



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

Processo nº 15922.000011/2008-21
Recurso nº 15.922.000011200821 Voluntário
Acórdão nº **2803-001.745 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente SAVOY HIGIENIZACAO TEXTIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/05/2005

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL.

Em face da inconstitucionalidade declarada do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 pelo Supremo Tribunal Federal diversas vezes, inclusive na forma da Súmula Vinculante n. 08, o prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, ou do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, conforme o modalidade de lançamento.

APURAÇÃO DEVIDA, COM BASE EM DOCUMENTOS FORNECIDOS PELO CONTRIBUINTE.

Fulcro nos artigos 33, da Lei n. 8.212/1991, a NFLD foi lavrada considerando os próprios livros, declarações, e demais documentos do contribuinte, demonstrando-se corretamente as bases legais e fáticas do crédito apurado, obedecendo o art. 142 do CTN.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO APRECIADA PELO CARF, ART. 62, DO REGIMENTO INTERNO.

O CARF não pode afastar a aplicação de decreto ou lei sob alegação de inconstitucionalidade, salvo nas estritas hipóteses do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

MULTA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

Apenas cabe aplicação retroativa de multa ou penalidade quando a mesma for realmente mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido Em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, : por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para declarar a extinção dos créditos tributários constituídos com base em fatos geradores ocorridos anteriormente à 01.01.1999, em razão da ocorrência de decadência

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Natanael Vieira dos Santos, Amilcar Barca Teixeira Júnior, André Luis Marisco Lombardi, Paulo Roberto Lara dos Santos.

Relatório

O presente Recurso Voluntário (fls.152 e seguintes) foi interposto contra decisão do julgador de primeira instância(fl. 189 e seguintesdo processo digital), que manteve os créditos tributários oriundos da incidência de contribuições previdenciárias patronais apuradas em levantamento por aferição indireta da base de cálculo, no período de 01/01/1994 a 31/05/2005 (períodos não contínuos). A ciência do auto de infração inaugural foi em 24.12.2004 (fls. 82). Em razão da precisão, repito o colocado pelo acórdão da 2ª. Câmara do CRPS, quando converteu o julgamento em diligência:

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário que tem por objeto contribuições sociais incidentes sobre valores pagos a segurados empregados. Os fatos geradores foram apurados de arbitramento em razão da apresentação parcial de documentos de interesse da Previdência Social (fls. 56/59).

A recorrente impugnou o lançamento (fls. 86) e a Receita Previdenciária o julgou procedente com nulidade parcial, reduzindo a multa de mora relativamente às contribuições confessadas em GFIP (fls. 137).

A Receita Previdenciária explica o arbitramento como segue:

"Por não terem sido apresentadas as folhas de pagamento de janeiro de 1994 a dezembro de 1997, de outubro a março de 1998 e de fevereiro de 2003 realizou o arbitramento da base de calculo com base em RAIS e em GFIP. Os valores arbitrados foram acrescidos de 17,85% tendo em vista a constatação informada no item 2 supra.

Para o período em que o contribuinte apresentou as folhas de pagamento, a base de cálculo arbitrada foi de 17,85% do valor declarado nos aludidos documentos."

Inconformada, interpôs recurso alegando em síntese e em seus termos (fls. 152):

a) informa que iniciou e paralisou suas atividades no ano de 1994. A paralisação ocorreu por ter sofrido os reveses do Plano Real. A desativação total resultou na ausência de recolhimentos à Previdência Social;

b) os sócios, ante a dificuldade para a abertura de nova empresa, decidiram aproveitar a empresa já aberta, porém desativada, para reiniciar suas atividades. Salienta que os sócios jamais imaginaram que ao agir desta maneira gerariam a presunção de que haveria encargos sociais retroativos a recolher nem que a mão-de-obra contratada seria projetada a período anterior à sua transferência para Franco da Rocha;

c) sustenta que os créditos tributários decorrentes de bases de cálculo 'arbitradas dificilmente prosperam na esfera judiciária, principalmente se considerado que o valor astronômico exigido não tem qualquer relação com a realidade econômica da empresa;

d) acrescenta que, se seus argumentos forem acolhidos, o INSS sofrerá o ônus da sucumbência entre 10% a 20% do crédito exigido;

e) descreve que o Auditor-Fiscal notificante levou em consideração para todo o período o salário-de-contribuição dos 'doze empregados não registrados em agosto de 2004. Defende que o procedimento adotado revela uma total discricionariedade do Fisco;

f) outro fator que, a seu ver, não pode ser desprezado é a constatação do IBGE de que há uma diminuição na massa salarial e na quantidade de empregos dos trabalhadores de baixa qualificação;

g) argúi que o INSS tem seus sistemas de controle e, se existisse tamanha distorção em seus recolhimentos, já teria sido fiscalizada há muito mais tempo;

h) requer que o montante exigido seja revisto para patamares mais próximos à sua realidade;

i) informa que a base de cálculo foi arbitrada por não ter apresentado os documentos e os livros requisitados mediante TIAD;

j) informa que em agosto de 2004 foi constatado que 17,85% das remunerações não estavam devidamente registradas. Este índice foi aplicado sobre os salários-de-contribuição inscritos de ofício e sobre os salários-de-contribuição relativos ao período de 03/2003 a 08/2004;

l) destaca que os valores dos salários-de-contribuição foram obtidos com base em dados do CNIS e nas folhas de pagamento;

m) entende que houve erro na metodologia de cálculo, pois o fator de 17,85% foi considerado como índice de atualização relativamente às informações contidas no; CNIS e como índice de obtenção da base de cálculo em relação ao período de 03/2003 a 08/2004;

n) como multiplicou a informação do CNIS por 1,1785 entende que o índice de 0,1785 foi utilizado como fator de atualização monetária da base de cálculo.

