



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

Processo nº 15563.000553/2007-49
Recurso nº 158.595 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.306 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BERG1TEX INDUSTRIA TEXTIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2005 a 30/04/2007

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, conforme possibilita o § 3º, Art. 33, da Lei 8.212/1991.

UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO PARA QUANTIFICAÇÃO DA MASSA SALARIAL RELATIVA AO PERÍODO DE 04/2006 A 03/2007

Não há inconstitucionalidade na autuação fiscal, uma vez que a vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim proíbe a sua utilização como indexador, ou seja, como fator de correção monetária.

TAXA SELIC E MULTA MORATÓRIA

Legalidade da aplicação da taxa SELIC e da multa moratória nos termos da legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador. Considerando a edição da Lei nº 11.941/2009, que alterou o art. 35 da Lei nº 8.212/91, impõe-se a observância do art. 106, II, c do CTN no tocante à multa de mora.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari, Presidente

Cid Marconi Gurgel De Souza.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro e Marcelo Magalhães Peixoto. Ausente o conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado às fls. 266-270 contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ (fls. 252 a 261) que julgou procedente o lançamento constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.118.903-9, mantendo o crédito tributário exigido no valor principal de R\$1.350.530,96 (um milhão, trezentos e cinquenta mil, quinhentos e trinta reais e noventa e seis centavos), acrescido de juros e multa moratória a serem calculados no momento da liquidação, decorrente de contribuições devidas à Seguridade Social, “referentes à parte de segurados não descontada, parte patronal, inclusive aquelas destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, e às destinadas aos "Terceiros" (SALÁRIO-EDUCAÇÃO, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE), incidentes sobre os valores de remuneração de empregados e contribuintes individuais – empresários, apurados por aferição indireta”, abrangendo o período de 05/2005 a 04/2007.

Desta autuação, a recorrente foi cientificada em 22/09/2007 e apresentou impugnação às fls. 225 a 228, alegando:

- *Que os métodos utilizados na aferição indireta fogem da realidade, estampada nas declarações de imposto de renda dos sócios, propiciando a bi-tributação;*
- *Que a aferição indireta da massa salarial do período de 04/2006 a 03/2007 não pode prosperar por ser vedada por lei a utilização do salário mínimo como índice base para qualquer finalidade que não a de alimentos e ou pensão/aposentadoria;*
- *Que a utilização do salário mínimo como índice de atualização da base de cálculo do INSS burla a lei que extinguiu a correção monetária para débitos fiscais e previdenciários;*
- *A inconstitucionalidade da cobrança de juros de mora com base na variação da Taxa SELIC;*

Por fim, requer que se decida pela improcedência do arbitramento, a fim de declarar nula a NFLD e, no caso de restar algum valor a servir de base de cálculo, que os juros de mora obedeçam às normas do CTN, sendo lançados à razão de 1% ao mês, e não com base na taxa de juros SELIC.

Instada a manifestar-se acerca da matéria, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro/RJ proferiu decisão (nº 12-18.280 – 13ª Turma da DRJ/RJOI) nos seguintes termos:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS • ,
PREVIDENCIÁRIAS*

Período de apuração: 01/05/2005 a 30/04/2007

AFERIÇÃO INDIRETA - RAZOABILIDADE - ÔNUS DA PROVA.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação ou sua apresentação deficiente, o que se constitui em presunção legal relativa, cumpre ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário. Art. 33, § 3º, da Lei nº8.212/91, c/c o art. 148 do CTN.

JUROS DE MORA -TAXA SELIC

A partir de 1º de janeiro de 1997, os débitos não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa SELIC, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE.

Não é o foro administrativo o apropriado para as discussões relativas à constitucionalidade ou ilegalidade dos dispositivos legais utilizados nos lançamentos de crédito tributário. Usurpação de função. Art. 102, 1, a c/c art. 109 da Constituição Federal.

Lançamento Procedente

Irresignada com a decisão supra, a recorrente interpôs recurso voluntário às fls. 266-270, reiterando os pedidos formulados na impugnação, além da ilegalidade da multa aplicada, por considerá-la revestida de efeitos confiscatórios.

No pedido, requereu a retificação do lançamento no que se refere ao pro-labore, a exclusão dos juros SELIC e a redução das multas ao patamar mínimo previsto em lei.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

DO MÉRITO:**I – DA AFERIÇÃO INDIRETA RELATIVA AO PERÍODO DE 04/2006 a 03/2007:**

Em sede recursal, a recorrente questiona o lançamento por aferição indireta da massa salarial relativa ao período de 04/2006 a 03/2007, sob o argumento de que o fisco não poderia ter utilizado como índice de aferição da massa salarial o salário mínimo.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o fisco tem competência e obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, razão por que prevê a lei um conjunto de obrigações acessórias, dentre elas destaca-se o dever imposto ao contribuinte de apresentar documentos e informações.

