



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

Processo nº	10380.724860/2013-91
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	2401-003.959 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	9 de dezembro de 2015
Matéria	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. COD. FUND. LEGAL 30, 34, 41 e 59
Recorrente	MUNICÍPIO DE BARREIRA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FOLHA DE PAGAMENTO.

Ainda que submetido à legislação específica do Tribunal de Contas, o órgão da administração pública direta municipal deve preparar folha de pagamento mensal da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos na legislação tributária federal.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONTABILIDADE. ESCRITURAÇÃO EM TÍTULOS PRÓPRIOS. REGIME DE COMPETÊNCIA. VÍCIO MATERIAL.

Não caracteriza descumprimento da obrigação acessória de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, a conduta do sujeito passivo de realizar os lançamentos sem observar o princípio contábil do regime de competência.

O equívoco da subsunção da conduta do infrator ao dispositivo legal infringido, que resulta também na aplicação de norma sancionatória inapropriada, configura víncio material.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL.

Constitui infração, punível com multa, deixar o órgão da administração pública direta municipal de exigir o documento comprobatório da regularidade fiscal quando da contratação com empresa.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DOS SEGURADOS. DESCONTO PELA EMPRESA.

Constitui infração, punível com multa, deixar o órgão da administração pública direta municipal de efetuar os descontos das contribuições devidas pelos segurados a seu serviço.

LEI TRIBUTÁRIA. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA. EXCESSO DO VALOR DA PENALIDADE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Este Conselho Administrativo é incompetente para se pronunciar sobre constitucionalidade de lei tributária.

(Súmula Carf nº 2)

Recurso voluntário provido em parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para tornar insubstancial, por vício material, o AI nº 51.038.667-9 (CFL 34). Vencidos os Conselheiros Arlindo da Costa e Silva e Maria Cleci Coti Martins, que negavam provimento ao recurso voluntário e, quanto à natureza do vício, entendiam que se tratava de vício formal.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

André Luís Mársico Lombardi - Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Cleberson Alex Friess - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros André Luís Mársico Lombardi (Presidente), Cleberson Alex Friess, Arlindo da Costa e Silva, Theodoro Vicente Agostinho, Carlos Alexandre Tortato, Maria Cleci Coti Martins, Luciana Matos Pereira Barbosa e Rayd Santana Ferreira.

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário interposto em face da decisão da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (DRJ/CGE), cujo dispositivo tratou de dar parcial provimento à impugnação, mantendo em parte o crédito tributário exigido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 04-35.325 (fls. 264/273):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

DIÁRIAS PAGAS. VALORES INFERIORES A 50% DA REMUNERAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Não sofre incidência da contribuição previdenciária os valores devidos a título de diária quando não excedem a 50% da remuneração.

CND. EXIGÊNCIA

É obrigatória a exigência de CND na contratação com o Poder Público.

MULTA. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO

Impossibilidade de análise, por parte de órgãos administrativos de julgamento, acerca da constitucionalidade e da ilegalidade de dispositivos legais em vigor no ordenamento jurídico pátrio, por ser esta competência exclusiva do Poder Judiciário. Ainda, por determinação do artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72, acrescido pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

2. Extri-se do relatório fiscal, às fls. 65/75, que o processo administrativo é composto por 7 (sete) autos de infração (AI), a saber:

- i) **AI nº 51.038.663-6** (obrigação principal), referente às contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, inclusive diárias pagas excedentes a 50% (cinquenta por cento), e dos contribuintes individuais e transportadores autônomos, nas competências de 01 a 12/2009;
- ii) **AI nº 51.038.664-4** (obrigação principal), relativo às contribuições previdenciárias devidas pelos segurados empregados e contribuintes individuais, incidentes sobre o salário de contribuição, nas competências 01/2009 a 12/2009;