o) entende ser uma ilegalidade a utilização em todo o período do fator índice obtido com base em salários-de-contribuição do mês de agosto de 2004.

p) argúi ser uma discrepância a utilização do fator de 1,1785 em um período e o fator de 0,1785 em outro. Se, nos dois períodos,

foram utilizadas massas salariais, não há motivo para a aplicação de fatores diferentes.

q) aduz que a base de cálculo de CR\$ 856.019,24 em 01/1994 não reflete com precisão o exposto no relatório de auditoria. Conclui que houve cerceamento ao direito de defesa, pois o contribuinte não foi informado de forma precisa e robusta do critério utilizado pela Fiscalização - para chegar ao crédito tributário exigido. Entende ter sido desrespeitado o disposto no artigo 325 d Instrução Normativa INSS/DAF nº 70/2002.

r) o Fisco arbitrou para o ano de 1994 um crédito de R\$ 10.268,04. Para os últimos doze meses (09/2003 a 08/2004), exige-se um crédito de R\$ 16.185,55. Informa que, na última competência, apresentou uma folha de pagamento com 107 funcionários. Entende as informações contidas nas RAIS sobre uma média de 20 funcionários para um período de retração econômica é desproporcional.

s) considerando-se uma média de 12 funcionários, o valor arbitrado pelo Fisco resulta em uma média salarial fora dos padrões da categoria.

t) repisa seus argumentos no sentido de que já teria sido fiscalizado se o crédito exigido fosse tão exorbitante. O INSS não esperaria 10 anos para fiscalizar um contribuinte com tamanha falta de recolhimentos.

u) defende que o arbitramento é aceito pelo Poder Judiciário apenas quando reflete com fidelidade a realidade dos fatos.

v) argumenta que o Auditor-Fiscal, ao aplicar a lei, deve levar em consideração as vicissitudes do caso concreto.

x) por fim, alega que as contribuições eventualmente devidas pela empresa autuada anteriores a 10 anos da emissão da NFLD deverão ser desconstituídas em virtude do decurso do prazo decadencial, que impede a autarquia de exigir tais tributos.

Em contra-razões, a Receita Previdenciária se manifestou pela procedência do lançamento (fls. 176).

Após o retorno da conversão da diligência, a autoridade fiscal informou que a aferição indireta em relação aos períodos de janeiro de 1994 a dezembro de 1996, ocorrera por não apresentação de documentos mercantis do período.

O presente processo esteve sobrestado, nos termos do art. 62A, §1º do RICARF/MF, em razão de espera de decisão do STF nos termos do art. 543B do CPC, no RExt n. 603624, mas que retornou à apreciação em razão da Portaria CARF/MF n. 01/2012.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato - Relator

I - O recurso é tempestivo, conforme supra relatado, dispensado do depósito prévio (Súmula Vinculante 21 do STF), assim deve o mesmo ser conhecido.

II - Em face à análise do Recurso e dos autos do processo, atenta-se à extinção de parte dos créditos constituídos em razão da ocorrência de decadência.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado e obrigatório à administração pública, emitiu a Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, que pacificou o entendimento da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, 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 n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

Observe-se a NFLD é referente às fatos geradores são dos períodos de de 01/01/1994 a 31/05/2005. Neste caso, apesar da natureza das contribuições tendentes ao lançamento por homologação (art. 150, do CTN), o lançamento deu-se de ofício, tanto que fora realizado por aferição indireta (art. 149, do CTN c/c 33, par.6º, da Lei n. 8.212). Assim, dever-se-á aplicar a regra de incidência e decadência e extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito disposta no art. 173, I, do CTN, em que o *direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

Ainda, em razão do segundo caso de decadência (art. 173, I, do CTN), tal matéria foi submetida ao crivo da 1ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial representativo de controvérsia – RESP 973.733, conforme art. 543-C do normativo processual (recurso repetitivo) e, segundo a nova redação do art. 62-A do Regimento interno do CARF, de reprodução obrigatória pelos Conselheiros. Reproduzimos excerto da ementa:

3. *O dies a quo do prazo quinquenal 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 impositivo, 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(...) grifamos*

Consoante a regra retro citada, faz reconhecer a decadência referente a todos os fatos geradores ocorridos anteriormente ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo. Atenta-se que o fato gerador das contribuições previdenciárias ocorre no momento da prestação do serviço (art. 43, par. 2º, da Lei n. 8.212/1991), para todos os fins legais.

Dessa forma, considerando que a data de ciência e perfectibilização do lançamento deu-se em 24.12.2004, resta por decretar a extinção dos créditos tributários (art. 156, do CTN) por ocorrência do lapso decadencial os créditos que tiveram a ocorrência de seus fatos geradores realizados antes da data de 01.01.1999 conforme a regra do art. 173, I, CTN.

III – Em razão da declaração da decadência acima, qualquer discussão sobre os mesmos créditos resta prejudicada (especialmente os itens *q* e *r* apontados no relatório).

IV – Quanto às alegações de dificuldades econômicas enfrentadas, as mesmas não afetam o dever de aplicação e cobrança dos créditos tributários, por própria função do agente fiscal, salvo exclusão expressa em lei (art. 142, do CTN), assim, também restam prejudicadas tais questões (em especial os itens *a*, *b*, *c*, *f*, *g*).

Deve-se atentar que os fiscais apenas exerceram suas funções e deveres legais, dispostos no art. 33, da Lei n. 8.212/1991: aos quais compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. Ainda, a parte não trouxe qualquer elemento probante do alegado, logo, não merece razão

V – O fator de apuração observado pela fiscalização, para a aferição indireta, por buscar o valor aproximado dos salários foi bem claro pela fiscalização, bem como tiveram como fontes de dados banco de dados alimentados pelo próprio contribuinte:

5.1 O salário-de-contribuição foi obtido do banco de dados da DATAPREV; Cadastro Nacional de Informações Sociais — CNIS. Com relação às competências janeiro de 1994 a dezembro de 1997, outubro a março de 1998, foi utilizado o arquivo de RAIS, com relação à competência fevereiro de 2003; foi utilizado o arquivo de GFIP.

5.2 As telas dos bancos de dados citadas no item anterior estão anexadas ao presente Relatório da Auditoria-fiscal.

6. A Auditoria-fiscal da Previdência Social confrontou, no dia 4/11/2004, os cartões-ponto com a regularidade dos segurados a serviço da sociedade ora notificada, sendo constatado que doze empregados com contrato-totalidade em vigência há pelo menos trinta dias não estavam inscritos por ocasião da verificação da Auditoria-fiscal. Uma vez que a sociedade deixou de apresentar a sua escrituração mercantil, não possibilitando verificar-se a regularidade do cumprimento da obrigação principal nas competências e exercícios abrangidos pela Auditoria-fiscal, procedeu-se à aferição indireta de contribuições previdenciárias, com base na previsão do §6º, art. 33 da Lei Orgânica da Seguridade Social.

6.1 Adotou-se o critério, para a aferição indireta, de obtenção do valor proporcional do salário-de-contribuição dos doze empregados não inscritos em confronto com o salário-de-contribuição de agosto de 2004, último mês abrangido pela auditoria-fiscal, na forma a seguir descrita:

A – Salário-de-contribuição dos empregados inscritos	R\$ 5.547,6
B – Salário-de-contribuição total de agosto/2004	R\$ 31.061,8
A/B	0,1785

6.2 O fator obtido, conforme demonstrado no quadro acima, foi aplicado sobre os salários-de-contribuição inscritos de ofício conforme descrito nos itens "5" e "5.1" acima e sobre os salários-de-contribuição das competências 3/2003 a 8/22)4, obtidos nas folhas de pagamento de salários,

6.3 O demonstrativo de apuração dos valores aferidos indiretamente, conforme itens "6", "6.1" e "6.2" acima, constam de planilha anexa ao presente Relatório da Auditoria-fiscal.

Como acima demonstrado, o lançamento questionado tomou por base os artigos 33, §3º, da Lei n. 8.212/1991, e 149 do CTN, em que a NFLD foi lavrada considerando os próprios livros e demais documentos do contribuinte, utilizando-se de critérios claros e plausíveis, demonstrando-se corretamente as bases legais e fáticas do crédito apurado, obedecendo o art. 142 do CTN. Contudo a recorrente não trouxe elementos probatórios que colocassem dúvidas no levantamento fiscal. Não restam dúvidas quanto à sua legalidade e boa-fé.

VI - Quanto às supostas inconstitucionalidade e ilegalidade SEBRAE, atualização monetária, dos juros (taxa Selic) e multa aplicados em face do princípio da equidade, legalidade, e outros princípios informados, é vedado aos Conselheiros do CARF-MF afastarem a aplicação da lei ou decreto sob tal argumento, salvo nas exceções expressas dos artigos 62 e 62-A do Regimento Interno do CARF-MF.

VII - Isso posto, voto para conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, no sentido declarar e decretar parcial procedência do

Processo nº 15922.000011/2008-21
Acórdão n.º **2803-001.745**

S2-TE03
Fl. 265

lançamento, para apenas declarar a extinção dos créditos tributários constituídos com base em fatos geradores ocorridos anteriormente à 01.01.1999, em razão da ocorrência de decadência.

Sala de Sessões, 14 de agosto de 2012.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator