



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

Processo nº 10380.021822/2008-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.239 – 3ª Turma Especial
Sessão de 15 de abril de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente RENOVADORA DE PNEUS OLICO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

ALEGAÇÃO DE OFENSA NORMATIVA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. MULTA. OBSERVÂNCIA DA LEI MAIS BENÉFICA.

A autoridade administrativa falece de competência para afastar a aplicação de norma sob fundamento de sua inconstitucionalidade, uma vez que tal apreciação é exclusiva do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 97 e 102 da Constituição Federal. Tal questão foi objeto da Súmula nº 2, do CARF.

Os princípios constitucionais da razoabilidade, da legalidade, dentre outros, são dirigidos ao legislador, e não ao aplicador da lei, o qual, diante da norma existente no mundo jurídico, deverá aplicá-la obrigatoriamente, não estando assim facultada a sua discricionariedade.

A teor do que dispõe o art. 17, do Decreto nº 70.235/72, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532/97, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, o que a torna preclusa.

O auto de infração lavrado em consonância com a legislação, contendo todos os requisitos previstos em lei, é apto a produzir efeitos no processo administrativo fiscal.

Não se enquadrando nas causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, e não se tratando de caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, é incabível falar em nulidade do lançamento quando não houve transgressão alguma ao devido processo legal.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso, devendo ser aplicado o disposto no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior a MP nº 449/2008, devendo a progressão da multa ser limitada ao que determina o artigo 35-A da Lei nº

8.212/91, na redação dada pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução, se mais benéfica a contribuinte.

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, para que a multa de ofício seja aplicada nos moldes do artigo 35 da Lei nº 8.212/91 na redação anterior a MP 449/2008, devendo a progressão da multa ser limitada ao que determina o artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução, se mais benéfica a contribuinte. Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Lara Dos Santos e Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Natanael Vieira dos Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (Presidente), Amílcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato, Natanael Vieira dos Santos, Paulo Roberto Lara dos Santos e Eduardo de Oliveira.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa RENOVADORA DE PNEUS OLICO LTDA., em face de acórdão proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza (CE), que julgou improcedente a impugnação apresentada pela empresa e manteve o crédito tributário lançado. (Debcad 37.161.599-2).

2. Por bem retratar os acontecimentos referidos nos presentes autos, passo a adotar, em parte, o Relatório do acórdão recorrido (fls. 66/69):

2.1. Conforme relatório fiscal, foram incluídas no presente lançamento as contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas **IN NATURA** pagas aos segurados empregados, em desacordo com a legislação previdenciária, a título de alimentação. A auditoria fiscal constatou que esses pagamentos não estavam em consonância com o que preceitua a Lei nº 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea “c”, porque a empresa, após intimação, não apresentou o termo de adesão ao PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador.

2.2. Informa o Auditor que os elementos que serviram de base para este levantamento foram os lançamentos contábeis que constam do livro Razão, conta "Cantina e Refeição" e Notas Fiscais. Os valores lançados estão discriminados no levantamento "PAT - PAGTO REFEIÇÃO SEM PAT".

2.3. Informa, ainda que diante da recusa da empresa em atender a intimação de fornecer a relação discriminada dos empregados que receberam salário **in natura** de forma individualizada, procedeu ao levantamento dos valores referentes as suas contribuições, consoante ao art. 20, da Lei nº 8.212/91 utilizando a alíquota mínima de 8% para caracterizar o desconto dos empregados

2.4. A empresa foi cientificada por via postal, em 05/01/2009, conforme cópia do AR, fl. 45, juntada aos autos em 17/02/2009.

3. A contribuinte, após ter sido devidamente intimada, por via postal, em 05/01/2009 (fl.45), apresentando seu inconformismo impugnou o lançamento tempestivamente, em 26/01/2009 (fls. 50/54 e 58/62).