No caso concreto, apesar de intimada, a recorrente não apresentou os documentos requeridos pela fiscalização, deixando de apresentar, entre outros, os Livros Diário e Razão, Folhas de Pagamento, RAIS, GFIP, Rescisões de Contrato de Trabalho, Recibos de aviso prévio e de férias.

Em caso de não apresentação ou de apresentação deficiente dos documentos e informações, a Lei nº 8.212/91 determina o lançamento do crédito tributário pelo método de aferição indireta, consoante dispõe o art. 33, §3º da Lei nº 8.212/91, *in verbis*,

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.(grifei)

A partir da aferição indireta, o fisco lança a importância que julgar devida a partir dos dados do contribuinte disponíveis nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, dentre eles os dados integrantes da RAIS, transferindo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

In casu, especificamente no que concerne ao período de 04/2006 a 03/2007, o fisco não dispunha sequer dos dados da RAIS, utilizados para aferição da massa salarial no exercício de 2005. Por conseguinte, foram utilizados dados do CAGED – Cadastro Geral de Empresas, conforme informa o Relatório Fiscal à fl. 40, *in verbis*,

6.3- LEVANTAMENTO "RAI"- DIFERENÇA RAIS E CAGED x GFIP — PERÍODO: 04/2006 a 03/2007

Para os exercícios de 2006 e 2007 não dispúnhamos de dados da RAIS. Somente dados do CAGED-Cadastro Geral de Empresas, que registram o número de vínculos declarados pela empresa para cada competência. Para aferirmos a massa salarial nesse período, procedemos da seguinte forma:

- a) Transformamos a massa salarial das competências de 05/2005 a 12/2005 para número de salários-mínimos (SM).*
- b) Tiramos a média do número de salários-mínimos para esse período.*
- c) Apuramos o número de salários-mínimos de cada competência de 2006/2007, multiplicando a média de SM 2005, pelo número de vínculos obtido através de consulta ao CAGED.*
- d) Transformamos a massa salarial obtida em SM (item anterior) em moeda, multiplicando pelo SM vigente na competência.*

Resta saber, portanto, se a fiscalização poderia utilizar o salário mínimo como parâmetro para aferição indireta da massa salarial do período de 04/2006 a 03/2007.

É cediço que a vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, estabelecida no art. 7º, IV, proíbe a sua utilização como indexador, ou seja, como fator de correção monetária. Tal entendimento encontra-se sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A esse respeito, confira-se:

Súmula Vinculante nº 04 do Supremo Tribunal Federal - Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. (Publicada no DJe nº 83, p. 1, em 09/05/2008).

RECURSO ESPECIAL. OFENSA GENÉRICA À LEI. SÚMULA N. 284/STF. AÇÃO RESCISÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO. VEDAÇÃO. LEI N. 6.205/75. RESCISÃO. NOVO JULGAMENTO. NECESSIDADE.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. É vedada a utilização do salário mínimo como indexador para que se proceda ao reajuste ou a atualização do poder aquisitivo da moeda, apesar de ser autorizada como quantificador do montante indenizatório.

(...)

4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (STJ, REsp nº 869.049/SP, Min. Rel. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, DJe 01/03/2010).

Dessarte, não há inconstitucionalidade no método utilizado pelo fisco para aferição da massa salarial do período impugnado em sede recursal, uma vez que o salário mínimo apenas serviu como parâmetro para a quantificação da base de cálculo omitida pelo contribuinte, e não como indexador.

II – DA LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DA TAXA SELIC E DA MULTA MORATÓRIA

Insurge-se a recorrente contra aplicação da Taxa SELIC ao fundamento de que seria ilegal, sobretudo por não encontrar previsão em lei.

Ocorre que a legislação de regência à época da ocorrência do fato gerador, a Lei nº 8.212/91, afastava literalmente os argumentos erguidos pela recorrente, *in verbis*:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Entretanto, a Lei nº 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei nº 8.212/91, determinando que os débitos tributários a nível federal, teriam suas cobranças acrescidas de multa e juros na forma do art.61 da Lei nº 9.430/96. Então vejamos:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

LEI N 9.430/96

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.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º(...)

(...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

A propósito, convém ainda mencionar que o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula nº 03, nos seguintes termos:

SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Portanto, a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos tributários federais é correta com fulcro no artigo 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

Do mesmo modo, não há como prosperar a alegação de ilegalidade na aplicação da multa moratória, sob o fundamento em suposto caráter confiscatório.

In casu, constata-se que a aplicação da multa deu-se em conformidade com o art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação vigente à época e conferida pela Lei nº 9.876/99, que determinava a progressão da multa consoante a fase e o decorrer do tempo, podendo atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Sucedede que o referido dispositivo legal foi alterado pela Lei nº 11.941/2009, que remeteu a disciplina da multa moratória ao art. 61 da Lei nº 9.430/96, o qual estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Considerando que o art. 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, em se tratando de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, impõe-se o cálculo da multa com base no art. 61 da Lei nº 9.430/96, para efeito de determinação e prevalência da multa mais benéfica.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, devendo-se proceder ao recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel De Souza.