



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

Processo n° 15504.018254/2009-27
Recurso n° 947.300 Voluntário
Acórdão n° **2301-003.091 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de setembro de 2012
Matéria Obrigações Acessórias
Recorrente BANCO BMG S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. NÃO DECLARAÇÃO EM GFIP DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APLICAÇÃO DE PENALIDADE MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE.

A apresentação de GFIP com dados não correspondentes a todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, constituía, à época da infração, violação ao art. 32, IV, §3º da Lei 8.212/91, ensejando a aplicação da multa prevista no art. 32, §5º da mesma Lei.

A penalidade prevista no art. 32-A, inciso I, da Lei 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, pode retroagir para beneficiar o contribuinte, sendo-lhe mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32-A, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente; II) Por unanimidade: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do Relator.

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

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

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo Banco BMG S.A. em face da decisão que julgou improcedente a impugnação apresentada e que manteve o crédito tributário referente ao período de 01/06/2004 a 31/12/2005.

2. Conforme consta no relatório fiscal ff. 13/15, o auto de infração 37.238.265-7 foi lavrado por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que a empresa apresentou a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias nas competências de 06/2004 a 12/2005. Transcrevo abaixo parte do referido relatório:

“ 1- O presente Auto-de-Infração - AI foi lavrado contra a empresa acima identificada, uma vez que a mesma apresentou Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempode Serviço e Informação à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme demonstrado a seguir, o que constitui infração ao artigo 32, inciso IV, § 5 o da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no D.O.U. de 25/07/91, combinado com o art. 225, inciso IV, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, publicado no D.O.U. de 07/05/99.

2- A empresa deixou de informar na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social - GFIP os prêmios pagos a seus empregados nas competências 06/2004 a 12/2005. O pagamento do prêmio aos segurados da auditada ocorreu por intermédio da empresa SIM Incentive Marketing Ltda., CNPJ 03.745.219/0001-08, como comprovam os seguintes documentos: contrato de prestação de serviço , notas fiscais emitidas pela SIM Incentive Marketing Ltda.

3- Em linhas gerais, o sistema de premiação implantado na empresa auditada ,com a participação da SIM Incentive Marketing Ltda, funcionou da seguinte forma: o Banco BMG S.A elaborava uma relação com o nome completo, CPF e respectivos valores a serem distribuídos aos colaboradores da "CAMPANHA DE INCENTIVO AÇÃO E SUPERACÃO". A SIM Incentive Marketing Ltda disponibilizava as premiações por meio com o cartão SIM CLUB, os premiados, podiam sacar seus prêmios, nos terminais de autoatendimento do Unibanco, rede compartilhada e guichês de caixa e/ou comprar nos” estabelecimentos credenciados na rede Cheque Eletrônico e Rede Shop.

3. A empresa, após ter sido devidamente intimada (f. 18), impugnou o lançamento tempestivamente às ff. 22/34. Ao analisar os argumentos trazidos na peça impugnatória, a primeira instância administrativa julgou improcedentes os pedidos da empresa e manteve a totalidade do crédito tributário. A decisão *a quo* restou ementada às ff. 96/99, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2005

LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. INFORMAÇÕES INEXATAS. CONEXÃO.

Constitui infração à legislação previdenciária, apresentar a empresa a GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas contribuições previdenciárias.

Devem ser julgados em conjunto com o processo principal os processos vinculados por conexão.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

4. Irresignada, a empresa interpôs tempestivamente o recurso voluntário às ff. 108/122, no qual aduz, em síntese:

a) a premiação paga pela empresa a seus funcionários, por meio do Premium Card, não tem natureza salarial e, portanto, deve o auto de infração ser anulado;

b) reforça a sua natureza não salarial do prêmio concedido dado o caráter eventual da verba;

c) em obediência aos Princípios da Legalidade (artigo 142, do Código Tributário Nacional) e Retroatividade da Lei Mais Benéfica (artigo 106, II, c, do mesmo diploma legal), deveria ser aplicada a sanção contida no artigo 32, §5º, da Lei 8.212, de 1991, sobre omissão de fatos geradores em GFIP; e não os artigos 35 e 35-A desta lei, relativo à ausência de recolhimento.

