



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

Processo n° 35936.000383/2006-43
Recurso n° 143.850
Resolução n° 2401-00.063 – 4ª Câmara 1ª Turma Ordinária
Data 20 de agosto de 2009
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ELGIN INDUSTRIAL DA AMAZÔNIA LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

RESOLVEM os membros da Primeira Turma Ordinária da Quarta Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência. Vencido o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo (relator). Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO
Relator

ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA
Redatora Designada

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração – AI nº 35.812.122-1, com lavratura em 29/06/2005, posteriormente cadastrado na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho. A penalidade aplicada foi de R\$ 298.157,18 (duzentos e noventa e oito mil, cento e cinquenta e sete reais e dezoito centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fl. 04, a empresa apresentou a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, deixando de incluir pagamentos de salário utilidade, faturas de cooperativas de trabalho médico, pró-labore de diretor e pagamentos por serviços prestados. Juntou-se planilha, na qual são discriminados os fatos geradores não declarados.

A empresa apresentou defesa, fls. 463/465, na qual pugna pela nulidade do AI na parte concernente ao salário “in natura” e a sua improcedência quanto aos demais fatos geradores, posto que incluídos nas GFIP antes da autuação, o que caracterizaria denúncia espontânea.

Pede ainda a relevação da penalidade quanto aos fatos geradores declarados.

O órgão de primeira instância requereu diligência (fl. 1.245), para que a auditoria se manifestasse sobre as alegações defensórias, mormente quanto à alegada correção da falta.

Em sua resposta, fl. 1.248, a autoridade autuante afirmou que a falta fora corrigida ainda durante a ação fiscal, a exceção das parcelas relativas ao salário utilidade.

Foi emitida Decisão Notificação de procedência do lançamento com relevação parcial da multa, fls. 1.262/1.268, considerando-se a correção de parte das infrações, nos termos da informação fiscal em sede de diligência.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, fls. 1.272/1.278, no qual, em síntese, alega que:

a) o próprio auditor reconheceu que, a exceção dos fatos geradores controversos, a falta foi corrigida ainda durante a ação fiscal;

b) não fez a correção das informações relativas ao salário *in natura*, porque aguardava o julgamento do lançamento relativo à obrigação principal - NFLD. Caso o resultado lhe fosse desfavorável, a Administração deveria conceder um novo prazo para correção da falta;

c) quando tomou ciência da procedência da referida NFLD, ingressou com pedido de parcelamento dos valores lançados, mantendo o acordo em dia;

d) a decisão recorrida desconsiderou o fato de que a recorrente não poderia ter corrigido as omissões relativas aos fatos geradores controversos, antes de saber o destino do lançamento relativo à obrigação principal;

e) a formalização em autos apartados de lançamentos conexos prejudica o sujeito passivo, como é caso do presente feito, porquanto a empresa não poderia declarar valores que se encontravam sob litígio;

f) a decisão recorrida não se pronunciou quanto a esse argumento, limitando-se a declarar as faltas como não corrigidas.

Por fim, pede que lhe seja relevada a penalidade relativa aos salários *in natura* não declarados para os exercícios de 1999 e 2000, o quais foram declarados em GFIP após a ciência da DN que julgou procedente a NFLD conexas. Para o período subsequente, requer a concessão de 30 dias de prazo para inserir os dados na GFIP.

O órgão de primeira instância apresentou contra-razões, fls. 2.532/2.536, pugnano pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

³
Kleup

VOTO VENCIDO

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso apresentado merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente juntou guia comprobatória do depósito prévio.

Gostaria de iniciar me manifestando sobre um aspecto relativo à marcha processual experimentada pelo processo ora analisado. Especificamente quero me referir ao fato de ter sido determinada a realização de diligência fiscal, de cujo resultado não se deu ciência ao sujeito passivo, antes da decisão de primeira instância.

Não são poucas as decisões tomadas aqui nesse colegiado que, para casos semelhantes, se tem anulado as decisões de primeira instância, com fundamento na violação do princípio do contraditório e da ampla defesa (inciso II do art. 59 do Decreto nº 70.235/1972).

Todavia, entendo que essa declaração de nulidade não pode prescindir da verificação da ocorrência do efetivo prejuízo ao sujeito passivo. Deve-se ponderar se a informação carregada aos autos com a informação fiscal em diligência mereceria uma contradita do acusado ou se apenas teve por escopo a confirmação de fatos apresentados pelo mesmo.

Na espécie, verifico que a recorrente argumentou que havia corrigido a falta para parte dos fatos geradores não declarados, apresentando documentos, e que deixou de informar na GFIP apenas a parte que entedia não ser tributável (salário utilidade).

A diligência foi desencadeada unicamente para confirmar essa afirmação da defesa, não tendo a auditoria acrescentado qualquer argumento novo a sua manifestação. Nesse sentido entendo que devemos nos desapegar das soluções prontas e, aplicando os princípios do formalismo moderado, da eficiência e da celeridade, entender que a falta de ciência do sujeito passivo do resultado da diligência, não é causa de nulidade da decisão original, porquanto não se reconheceu na análise do caso concreto a ocorrência de prejuízo ao direito de defesa do acusado no processo administrativo fiscal de que se cuida.

Passo agora a outra questão preliminar que embora não tenha sido suscitada, é de ordem pública, merecendo conhecimento de ofício por esse órgão de julgamento. Falo da verificação da perda do direito da Fazenda de constituir o crédito pela decadência.

É cediço que após a edição da Súmula Vinculante nº 08, de 12/06/2008 (DJ 20/06/2008), o prazo de que dispõe o fisco para a constituição do crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias passou a ser regido, com efeito retroativo, pelas disposições do Código Tributário Nacional – CTN, posto que o art. 45 da Lei nº 8.219/1991 foi declarado inconstitucional.

4
Kleber

Esse posicionamento da Corte Maior traz impacto não só em relação às exigências fiscais decorrentes do inadimplemento da obrigação principal, mas interfere também nos lançamentos das multas por desobediência a deveres instrumentais vinculados à fiscalização das contribuições. Diante disso que, fixou-se a interpretação de que, uma vez ocorrida a infração, teria o fisco o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento da multa correspondente.

Assim, havendo o descumprimento da obrigação legal, o prazo de que o fisco disporia para constituir o crédito relativo à penalidade seria o prazo geral de decadência, fixado no art. 173, I, do CTN, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Tendo-se em conta que a empresa tomou ciência da autuação em 19/07/2005, fl. 446, pelo critério acima, verifica-se que o período da autuação, 01/1999 a 04/2005, foi atingido parcialmente pela decadência.

Nessa toada, devem ser expurgadas da autuação as competências 01/1999 a 11/1999, em face do transcurso do lapso decadencial.

Vamos ao mérito.

A formalização de processos distintos para a exigência da obrigação principal e para a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória é um mandamento expresso na Lei de Custeio da Previdência Social, como se vê dos dispositivos:

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.

(...)

§ 7º O crédito da seguridade social é constituído por meio de notificação de débito, auto-de-infração, confissão ou documento declaratório de valores devidos e não recolhidos apresentado pelo contribuinte.

(...)

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de

benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

(...)

Já o RPS prevê a lavratura de auto de infração quando o fisco constate o descumprimento de obrigação acessória:

Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes.

(...)

Vê-se, portanto, que a lavratura de notificação fiscal e auto de infração em processos distintos é uma exigência da legislação que rege a matéria, não podendo o agente fiscal se afastar dessa determinação.

Passemos ao exame do pedido de relevação da multa.

A legislação previdenciária, art. 291, § 1.º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, previa a possibilidade de favorecer os sujeitos passivos infratores com o benefício da relevação da multa, desde que satisfeitos os requisitos de primariedade, ausências de agravantes, além do pedido da dispensa da penalidade e correção da falta.

Todavia, o RPS estabelecia um marco temporal para que o autuado viesse a sanear a infração. Eis o dispositivo na redação vigente a data da apresentação do recurso:

Art.291. Constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até a decisão da autoridade julgadora competente.

§1º A multa será relevada, mediante pedido dentro do prazo de defesa, ainda que não contestada a infração, se o infrator for primário, tiver corrigido a falta e não tiver ocorrido nenhuma circunstância agravante.

A jurisprudência administrativa estabeleceu que o marco para a correção da falta era a ciência pelo sujeito passivo da decisão de primeira instância. Nesse sentido, no caso sob análise, não há como acolher o pedido de relevação, tampouco de concessão de novo prazo para saneamento da infração, porquanto não há permissão normativa que ampare o procedimento.

Observe-se que, em relação aos fatos geradores declarados antes da ciência da decisão original já houve a concessão do benefício de dispensa da multa, no entanto, para as faltas remanescentes há a impossibilidade jurídica de se acatar a pretensão da recorrente.

A alegada omissão da decisão *a quo* para o argumento da concessão de prazo para a correção da falta inexistiu, a bem da verdade, esse argumento foi enfrentado, quando o julgador monocrático ponderou acerca da impossibilidade de relevação da penalidade com a correção da infração após o prazo fixado pela legislação.

No entanto, há um reparo a ser feito quanto à aplicação da penalidade. É que ocorreu alteração do cálculo da multa para esse tipo de infração pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009. Nessa toada, deve o órgão responsável pelo cumprimento da decisão recalcular o valor da penalidade, posto que o critério atual é mais benéfico para o contribuinte, de forma a prestigiar o comando contido no art. 106, II, "c", do CTN, *verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Deve-se, então, limitar a multa do presente AI ao valor calculado nos termos do art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996 (75% do tributo a recolher), deduzidas as multas aplicadas nas NLFD correlatas.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, reconhecendo a decadência da multa aplicada para o período de 01 a 11/1999 e determinando o cálculo da multa nos termos expressos no parágrafo anterior.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Redatora Designada

Dirirjo do entendimento do ilustre relator por considerar que existe um óbice ao julgamento do Auto de Infração em questão, vista a existência de NFLD correlata lavrada durante o mesmo procedimento fiscal.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. A decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte das Notificações Fiscais lavradas sob fatos geradores de mesmo fundamento, sendo que não foi possível identificar qual o fato gerador objeto de cada uma delas e existência de decisão final a respeito das mesmas.

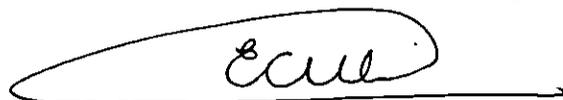
Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível a análise conjunta com as referidas Notificações Fiscais.

Dessa forma, este auto-de-infração deve ficar sobrestado aguardando o julgamento das NFLD conexas(s). Caso as referidas NFLD já tenham sido quitadas, parceladas ou julgadas deve ser colacionada tal informação aos presentes autos. No caso, requer seja realizado detalhamento acerca do resultado, do período do crédito e da matéria objeto da NFLD (ou seja, individualizando o resultado em relação a cada um dos fatos geradores apurados), para que se possa identificar corretamente a correlação e proceder ao julgamento do auto em questão.

CONCLUSÃO:

Voto pela CONVERSÃO do julgamento EM DILIGÊNCIA, devendo ser sobrestado este auto-de-infração até o transito em julgado das Notificações Fiscais conexas e prestadas as informações nos termos acima descritos. Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vistas ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.

Sala das Sessões, em 20 de agosto de 2009



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA – Redatora Designada