4. Na impugnação, por entender que houve inobservância ao princípio da proporcionalidade, e, por conseguinte redundando em confisco, a contribuinte se contrapôs ao lançamento, exclusivamente, no que tange à exigência de multa e dos juros.

5. Ao analisar os argumentos constantes na peça impugnatória, o julgador *a quo* considerou procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido (fls. 66/69), nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

*AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS
CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS EM ATRASO INCIDÊNCIA DE
JUROS E MULTA.*

As Contribuições Previdenciárias incluídas ou não em Auto de infração recolhidas em atraso objeto ou não de parcelamento ficam sujeitas à incidência de juros de mora e multa de mora.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.” (fl.66).

6. Inconformada com a decisão proferida a contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo as fls. 75/84, no qual aduz em síntese que:

- a) as condições de validade do ato administrativo tem que se verificar a competência, finalidade e forma, acrescidas da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios empregados pela administração;
- b) o julgamento procedente do Auto de Infração não possui guarida na ordem jurídica nacional, uma vez que violou as normas legais brasileiras, inclusive o previsto no art. 152, da CF;
- c) na busca da nulidade do lançamento, evidencia violação aos princípios constitucionais, pois o auto de infração que foi e está sendo atacado, representa uma verdadeira agressão ao ordenamento jurídico;
- d) ao caso deve ser observado o princípio da proporcionalidade, sob pena de violação ao disposto no inciso IV do art. 150 da CF/88 que trata do não confisco;
- e) por fim, requer a procedência do presente recurso voluntário, e, assim tornar nula a decisão proferida em 1ª instância administrativa.

7. O fisco não apresentou contrarrazões e o processo foi encaminhado para análise e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, Relator.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que foi tempestivamente apresentado, preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº. 70.235, de 6 de março de 1972 e passo a analisá-lo.

DO MÉRITO

2. Como já apontado no item 4 do relatório, há de observar que a recorrente impugnou parcialmente o presente Auto de Infração, eis que naquela oportunidade, em primeira instância administrativa, se contrapôs ao lançamento, exclusivamente, no que tange à exigência de multa e dos juros, por entender que a fiscalização deixou de observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o que implicaria em confisco, o qual está vedado nos termos do inciso IV do art. 150 da Constituição Federal. Ou seja, o sujeito passivo em nenhum momento questiona a exigibilidade da obrigação principal, mas apenas em relação à multa e juros.

3. Dessas observações iniciais insta mencionar que se considera preclusa toda e qualquer matéria aventada pela recorrente em seu recurso que não tenha sido expressamente contestada na impugnação, conforme preconiza o art. 17, do Dec. nº 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997).”

4. Assim, com supedâneo no dispositivo acima mencionado passo a analisar apenas as alegações da autuada que entende serem a multa e os juros cobrados exorbitantes.

DA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA E DOS JUROS

5. Igualmente fez na impugnação, alega a recorrente que os valores lançados no auto de infração, relativamente à multa e aos juros, são demasiadamente exagerados, e assim caracterizando-se tais exigências como confiscatórias, o que seria um afronto, inclusive, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

6. Apenas a título de argumentação, é imperioso apontar que esta alegação não deve prosperar, pois o caráter confiscatório da multa somente resta configurado quando o valor agredir violentamente o patrimônio do contribuinte, o que não ocorre na hipótese analisada.

7. Ademais, os princípios constitucionais da razoabilidade, da legalidade, dentre outros, são dirigidos ao legislador, e não ao aplicador da lei, o qual, diante da norma existente no mundo jurídico, deverá aplicá-la obrigatoriamente, não estando assim facultada a

sua discricionariedade quantos aos aspectos meritórios de validade de norma posta, e, por essas razões e outras como podem ser vistas adiante, é que concordo com a afirmativa do julgador *a quo* no sentido de que “quanto à alegação de que o valor elevado da multa teria caráter confiscatório, tal argumento não há de ser tratado no âmbito do Processo Administrativo” (fl. 68), pois se assim não fosse representaria uma usurpação da competência constitucional de outra esfera de Poder.