5. Sem contrarrazões fiscais, os autos foram encaminhados a este Conselho para exame e julgamento desta matéria em sede recursal.

Este é o relatório.

Voto

Conselheiro Relator Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

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

DO LANÇAMENTO

2. Como bem relata o relatório fiscal no item 2.1.4 (f. 196) os elementos que serviram de base para o levantamento fiscal do débito foram as notas e faturas de serviços, emitidas pela empresa SIM Incentive Marketing Ltda, apresentadas pelo próprio sujeito passivo, as quais foram confrontadas com os lançamentos contábeis do período.

3. Isso por que, apesar da fiscalização ter requerido a apresentação da “relação discriminando os valores pagos, por segurado e competência, relativos às notas fiscais emitidas pela SIM Incentive Marketing LTDA”, conforme consta no Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), ff. 13/14 a recorrente não atendeu ao solicitado e por consequência o auditor fiscal aferiu indiretamente o valor do débito, nos termos da Lei 8.212/91, artigo 33, §3º, conforme relatório fiscal complementar f. 227.

4. Dessa forma, o fato de a empresa não possuir em seus controles a relação discriminada dos beneficiários e dos valores pagos a título de premiação, tornou-se elemento determinante do procedimento adotado pela fiscalização, qual seja a aferição indireta.

5. Ainda sobre esse aspecto a recorrente aduz em seu recurso que “*o fato de o recorrente não ter em seus controles a relação discriminada dos supostos beneficiários das parcelas pagas pela empresa contratada não enseja a possibilidade do lançamento se efetivar via aferição indireta. Ora, o Recorrente não estava obrigado a manter em sua escrita fiscal os documentos solicitados pela Fiscalização, posto que não há a presença dos requisitos que compõem o alicerce normativo da incidência das contribuições previdenciárias (habitualidade e não-eventualidade)*” e sugere que o Fisco deveria ter diligenciado em face da empresa SIM Incentive Marketing, pois a contratada para fazer o pagamento e controle do recebimento do Cartão Prêmio possuía a documentação pertinente.

6. Ocorre que entendo que nesse ponto não merece guarida a alegação da recorrente, uma vez que tendo em vista que os pagamentos de fato eram feitos à empresa de marketing que apenas os repassava para aqueles que fizessem jus ao benefício, a empresa deveria sim manter esse controle de pagamentos e tê-los apresentado ao Fisco no momento oportuno.

7. Ressalto ainda que foi dada ao contribuinte a oportunidade de apresentar tais documentos tanto na apresentação da primeira impugnação, quanto na apresentação da segunda, após o relatório complementar e ainda assim a empresa sequer teve a preocupação de requerer os documentos da empresa contratada.

8. Sendo assim, apesar de entender que a incidência de contribuição previdenciária somente seria cabível se comprovado a habitualidade dos pagamentos, retirando a incidência daqueles que respeitarem o limite de dois pagamentos ao ano, por analogia à legislação de regência da Participação nos Lucros e Resultados (PLR), não vislumbro tal

hipótese *in casu*, tendo em vista que a recorrente não acostou aos autos documentos hábeis que possibilitassem o meu posicionamento nesse sentido.

9. Dessa forma, não acato os argumentos colacionados pela recorrente nesse ponto.

DA APLICAÇÃO DE PENALIDADE BENÉFICA

10. No caso dos autos, verifica-se que o auto de infração foi lavrado por ter o contribuinte omitido fatos geradores na GFIP, sendo-lhe aplicada a penalidade prevista no art. 35, §5º da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época da ocorrência do fato gerador, ou seja, equivalente a 100% da contribuição devida e não declarada, legalmente embasada no art. 32, §5º da Lei 8.212/91.

11. No entanto, com o advento da Lei 11.941/09, o parágrafo 5º acima suscitado fora revogado em sua totalidade, passando a regular a matéria o disposto em seu art. 32-A, inciso I, *in verbis*:

"Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei 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 declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo."

12. Nesse aspecto, o Código Tributário Nacional, em seu art. 106, II, alínea "c", afirma expressamente que a Lei nova deverá retroagir quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na Lei vigente anterior, *verbis*:

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.

13. Corroborando com entendimento suso aludido, segue abaixo a jurisprudência dos Tribunais Superiores Pátrios acerca da questão, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, "C", DO CTN - 1- A posterior alteração do valor da multa aplicada à cobrança de tributos,

mais benéfica ao contribuinte, deve retroagir. Aplicação do art. 106, II, "c", do CTN. Precedentes do STJ. 2- Agravo Regimental não provido.

(STJ - AgRg-REsp 922.984 - (2007/0023457-2) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 11.03.2009 - p. 309)

TRIBUTÁRIO - MULTA - ART. 61, DA LEI Nº 9.430/96 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEX MITIOR - 1- A ratio essendi do art. 106 do CTN implica que as multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução, pelo que, independentemente de o fato gerador do tributo tenha ocorrido em data anterior a vigência da norma sancionatória. 2- A Lei que determina a multa pelo não recolhimento do tributo deve ser menor do que a anteriormente aplicada, a novel disposição beneficia as empresas atingidas e por isso deve ter aplicação imediata, vedando-se, conferir à Lei uma interpretação tão literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da Lei mais benéfica. (Lex Mitior). 3- In casu, não se revela obstada a aplicação do art. 61, da Lei nº 9.430/96, se o fato gerador decorrente da multa tenha ocorrido em período anterior à 01.01.1997, pelo que, ante o disposto no art. 106, inc. II, letra "c", em se tratando de norma punitiva, aplica-se a legislação vigente no momento da infração. 4- O Código Tributário Nacional, ao não distinguir os casos de aplicabilidade da Lei mais benéfica ao contribuinte, afasta a interpretação literal do art. 61, da Lei nº 9.430/96, que determina a redução do percentual alusivo à multa incidente pelo não recolhimento do tributo, no caso, de 30% para 20%, por ter status de Lei Complementar,. 5- A redução da multa aplica-se aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da lex mitior consagrado no art. 106 do CTN. 6- Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-AI 902.697 - (2007/0137134-1) - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 19.06.2008 - p. 153)

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - REDUÇÃO DA MULTA FISCAL - ART. 35 DA LEI 8.212/91 E ART. 106, II, C, DO CTN - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA AO DEVEDOR - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - CDA - REQUISITOS - APRECIÇÃO - SÚMULA 7/STJ - 1- Inexiste contradição em acórdão que fixa o entendimento pela necessidade de pagamento para que ocorresse a retroatividade benigna em favor do contribuinte quando a fundamentação do aresto segue no mesmo diapasão. 2- Inviável na sede extraordinária perquirir a presença dos requisitos formais de validade de certidão de dívida ativa, ainda mais quando já declarada válida pela instância ordinária. Inteligência da Súmula 7/STJ. 3- Ainda não definitivamente julgado o feito, o devedor tem direito à redução da multa, nos termos do art. 35 da Lei 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei 9.528/97. 4- No confronto entre duas normas, aplica-se a regra do art. 106, II "c" do CTN, por ser a dívida previdenciária de natureza tributária. 5- Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp 1.053.735 - (2008/0095239-0) - 2ª T. - Relª Eliana Calmon - DJe 26.11.2008 - p. 1032)

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - REDUÇÃO DA MULTA - APLICAÇÃO DO ART. 106, II, "C", DO CTN - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - 1- "É plenamente aplicável lei superveniente que preveja a redução de multa moratória dos débitos tributários. Aplicação do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional." (REsp 624.536/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 06.03.2007 p. 248). 2-

Recurso Especial não provido. (STJ - REsp 628.077 - (2004/0013099-0) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 17.10.2008 - p. 637)

14. Nota-se, portanto, que de acordo com as jurisprudências colacionadas, é pacífico o entendimento da aplicação da penalidade da Lei mais benéfica a fatos pretéritos.

15. Portanto, no meu entendimento, caso se constate no recálculo da multa com a observância no disposto no art. 32-A, inciso I, da lei n. 8.212/91, na redação dada pela Lei n. 11.941/09, que o novo valor da penalidade aplicada é mais benéfico ao contribuinte, não há como se ignorar o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, privando a empresa do benefício legal.

CONCLUSÃO

16. Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para determinar que seja aplicada aos valores referentes às omissões de fatos geradores correspondentes a penalidade a multa do art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, se esta lhe for mais benéfica.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator