade das informações alusivas à remuneração de seus funcionários contidas no documento assinado por seu sócio-gerente;
- e) deixou de oficializar o parcelamento por razões não aclaradas nos autos.

7. Não tendo o Fisco apresentado contrarrazões, o julgamento foi convertido em diligência, por meio de resolução (fls. 342/345), para que a autoridade fiscal verificasse a ocorrência do parcelamento, seu conteúdo, a coincidência com o crédito tributário discutido, bem como eventual pedido de desistência da análise do recurso voluntário.

8. Em atendimento ao disposto na resolução, à fl. 347 a Secretaria da Receita Federal do Brasil emitiu despacho conclusivo no qual aclara que o débito aqui discutido não fora abrangido pelo Programa de Recuperação Fiscal – REFIS.

9. Devidamente intimada, a contribuinte deixou transcorrer *in albis* o prazo de 30 (trinta) dias para manifestação do resultado da diligência.

10. Após, os autos foram restituídos a este Conselho para apreciação e julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA

1. Na última assentada esta Câmara decidiu converter o julgamento em diligência para que fosse sanada dúvida quanto a inclusão ou não do presente débito no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS).

2. Em resposta, a autoridade fiscal removeu as dúvidas informando que os débitos ora lançados não foram consolidados no Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), visto que a dívida consolidada se refere exclusivamente a débitos não previdenciários em cobrança à época pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Eis o trecho da informação fiscal:

“Em resposta à Resolução 2301000.212 da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, passa-se a responder à diligência solicitada. Conforme consta à fl. 315 do presente processo (antiga fl. 310 do processo papel), resta cristalino que os débitos lançados pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito DEBCAD 37.060.430-0 não foram consolidados no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS – visto que a dívida consolidada refere-se exclusivamente a débitos não previdenciários em cobrança à época pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Desse modo, pode-se afirmar conclusivamente que a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito DEBCAD 37.060.430-0 não foi incluída no REFIS.” (fl. 347)

3. Não há, portanto, óbice ao enfrentamento da matéria recursal trazida ao exame deste colegiado.

DA DECADÊNCIA

4. De pronto passo à análise da decadência, assunto que enfrente de ofício, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública.

5. Trata-se de débito previdenciário relativo às competências compreendidas entre 08/1997 a 04/2003. O contribuinte foi cientificado do 21/09/2007, conforme demonstra o documento o AR recebido pelo representante da empresa. (fl. 56/57)

6. Compulsando os autos, depreende-se que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

7. O CARF, por intermédio de uma de suas Câmaras Superiores, corroborou tal entendimento ao aplicar a regra do art. 150, “eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal)”. (Processo nº 36918.002963/2005-75; Recurso nº 243.707 Especial do Procurador Acórdão nº 920201.418)

8. É o caso, portanto, da aplicação do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, posto que a espécie é de tributo sujeito à homologação. Sendo assim, **encontram-se decaídas as contribuições relativas ao período de 08/1997 a 09/2002, inclusive.**

9. Uma vez que resta o débito a ser enfrentado, passo à análise das demais questões recursais.

DO ARBITRAMENTO

10. No que diz respeito à reclamação do contribuinte acerca do procedimento utilizado pelo auditor fiscal para o arbitramento das contribuições, entendo que não há retificação a fazer na decisão recorrida.

11. Ante a negativa da empresa em apresentar toda a documentação solicitada não caberia ao auditor fiscal outra ação a não ser o arbitramento. A justificativa para a adoção do ato extremo está posta no relatório fiscal:

“Tendo em vista que não havia documentos para a verificação direta dos fatos geradores e da base de cálculo das contribuições, nas competências não cobertas pelo levantamento do FORCED- Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos (Anexo I), assinado pelo proprietário da empresa, esta Auditoria utilizou-se das informações contidas no sistema Cadastro Nacional de Informações Sociais- CNIS, através da GFIP informada mensalmente pela empresa (Anexo II). (fls. 60/61)”

12. O procedimento está devidamente previsto na Lei n.º 8.212/91, art. 33, §6º:

“Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário”.

13. O Contribuinte, por sua vez, não apresentou documentos hábeis a contestar o procedimento de aferição indireta, de maneira que rejeito a preliminar por ele levantada.

DO DÉBITO

14. No que diz respeito ao débito principal, entendo que restou evidenciado nos autos que os valores eram devidos. Os documentos apresentados pela empresa não foram suficientes para elidir o lançamento fiscal.

15. A ementa do julgado na primeira instância evidencia a obrigação do contribuinte:

“CONTRIBUIÇÃO A CARGO DA EMPRESA. EMPREGADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL.

A empresa é legalmente obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestam serviço.

FATO GERADOR

Constitui fato gerador da contribuição previdenciária a remuneração declarada pela empresa em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, como, também as declaradas em formulário destinado a processo de parcelamento não formalizado por omissão do contribuinte.”

16. Desta forma, mantenho a decisão recorrida quanto às competências não atingidas pela decadência.

DA MULTA APLICADA

17. Sobre a 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 de ofício 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.

18. 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.”

19. 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.”

20. 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.

21. 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, até 11/2008, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

22. Voto por conhecer do Recurso Voluntário para dar-lhe parcial provimento e:

a) aplicar a decadência prevista no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, para afastar do lançamento as contribuições relativas ao período de 08/1997 a 09/2002, inclusive;

b) aplicar a 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.

23. No mais, mantenho a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros

Permito-me divergir do entendimento do Conselheiro Relator, quanto à aplicação do prazo decadencial, pelas razões a seguir expostas.

O Relator vota por aplicar a regra contida no art. 150, § 4º, do CTN.

De fato, o STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Todavia, no caso em tela, entendo que aplica-se a regra contida no art. 173, I, do CTN, uma vez que não houve recolhimento antecipado da contribuição devida incidente sobre a remuneração paga aos segurados a serviço da notificada, objeto do lançamento.

Observa-se, da análise do DAD, RDA e RADA, que não houve recolhimento após 11/2001, mas somente até a competência 09/2001, ou seja, houve recolhimento parcial somente em competências alcançadas pela decadência por qualquer regra do CTN.

Assim, após 09/2001, verifica-se que não consta qualquer recolhimento de contribuições sociais.

Dessa forma, considerando que o débito se refere às competências compreendidas entre 08/1997 a 04/2003, e considerando que a intimação do sujeito passivo se deu em 21/09/2007, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 11/2001, inclusive, uma vez que, para a 12/2001, o lançamento poderia ter sido lançado em 01/2002, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, citado acima.

Nesse sentido, voto por dar provimento parcial ao recurso, para que se exclua, do valor do débito, por decadência, o valor lançado até a competência 11/2001, inclusive.

É como voto.