- CÓPIA*
- iii) **AI nº 51.038.665-2** (obrigação principal), relativo às contribuições devidas ao Serviço Social do Transporte (Sest) e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), incidentes sobre as remunerações dos transportadores autônomos (FPAS 620);
 - iv) **AI nº 51.038.666-0** (obrigação acessória), por ter a empresa, ora recorrente, deixado de elaborar a folha de pagamento na forma exigida na legislação tributária federal (Código de Fundamentação Legal - CFL 30);
 - v) **AI nº 51.038.667-9** (obrigação acessória), por ter a empresa deixado de contabilizar em títulos próprios de sua contabilidade os fatos geradores de contribuição previdenciária (CFL 34);
 - vi) **AI nº 51.038.668-7** (obrigação acessória), por ter a autuada deixado de exigir a certidão de regularidade fiscal de empresas com as quais contratou (CFL 41); e
 - vii) **AI nº 51.038.669-5** (obrigação acessória), por ter a empresa deixado de descontar a contribuição previdenciária de segurado empregado e contribuinte individual a seu serviço (CFL 59).

3. Cientificado da autuação por via postal em 21/6/2013, às fls. 200/202, o contribuinte impugnou a exigência fiscal (fls. 206/227).

4. Intimado em 8/5/2014, também por via postal, da decisão do colegiado de primeira instância, às fls. 286/287, o recorrente apresentou recurso voluntário no dia 4/6/2014 (fls. 288/307).

4.1 Ao requerer a improcedência das autuações, o recorrente sustenta, em breve síntese, que:

- i) equivocou-se a fiscalização quanto à incidência da contribuição sobre o pagamento de diárias excedentes a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal dos segurados empregados, tendo sido retificado o crédito tributário em primeira instância;
- ii) utilizou-se o percentual de 2% (dois por cento) para a contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (RAT/SAT), multiplicado pelo Fator Acidentário de Prevenção (FAP), nada obstante o enquadramento das atividades da recorrente no grau de risco mínimo por decisão judicial transitada em julgado;

- CÓPIA
- iii) a falta de inclusão do total de contribuintes individuais e transportadores autônomos em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) deu-se em razão de a recorrente não possuir, em tempo hábil, os dados dos segurados necessários à prestação de informações no documento. Todavia, mediante apresentação de GFIP retificadora, as irregularidades foram sanadas;
 - iv) o recorrente - como órgão público sujeito à contabilidade pública, controlada e fiscalizada por Tribunal de Contas - está obrigado a cumprir lei específica que veda a inclusão de contribuintes individuais e servidores em geral na mesma folha de pagamento. Essa legislação especial, que rege a administração pública, impõe o preparo da folha de pagamento de forma diversa da legislação geral, isto é, aquela contida na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;
 - v) pela mesma linha de raciocínio, sua contabilidade não apresenta o vício elencado pela fiscalização, na medida em que elaborada de acordo com a legislação específica aplicável à administração pública;
 - vi) incorreu em erro também a fiscalização no que toca à exigência de regularidade fiscal para todo o lapso de tempo com o qual a empresa contratada mantém vínculo com o ente público, na medida em que apenas quando da habilitação no processo licitatório e da assinatura do contrato há previsão em lei. Além disso, tendo em vista as situações de dispensa da exigência da certidão, consoante a Lei de Licitações, caberia à fiscalização individualizar, por empresa contratada, as infrações de não apresentação da certidão e de não manter a regularidade fiscal no curso do contrato;
 - vii) os erros identificados no auto de infração lavrado pelo descumprimento de obrigação principal, os quais resultaram na retificação do crédito tributário em primeira instância, maculam a autuação fiscal pelo descumprimento da obrigação acessória de deixar de descontar a contribuição previdenciária do contribuinte individual; e
 - viii) a multa de ofício aplicada nas obrigações principais, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), possui caráter confiscatório.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cleberson Alex Friess, Relator

Juízo de admissibilidade

5. Uma vez realizado o juízo de validade do procedimento, verifico que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário e, por conseguinte, dele tomo conhecimento.

Mérito**a) Diárias que excederam 50% da remuneração mensal**

6. A fiscalização incluiu na base de cálculo das contribuições previdenciárias parcela relativa ao valor das diárias pagas, quando excedente a 50% da remuneração mensal dos segurados empregados. Porém, em face dos argumentos deduzidos na impugnação, foram identificadas incorreções no lançamento fiscal e o crédito tributário foi retificado em primeira instância do contencioso administrativo.