8. Nesse diapasão já é possível sinalizar que o exame da matéria, como articulado no recurso voluntário interposto pela recorrente, inevitavelmente passaria pela análise da constitucionalidade dos dispositivos que fundamentaram a exigibilidade dos juros e da multa aplicada.

9. Note-se que as argumentações e seus fundamentos tomados pela recorrente para sua irresignação, reitere-se, não devem ser apreciados por este Conselho, em respeito à competência privativa do Poder Judiciário, já que o afastamento da aplicação da Legislação referente à exigibilidade de multa e juros, no caso ora analisado, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, “a” e III, “b” da Constituição Federal, o que é vedado a este Conselho. Ou seja, a autoridade administrativa falece de competência para afastar a aplicação de norma sob fundamento de sua inconstitucionalidade, uma vez que se trata de atividade estranha constitucionalmente as suas atribuições.

10. Sobre a questão, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula nº 2, a seguir:

“Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

11. Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a inconstitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal que atribui ao Poder Judiciário tal competência, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

12. O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

13. Portanto, não há que se falar em caráter confiscatório da multa e juros previstos, respectivamente, no art. 239, III, “a”, “b” e “c”, parágrafos 2º. ao 6º. e 11, e art. 242, parágrafos 1º. e 2º. (com a redação dada pelo Decreto nº. 3.265, de 29.11.99). do Regulamento da Previdência Social, e, art. 35, da Lei nº 8.212/91, posto que a atividade tributária é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais, sendo-lhe vedada a discricionariedade de aplicação da norma quando presentes os requisitos materiais e formais

para sua aplicação, portanto, perfeitamente válido o lançamento em relação a esses aspectos. No presente caso, a multa aplicada encontra fundamento nos dispositivos legais trazidos no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, e foi corretamente aplicada pela autoridade fiscal, encontrando-se livre de vícios.

14. Quanto à eventual nulidade do lançamento, por tudo que trouxe aos autos a recorrente, entendo que não deve prosperar, haja vista que o ato administrativo em questão reveste-se da regularidade exigida na legislação e atende os ditames estabelecidos no art. 142 do CTN para sua formação, *in verbis*:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

15. Assim, não vislumbro o enquadramento em nenhuma das causas enumeradas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, não se tratando o caso de inobservância dos pressupostos legais para lavratura do auto de infração, e, por conseguinte não se detecta transgressão alguma ao devido processo legal.

Decreto nº 70.235/72:

“ Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993).”

DA MULTA APLICADA

16. No caso destes autos o período fiscalizado é 01/2004 a 12/2004 que foi o lançamento consolidado em 18/12/2008, fl. 2, ou seja, a multa aplicada variaria de 24% a 100%, a depender da fase do processo administrativo.

17. No caso destes autos a multa aplicada é 75%, como isso pode ser mais benéfico ao contribuinte? Este patamar de 75% só será mais benéfico quando a multa do artigo 35, da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei nº 9.876/99, chegasse a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento.

18. Feitos estes esclarecimentos necessários entendo que deve ser aplicado ao lançamento a multa do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 9.876/99, devendo esta ser limitada a 75%, em respeito ao artigo 35 – A, da Lei nº 8.212/91 na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

19. Cumpre ressaltar que, a Lei n.º 11.941/2009 trouxe alterações ao art. 35 da Lei nº 8.212/91, assim, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao sujeito passivo.

20. Aplicando a situação acima, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte.

21. Note-se, no caso, não se pode aplicar a multa do artigo 61, § 2º, “a”, pois o presente auto cuida de lançamento de ofício, isto é, aquele realizado pelo fisco.

CONCLUSÃO

22. Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para que a multa de ofício seja aplicada nos moldes do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior a MP nº 449/2008, devendo a progressão da multa ser limitada ao que determina o artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução, se mais benéfica a contribuinte.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Natanael Vieira dos Santos.