



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

Processo nº 15979.000199/2007-71
Recurso nº 258.490 Voluntário
Acórdão nº **2803-00.663 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 14 de abril de 2011
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente TRANS PORTO TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/01/2007

REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADO E CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. CONTRIBUIÇÃO.

A contribuição do segurado empregado encontra respaldo nos artigos 12 inciso I; 20; 28 inciso I, 30 inciso I, todos da Lei nº 8.212/91.

A contribuição do segurado contribuinte individual encontra respaldo nos artigos art. 12, inciso V; art. 21; art. 28, inciso III, art. 30 inciso II e parágrafos 2º, 4º, e 5º, da Lei nº 8.212/91.

A contribuição a cargo da empresa encontra respaldo legal nos artigos 22 e 33, da Lei nº 8.212/91.

PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DO LANÇAMENTO.

Há presunção de veracidade dos atos da administração pública que somente se sucumbe quando se demonstra o equívoco do alegado.

MULTA. RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 15979.000199/2007-71
Acórdão n.º **2803-00.663**

S2-TE03
Fl. 120

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Eduardo de Oliveira que fará declaração de voto.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Wilson Antonio de Souza Corrêa, Amilcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente lançamento refere-se à cobrança de contribuições previdenciárias correspondentes à parte da empresa e as destinadas aos Terceiros (Salário Educação, INCRA, SEST, SENAT e SEBRAE), competências 01/2005 a 01/2007, relativas às remunerações de segurados empregados e contribuintes individuais (transportadores autônomos e retirada de pró-labore dos sócios), não declarados em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP.

Consoante Relatório Fiscal de fls. 54/59, a fiscalização observou-se que o contribuinte consta como "não optante pelo simples", tendo sido excluído a partir de 01/01/2000. O contribuinte demonstrou que o Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 11/2005 que determinou sua exclusão foi cancelado mediante decisão da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo, fato este que restabelecia sua condição de empresa optante pelo Simples. Ocorre que, no exercício de 2005, o sujeito passivo espontaneamente adotou a forma de tributação pelo Lucro Presumido ao recolher segundo este sistema o imposto devido referente ao primeiro período de apuração, situação esta definitiva e irretratável, conforme expressa disposição do art. 516 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99. Saliente-se que o contribuinte ratificou esta opção com a entrega do Ajuste Anual pelo Lucro Presumido (fls. 60/69). Ademais, no exercício de 2005 o sujeito passivo ultrapassou o limite legal para sua possível manutenção no sistema simplificado (receita bruta neste exercício atingiu o montante de R\$ 1.548.864,30; sendo que o limite legal vigente para época era de R\$ 1.200.000,00, conforme art. 9º da Lei nº 9.317/96).

O contribuinte tomou ciência da notificação em 28/03/2007 (fls. 01). Inconformado, apresentou impugnação às folhas 73 a 75.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal julgou procedente o lançamento, fls. 84 a 90.

O contribuinte tomou ciência da decisão em 17/09/2007 (fls. 95), apresentando recurso voluntário em 25/10/2007, fls. 98 a 100, alegando em síntese:

- a eventual mudança do regime fora por iniciativa da empresa, sem qualquer interesse de prejudicar os recolhimentos exigidos e legais. O regime do ramo de fretes sempre fora o "simples". A aplicação da multa, não pode prevalecer porque o ato declaratório de excluí-la do simples para outro sistema fora por absoluta desconexidade, naturalmente por informações errôneas.

- não há comprovação do nexo causal de ter praticado a infringência dos não recolhimentos das contribuições aos empregados. Não há ilícito de sonegação. Foram prestadas todas as informações exigidas, inclusive com o fornecimento de documentos. A exclusão do regime "simples" fora por imposição da fiscalização;

- reitera o desbloqueio da soma que se encontra a disposição da recorrida, por tutela antecipada, atendendo o artigo 273, do C.P.C., também, o 649, do mesmo CODEX, posto que se refere ao pagamento de salários. Requer a dispensa do depósito recursal.

Processo nº 15979.000199/2007-71
Acórdão n.º **2803-00.663**

S2-TE03
Fl. 122

- o lançamento não pode prevalecer porque os elementos são precários e sem a sustentabilidade do convencimento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O recurso é tempestivo, conforme fls. 112, pressuposto de admissibilidade superado, passo para o exame das questões.

O depósito prévio no valor mínimo de 30% da exigência fiscal como condição para seguimento do recurso voluntário foi declarado inconstitucional pela Súmula Vinculante do STF n.º 21, DOU de 10/11/2009, não sendo mais exigível.

Em que pesem os esforços argumentativos trazidos no recurso pelo contribuinte, os mesmos não são suficientes para elidir o lançamento.

Consoante Relatório Fiscal de fls. 54/59, a fiscalização observou-se que o contribuinte consta como "não optante pelo simples", tendo sido excluído a partir de 01/01/2000. No exercício de 2005, o contribuinte espontaneamente adotou a forma de tributação pelo Lucro Presumido ao recolher segundo este sistema o imposto devido referente ao primeiro período de apuração, situação esta definitiva e irretratável, conforme expressa disposição do art. 516 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000/99. Ratificou esta opção com a entrega do Ajuste Anual pelo Lucro Presumido (fls. 60/69). No exercício de 2005 o contribuinte ultrapassou o limite legal para sua possível manutenção no sistema simplificado (receita bruta neste exercício atingiu o montante de R\$ 1.548.864,30; sendo que o limite legal vigente para época era de R\$ 1.200.000,00, conforme art. 9º da Lei nº 9.317/96). Apesar do Ato Declaratório Executivo DRF/STS nº 11/2005 que determinou sua exclusão ter sido cancelado pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento São Paulo, o contribuinte não atendia os requisitos necessários para ser enquadrado como optante pelo Simples no período do lançamento: 01/2005 a 01/2007.

No caso em concreto, o contribuinte não trouxe aos autos comprovações suficientes que pudessem desconstituir o lançamento fiscal. Ademais, a mudança do regime tributário fora por iniciativa da empresa.

Não há que se falar em ilegitimidade do lançamento em razão da precariedade dos elementos e ausência de sustentabilidade do convencimento do lançamento, pois o crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório de Lançamento – RL (fls. 21/27), contendo a competência (mês e ano), a base de cálculo, a discriminação do fato, bem como, o Discriminativo Analítico de Débito – DAD (fls. 04/16), que informa as alíquotas e os valores das contribuições previdenciárias devidas, a Instrução para o Contribuinte – IPC (fls. 02/03), os Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 44/46), a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, Relatório Fiscal (fls. fls. 54/59), demais informações constantes das folhas 01 a 69. Não há que se falar em extinção do lançamento, pois o crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN.

A contribuição do segurado empregado encontra respaldo nos artigos 12 inciso I; 20; 28 inciso I, 30 inciso I, todos da Lei nº 8.212/91. A contribuição do segurado contribuinte individual encontra respaldo nos artigos art. 12, inciso V; art. 21; art. 28, inciso III, art. 30 inciso II e parágrafos 2º, 4º, e 5º, da Lei nº 8.212/91. A contribuição a cargo da empresa encontra respaldo legal nos artigos 22 e 33, da Lei nº 8.212/91. As demais fundamentações legal que embasam o lançamento estão nos Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 21/22).

Há presunção de veracidade dos atos da administração pública que somente se sucumbe quando se demonstra o equívoco do alegado. Transcrevo as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim, ocorre com relação com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. (...) a presunção de veracidade inverte o ônus da prova".

No mesmo sentido, os Tribunais brasileiros entendem que deve haver demonstração do equívoco alegado para se elidir a presunção de veracidade do lançamento:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ICM - EMBARGOS DO DEVEDOR - CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA - RISTJ, ART. 255 E PARAGRAFOS.

- NÃO BASTA O SIMPLES REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL PARA ELIDIR PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO AUTO-LANÇAMENTO, IMPONDO-SE A DEMONSTRAÇÃO DO EQUIVOCO ALEGADO.

- NÃO MENCIONADAS AS CIRCUNSTANCIAS QUE IDENTIFIQUEM OU ASSEMELHEM OS CASOS CONFRONTADOS, NEM JUNTADAS AOS AUTOS AS COPIAS AUTENTICADAS OU CERTIDÕES DOS ARESTOS PARADIGMAS, TEM-SE COMO NÃO COMPROVADO O DISSIDIO INTERPRETATIVO.

- RECURSO NÃO CONHECIDO."(STJ, Recurso Especial nº 16960/SP)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - REINCLUSÃO NO REFIS DE EMPRESA EXCLUÍDA POR INADIMPLÊNCIA: CANCELAMENTO DO REGISTRO NO CADIN E EMISSÃO DE CPD-EN: LIMINAR SATISFATIVA (LEI N, 8.437/92, ART. 1º, § 3º) - PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS – SEGUIMENTO NEGADO - AGRAVO INOMINADO NÃO PROVIDO.

1-A liminar que assegura a manutenção no REFIS de empresa dele excluída por inadimplência, manda cancelar o registro dela no CAD/N e expedir-lhe CDP-EN é antecipação da prestação jurisdicional futura, sem qualquer conotação de "cautela" e, por

isso, satisfativa, obstaculizada pelo § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92.

2-No nosso sistema jurídico, os atos administrativos gozam da presunção, ainda que relativa, de legalidade e veracidade, que somente se afasta diante de robusta prova em contrário, ônus do particular.

3-0 recurso deve fundar-se em razões que digam respeito com os fundamentos da decisão recorrida.

4-Agravo inominado não providor

5-Peças liberadas pelo Relator em 10/06/2003 para publicação do acórdão." (TRF da 1ª Região, Agravo Inominado no Agravo de Instrumento, Processo nº 2003.01.00009417-2/GO)

Nesse sentido, ressalta-se que estamos em um Estado Democrático de Direito, em que as regras jurídicas - Constituição, Leis, Decretos, Portarias, etc. - possuem mecanismos, presentes na Constituição, para sua elaboração, manutenção e extinção.

Regras jurídicas vigentes devem ser obedecidas por todos, até que seja extinta, pelo mecanismo hábil e pelo órgão competente. Portanto, não há como afastar a aplicação da Legislação.

Destarte, depreende-se que o lançamento encontra-se revestido das formalidades, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o artigo 33 da Lei nº 8.212/91, e demais dispositivos mencionados nos autos.

Não compete a Secretaria da Receita Federal do Brasil o desbloqueio de valores que se encontram a disposição da recorrida, por tutela antecipada deferida pela justiça. Assim, nos termos dos artigos 273 e 649, do Código de Processo Civil, a análise do pleito deve ser feita poder judiciário.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação nos termos do art. 150 do CTN. Corrobora com o entendimento o Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 289181/MG.

A multa aplicada pela Lei nº 8.212/91, na redação introduzida pela Lei nº 11.941/2009, estabelece a distinção entre multa de mora (art. 35) e a multa de ofício (art. 35-A). Suas aplicações devem seguir formas distintas, aplicando-se para a multa de mora o art. 61 da Lei nº 9.430/96, e para a multa de ofício o art. 44 da Lei nº 9.430/96. Este entendimento, também, é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ no Processo - AGRESP 200601560547.

A multa de mora, art. 35 da Lei nº 8.212/91, deve ser aplicada para pagamento fora do prazo previsto na legislação e será calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso limitada a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430/96.

A multa de ofício, art. 35-A da Lei nº 8.212/91, deve ser aplicada nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/96 (I - 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II - 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal). O lançamento de ofício está previsto no art. 149 do CTN:

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas por meio de lançamento de ofício decorrem do fato de omissão na declaração e recolhimento intempestivos da contribuição, nos termos do Processo -RE-AgR 241087. O julgado é acompanhado pelo STJ, REsp 330519/RS, e Tribunais Federais - TRF-3ª Região, AC 94.03.010836-3/SP, e TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.047531-2/DF; que compreendem que deve ser efetuado o lançamento de ofício quando constatadas diferença a menor, ou inexistência de pagamento, ou irregularidades na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão).

As alterações trazidas pela Lei nº 8.212/91 quanto à aplicação da multa devem ser observadas no caso objeto de análise, buscando o disposto nos artigos 106, inciso II, e 112, ambos do CTN, no sentido de se analisar e aplicar a norma que for mais benéfica ao contribuinte.

A análise dos valores das multas para verificação e aplicação da regra que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento, consoante entendimento trazido pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 4 de dezembro de 2009, DOU de 8.12.2009, bem como, demais normativos sobre o assunto. A análise será realizada pela comparação entre a soma dos valores das multas aplicadas nos lançamentos por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e de obrigações acessórias, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e da multa de ofício calculada na forma do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009.

Ante ao exposto, por se tratar de valores não declarado em GFIP (omissão na declaração) e de diferenças não recolhidas na época própria (recolhimento intempestivo da contribuição), refere-se a lançamento de ofício. Assim, a multa a ser aplicada será a do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a que mais favorável ao contribuinte.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso. A multa a ser aplicada será a do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a que mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima

Processo nº 15979.000199/2007-71
Acórdão n.º **2803-00.663**

S2-TE03
Fl. 127