7. Na peça recursal, quanto a essa matéria, a recorrente não adiciona qualquer elemento novo que possa levar à modificação da decisão de piso.

b) RAT/SAT

8. Observa a recorrente que o relatório fiscal faz menção expressa ao lançamento de crédito tributário referente às contribuições correspondentes ao "*financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT (também conhecido por Seguro de Acidente de Trabalho - SAT) - 2%*".

8.1 No que tange ao AI nº 51.038.663-6, o documento contém a identificação dos tributos que compõe o auto de infração, consistindo, entre outros, pela cobrança da "*Quota Patronal e GILRAT*" (fls. 65).

9. Todavia, ao compulsar a documentação que instrui o auto de infração relativo às contribuições previdenciárias patronais, o correspondente relatório de Discriminativo do Débito (DD), às fls. 3/9, que contém bases de cálculo, rubricas, alíquotas e o total do crédito tributário devido por competência, entre outros dados, constata-se a inexistência da cobrança referente ao RAT/SAT, a que se refere o relatório fiscal.

9.1 De fato, quanto às contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, constantes do AI nº 51.038.663-6, estão sendo

exigidas tão somente a contribuição da empresa de 20% (vinte por cento) prevista no inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991 (Rubrica "12 Empresa").

9.2 Segundo discriminado no Relatório de Lançamentos (RL), a base de cálculo da contribuição patronal utilizada pela fiscalização corresponde a diferenças de remuneração apuradas em folhas de pagamento e GFIP, assim como ao valor das diárias que excederam 50% da remuneração mensal (fls. 14 e 16).

10. Em visto disso, a despeito da citação no relatório fiscal, o crédito tributário exigido pela fiscalização não abrange parcela referente à contribuição previdenciária para o RAT/SAT, de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991.

10.1 Torna-se desnecessário, portanto, o exame das alegações da recorrente quanto à adoção de percentual equivocado para o grau de risco da sua atividade econômica, em desrespeito à decisão judicial transitada em julgado.

c) Contribuintes individuais

11. A prestação de serviço oneroso por segurados contribuintes individuais, sem inclusão dos respectivos dados em GFIP, é fato incontrovertido, visto que confirmado pela recorrente.

12. Como se sabe, o início do procedimento fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação às infrações verificadas, de modo que a constituição do crédito tributário quanto à obrigação principal, acrescida da penalidade de ofício, é ato vinculado da autoridade administrativa.

13. De sorte que a inclusão dos segurados em GFIP, posteriormente ao início da ação fiscal, não repercute no crédito tributário apurado no auto de infração da obrigação principal.

14. Portanto, sem razão a recorrente.

d) Auto de infração nº 51.038.666-0 (CFL 30) - fls. 55

15. Quanto à amplitude dos preceitos legais que regulam a elaboração da folha de pagamento, tanto a legislação afeta ao cumprimento de obrigações perante os Tribunais de Contas, quanto a Lei nº 8.212, de 1991, que fixa regras para as obrigações tributárias acessórias no âmbito federal, equivalem a leis especiais.

16. Cada legislação tem seu âmbito de aplicação, não havendo prevalência de uma em detrimento da outra.

16.1 Com efeito, a fim de auxiliar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes públicos, no âmbito do controle externo das suas atividades por parte dos Tribunais de Contas, há legislação que estabelece regras com vistas à confecção das folhas de pagamento.

16.2 Por outro lado, a Lei nº 8.212, de 1991, assim como a sua regulamentação, impõe a prática de atos ao sujeito passivo, de caráter não pecuniário, no interesse da Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS; Assinado digitalmente em 10/01/2016
6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As
sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

arrecadação e fiscalização das contribuições previdenciárias, tal como a elaboração mensal das folhas de pagamento da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço.

17. Dadas as especificidades e necessidades de cada órgão fiscalizador, compreensível que requisitos e prazos, entre outros aspectos envolvidos e vinculados à elaboração da folha de pagamento, possam ser estipulados pelo legislador de uma forma diferenciada.

17.1 Isso significa que se não for possível a adaptação de um dos modelos existentes ao outro, o fiscalizado deverá elaborar folhas de pagamento distintas, de molde a atender integralmente o padrão estabelecido pela legislação de cada órgão fiscalizador, sob pena de aplicação de penalidade pelo descumprimento do dever instrumental.

18. Evidentemente, a desigualdade quanto ao padrão exigido para a folha de pagamento pode implicar acréscimo de recursos humanos e materiais necessários para o cumprimento da obrigação acessória. Contudo, o aperfeiçoamento ou a simplificação das exigências é matéria estranha ao aplicador do direito.

19. Por isso, independentemente das obrigações perante o Tribunal de Contas, o recorrente, como órgão da administração pública direta municipal, é considerado, para fins da legislação previdenciária, sujeito passivo das obrigações tributárias principal e acessória, ficando submetido à disciplina normativa prevista na legislação federal, tal como consta na Lei nº 8.212, de 1991.

20. Nesse raciocínio, reproduzo o conteúdo do inciso I do art. 15 e do inciso I do art. 32, ambos da Lei nº 8.212, de 1991:

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

(...)

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

I - preparar folhas-de-pagamento das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social; (grifei)

(...)

20.1 Além dos demais atos complementares à legislação tributária, vem o referido padrão da folha de pagamento detalhado no inciso I e § 9º do art. 225 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

Art. 225. A empresa é também obrigada a:

I - preparar folha de pagamento da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço, devendo

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/2016

6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, As

sinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS

Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

manter, em cada estabelecimento, uma via da respectiva folha e recibos de pagamentos;

(...)

§ 9º A folha de pagamento de que trata o inciso I do caput, elaborada mensalmente, de forma coletiva por estabelecimento da empresa, por obra de construção civil e por tomador de serviços, com a correspondente totalização, deverá:

I - discriminar o nome dos segurados, indicando cargo, função ou serviço prestado;

II - agrupar os segurados por categoria, assim entendido: segurado empregado, trabalhador avulso, contribuinte individual; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

III - destacar o nome das seguradas em gozo de salário-maternidade;

IV - destacar as parcelas integrantes e não integrantes da remuneração e os descontos legais; e

V - indicar o número de quotas de salário-família atribuídas a cada segurado empregado ou trabalhador avulso.

(...)

21. Assim exposto, e atento à motivação da autuação fiscal, a falta de inclusão dos segurados contribuintes individuais nas folhas de pagamento mensais resulta em descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no inciso I do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, cabendo, em consequência, a aplicação da penalidade prevista na alínea "a" do inciso I do art. 283 do RPS, sem prejuízo da gradação da multa em razão da circunstância agravante da infração pela reincidência (fls. 55).

22. Novamente, sem razão a recorrente.

e) Auto de infração nº 51.038.667-9 (CFL 34) - fls. 56

23. As considerações do tópico anterior, quanto ao âmbito de aplicação da legislação mencionada, são inteiramente pertinentes ao AI nº 51.038.667-9, em que a fiscalização acusa haver deficiência na escrituração contábil dos fatos geradores de contribuição previdenciária por parte do órgão público.

24. Para melhor compreensão da motivação do ato de lançamento da multa, transcrevo trechos do relatório fiscal (fls. 70/71):

' (...)

Analisando os fatos contábeis do órgão, a auditoria constatou que este vem descumprindo a legislação previdenciária, deixando de contabilizar pelo regime de competência os fatos geradores da contribuição previdenciária conforme planilha CFLAI 34.00-2 de 24/08/2001

DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL PELO REGIME DE COMPETÊNCIA

A auditoria constatou que o órgão não registra sua contabilidade pelo regime de competência, ou seja, no momento em que a despesa se realizou independentemente do momento do pagamento.

(...)

O que se observou a auditoria é que o órgão não vem contabilizando a quota patronal devida ao INSS na sua totalidade conforme demonstra a planilha anexa que compara os valores devidos ao INSS a título de quota patronal com os valores efetivamente liquidados pelo órgão no título contábil "31901300 - OBRIGAÇÕES PATRONAIS".

(...)'

25. É ver-se que a conduta irregular constatada é não adotar o regime de competência para registro de lançamentos contábeis, que, no caso da escrituração de despesas pelos órgãos públicos, está expresso no inciso II do art. 50 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000:

Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

(...)

II - a despesa e a assunção de compromisso serão registradas segundo o regime de competência, apurando-se, em caráter complementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa;

(...)

26. Contudo, tal motivação da autuação não me parece alinhar-se com a obrigação acessória exigida no inciso II do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, cujo preceptivo é apontado pela fiscalização como infringido pela recorrente (fls. 56). Eis sua redação:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

II - lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos;

27. O dispositivo legal prevê que a empresa registre as bases de cálculo de contribuição previdenciária em contas individualizadas, separando-as dos demais lançamentos contábeis que não representam ou não guardem relação com fatos geradores, bem como identifique as contribuições descontadas dos segurados, as da empresa e os totais recolhidos.

27.1 Antes de tudo, para configurar essa infração deve haver uma contabilização, porém em título impróprio, englobando na mesma conta lançamentos que são fato gerador de contribuição previdenciária e outros que não são.

28. Em que pese a legislação previdenciária exigir que a escrituração atenda ao princípio contábil do regime de competência, conforme inciso I e § 13 do art. 225 do RPS, a ausência de formalidades extrínsecas ou intrínsecas, tal como escrutar sem cumprir princípios ou normas contábeis, implica apresentar documento ou livro deficiente, com infringência do § 3º do art. 33 da Lei nº 8.212, de 1991, c/c art. 233 do RPS, abaixo reproduzidos:

Lei nº 8.212, de 1991

Art. 33 (...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.

(...)

RPS, de 1999

Art. 233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.

28.1 Ainda que idêntico o valor da penalidade, a capituloção da multa a ser aplicada também é diversa, porquanto prevista na alínea "j" do inciso II do art. 283 do RPS, e não aquela da alínea "a" do mesmo inciso.

29. De sorte tal que a autoridade fiscal incorreu em erro na interpretação da regrametriz de incidência da penalidade, no que tange ao seu critério material, na medida em que, ao identificar o descumprimento da obrigação acessória, fez a subsunção da conduta com o dispositivo legal equivocado, o que resultou na aplicação de norma sancionatória também inapropriada.

29.1 Uma vez empregada a legislação de forma distorcida, nos termos expostos acima, o ato administrativo do lançamento revela vício intrínseco, de modo que a sua validade somente seria possível por meio da edição de um novo ato com conteúdo alterado.

29.2 Destarte, é ato inconvalidável, ainda que em tese possível a sua reedição, observado o prazo decadencial para lançamento.

30. Em vista disso, concluo pela insubsistência do AI nº 51.038.667-9, por vício material.

f) Auto de infração nº 51.038.668-7 (CFL 41) - fls. 57

31. Nesse ponto, igualmente, é necessário transcrever a acusação fiscal, com a finalidade de compreender a situação fática em que identificada a infração e que respaldou a aplicação da penalidade:

"A auditoria solicitou no Termo de Início do Procedimento Fiscal - TIPF, a apresentação dos contratos de convênios, compras e de serviços e respectivas Certidões Negativas de Débito - CND das empresas contratadas, exigência do Art. 47, inciso I, alínea "a" da lei 8.212/91, combinado com o Art. 257, inciso I, alínea "a" do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99, de 06/05/1999.

O órgão não apresentou os documentos solicitados.

Consultando os sistemas da Previdência Social e comparando com as informações contábeis do órgão, a auditoria constatou que o órgão fiscalizado deixou de exigir CND de empresas com as quais contratou (relação em anexo), uma vez que, para essas empresas não havia CND emitida pelo INSS na contratação com o poder público, o que caracteriza o descumprimento da legislação previdenciária.

A Auditoria tomou o cuidado de examinar junto ao sistema do INSS, constatando a inexistência de CND para a empresa no período da contratação."

32. Diferentemente do sustentado pela recorrente, a leitura da acusação fiscal não revela uma exigência da fiscalização no sentido da regularidade quanto às contribuições previdenciárias para todo o período de execução contratual, ainda que tal previsão esteja contida de forma expressa no inciso XIII do art. 55, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, diploma que estabelece normas gerais para licitações e contratos da administração pública:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

33. A mim, está muito claro que a fiscalização solicitou documentos à recorrente, relacionados à verificação de cumprimento de obrigação acessória, e não foi atendida.

33.1 Diante da omissão do fiscalizado, concluiu a autoridade lançadora que não havia certidão de regularidade fiscal emitida para as empresas identificadas, quando da contratação pelo poder público, tendo em conta o exame dos lançamentos contábeis e das informações

sobre a situação fiscal disponíveis no banco de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

34. Ora, o Fisco motivou o ato de lançamento, inclusive discriminando nominalmente as empresas contratadas no período da ação fiscal (fls. 180/185).

34.1 A demonstração da inocorrência dos fatos descritos pela fiscalização, ou seja, a comprovação, por empresa contratada, de que a certidão de regularidade fiscal foi exigida na contratação é um ônus probatório que cabe ao autuado, até porque detém, ou deveria possuir em boa guarda, as informações e os documentos relativos ao cumprimento das obrigações pelos contratados.

35. Eventual situação de dispensa da exigência da certidão de regularidade fiscal, como exceção à regra de licitação e contratação com o poder público, é fato impeditivo ao surgimento da relação jurídica decorrente do descumprimento do dever instrumental a que alude a alínea "a" do inciso I do art. 47 da Lei nº 8.212, de 1991, e, portanto, trata-se de um fato em que a prova da sua ocorrência incumbe a quem o alega e aproveita dele, no caso a recorrente.

36. Dessa feita, correta a autuação, não tendo a recorrente desincumbindo-se do encargo de provar, por ocorrência, os fatos que invoca como fundamento à sua pretensão de afastar a aplicação da penalidade.

g) Auto de infração nº 51.038.669-5 (CFL 59) - fls. 58

37. A fiscalização detalhou, por competência, a relação dos prestadores de serviços, na condição de contribuintes individuais (fls. 97/136).

37.1 Desta lista, percebe-se que em diversas oportunidades a empresa deixou de arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, mediante desconto da respectiva remuneração, tal como comprovam, por exemplo, os recibos e as notas fiscais avulsas de serviços juntadas às fls. 149/150 e 155/156.

38. Por sua vez, a recorrente não apresenta contraprova, para esses ou quaisquer outros pagamentos apontados pela fiscalização, de modo que a atuação pelo descumprimento da obrigação acessória deve ser mantida.

h) Multa de ofício

39. Quanto às obrigações tributárias principais, o lançamento fiscal reporta-se a fatos geradores ocorridos a partir de 01/2009, tendo a autoridade fiscal procedido corretamente à aplicação da multa de ofício no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), conforme previsto no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, c/c art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, abaixo reproduzidos:

Lei nº 8.212, de 1991

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-7 de 24/03/2001
Autenticado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 10/01/2016

6 por CLEBERSON ALEX FRIESS, Assinado digitalmente em 12/01/2016 por ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, Assinado digitalmente em 10/01/2016 por CLEBERSON ALEX FRIESS
Impresso em 15/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(...)

Lei 9.430, de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) 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;

(...)

40. A avaliação de eventual excesso do legislador ordinário ao fixar o percentual da multa punitiva, de uma forma exorbitante e desproporcional, é tarefa exclusiva do Poder Judiciário, porquanto implica verificação da compatibilidade da norma jurídica com os preceitos constitucionais.

41. Como sabido, argumentos desse jaez são inoponíveis na esfera administrativa. Nesse sentido, não só o art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, como também o enunciado da Súmula nº 2, deste Conselho, assim redigida:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do recurso voluntário e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para tornar insubstancial, por vício material, o AI nº 51.038.667-9 (CFL 34).

É como voto.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Cleberson Alex Friess - Relator