



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

Processo nº 10510.004032/2007-62
Recurso nº 263.755 Voluntário
Acórdão nº 2401-002.698 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente GUAPO RECURSOS HUMANOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 28/05/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “ **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)”.

NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS DURANTE O PROCEDIMENTO FISCAL - AFERIÇÃO INDIRETA RAIS

Não tendo o recorrente durante o procedimento fiscal apresentado todas as folhas de pagamento e documentos contábeis relacionados aos fatos geradores, possível ao fisco efetivar o lançamento por meio de aferição indireta, utilizando-se outros documentos que indiquem a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

A RAIS e documento informado pelo próprio recorrente, dessa forma, em constatando qualquer inconsistência competiria a empresa apresentar documentos para que se identifique a correta base de cálculo.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos da NFLD. O

recorrente durante o procedimento não comprovou a regularidade de acordo com a legislação previdenciária, nem tampouco durante a fase recursal demonstrou estarem indevidos os valores.

ENCAMINHAMENTO DA NFLD POR AR - POSSIBILIDADE LEGAL

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 28/05/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - NFLD CORRELATAS - SEGURADOS EMPREGADOS APURADOS EM RAIS

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado das NFLD lavradas sobre os mesmos fatos geradores.

OMISSÃO EM GFIP - MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA

Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade; e II) Pelo voto de qualidade, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para recalcular o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 44, I da Lei no 9.430, de 1996, deduzidos os valores levantados a título de multa nos AIOP correlatos, vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento parcial em maior proporção, recalculando, também, o valor da multa de acordo com o art. 32-A da Lei nº 8.212/91.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

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

Relatório

Trata o presente auto-de-infração, lavrado sob n. 37.016.528-4, em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.

Segundo a fiscalização previdenciária, o autuado não informou à previdência social por meio da GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias. As remunerações pagas a parte dos segurados considerados empregados pela própria empresa. No Relatório de Lançamentos — RL da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD n. 37.016.523-3, anexado ao presente processo, constam, nas competências em que existem divergências, tanto da matriz como das filiais, todos os fatos geradores, e os valores de salário-família, apurados nesta ação fiscal.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 28/05/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 11/06/2007.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 94 a 107.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls 135 a 139.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 143 a 155. Em síntese, a recorrente alega:

1. Todas as defesas propiciam ao acusado arguir a defesa indireta de mérito, seja impeditiva, modificativa ou extintiva, basta ocorrer a circunstância de fato adequada.
2. Que apresentou as guias de recolhimentos, referente ao período cobrado pelo autuante, de maneira global, sem que fosse recolhido separadamente por empresa, o que gerou os lançamentos de débitos indevidos, uma vez que o INSS não pode penalizar o contribuinte por seu erro, uma vez que não recolheu à previdência social, os valores das contribuições individualizados por empresa.
3. Afirma que o recolhimento das contribuições, não individualizados por empresa, feito erroneamente por preposto autorizado, seja qual for a origem do erro, não inibe o seu direito de pleitear a nulidade dessa cobrança, lhe restituindo o que é de direito.
4. Que em persistindo a procedência da NFLD estará o fisco incorrendo em BIS IN IDEM.
5. Que não obstante a autuada ter para exibição imediata todos os elementos e livros pedidos o AFPS contentou-se em levar consigo as folhas de pagamento e os recolhimentos previdenciários, tendo autuado a empresa sem nem mesmo apreciar os documentos contábeis da mesma. O AFPS não compareceu a autuada, simplesmente enviou via AR o auto-de-infração realizado via computador, sem qualquer pedido de

explicações por parte da empresa autuada, fato esse presenciado por terceiros que assinaram o envelope de AR entregue pelos correios, contrariando os preceitos legais do art. 12, VI, do CPC.

6. A impugnante argumenta que se dedica a prestação de serviços de contratação de mão-de-obra, mantendo sempre suas atividades de recolhimentos de contribuições em dias, principalmente ao que se refere aos empregados, o que ocasionou a multa fiscal foi devido a empresa fazer os seus recolhimentos de uma maneira globalizada, ou seja, apenas pela matriz, sem individualizar as demais empresas do grupo.
7. Diz que o procedimento fiscal do AFPS autuante não guarda conformidade com as normas que regem os atos administrativos vinculados e regrados, como costumeiramente acontece com atividade lançadora e de constituição previdenciário(CF/88, art. 50, caput, Iª parte, incisos II e LV, art. 150, inciso IV, c/c art. 34 § 1º das disposições constitucionais transitórias, CC, arts. 145, II e V e art. 146 e seu Parágrafo Único.
8. Cita o art. 10 do Decreto nº 7.235, de 06.03.1972, e o artigo 194 incisos VI e VII da Lei 1711/52 e afirma que a lavratura dos autos fora do local da autuada caracteriza assim, violação do dever funcional, além de retirar qualquer validade administrativa ou eficácia jurídica às aludidas peças básicas do processo fiscal, nulificando-o *ab initio*.
9. Fala da GFIP Guia de recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social — competências abril de 2003 a março de 2005, diz que o fato gerador do FGTS é o pagamento de remuneração a empregado e afirma que todo e qualquer levantamento de débito do FGTS ou Demonstrativo do FGTS, a teor do auto deve, necessariamente, sob pena de nulidade, discriminar nominalmente(individualizar um a um) todos os empregados a que se referem os depósitos exigidos(CC, art. 82, 145, III e IV).
10. Afirma que os depósitos do FGTS têm, pois, endereço certo e conhecido: os empregados beneficiários dos mesmos, ou excepcionalmente, a empresa. Diz que para que a embargante pudesse se defender, mister se fazia que os autuantes identificassem quais os empregados a que se referem os depósitos de FGTS exigidos, quais seus salários e as datas em que ocorreram tais pagamentos.
11. Questiona como apresentar defesa ampla se o demonstrativo do Banco Arrecadador é global, nada individualiza, não contém nome de nenhum empregado nem a prova de relação empregatícia? E foi esse demonstrativo global do Banco Arrecadador que serve de base às inscrições da dívida e embasou a impugnação.
12. Com relação a contribuição da empresa sobre a remuneração de empregados afirma que bem antes de qualquer ação fiscal, procedeu o pagamento na íntegra de todo débito existente com o INSS, referente a recolhimento de contribuição social dos empregados, portanto torna nula qualquer ação fiscal a esse respeito.
13. Alega inconstitucionalidade do recolhimento do Salário-Educação até janeiro de 1997 e do dever de restituir durante todo o período que recolheu indevidamente.
14. Diz que até algum tempo atrás, predominava o consenso de que é de 5 anos o prazo para o contribuinte pedir restituição de indébito, contado da ocorrência dos fatos geradores do tributo. Essa crença veio porém a ser desconstituída pelo Superior Tribunal de Justiça, que demonstrou a falsidade da interpretação do CTN sobre a qual ela se apoiava, no que se refere aos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação(que hoje

abrangem a quase totalidade das exações fiscais). Transcreve acórdão e explica as razões que a levaram a essa conclusão.

15. Com relação a remuneração paga aos segurados autônomos contribuintes individuais, não podem ser acatadas por contrariar os dispostos constitucionais.
16. Diz que foi declarada a inconstitucionalidade das expressões autônomos, avulsos e administradores, de acordo com o inciso I do art. 30 da Lei 7787/89, por não estarem compreendidas entre as fontes de custeio do inciso I, do art. 195 da Constituição Federal: a instituição da contribuição social incidente sobre tais remunerações somente poderia efetivar-se por meio de Lei Complementar (§ 40 do art. 195 e inciso I do art. 154 da Constituição Federal).
17. Alega que a impetrante tem o direito líquido e certo de somente recolher tributo ou contribuição social, criado modificado ou alterado, de acordo com o regramento expresso na Constituição em vigor (art. 195, I, da CF/88) e sempre com respeito ao direito adquirido, ao princípio da anterioridade ou da anualidade e ao princípio da legalidade.
18. Que sendo a contribuição social para INSS de administradores, somente poderia ser alterada ou modificada por Lei Complementar, nunca através de Regimento Interno e ou Portaria, o que fere e ofende direta e frontalmente a Constituição. Diz que não estava obrigado a recolher uma contribuição que se tornou inconstitucional, por vício formal do ato legislativo que a modificou.
19. A impugnante argúi a inconstitucionalidade do regimento interno do INSS quanto ao seu artigo 145, VIII, e a Portaria no 4690/98.
20. Afirma que as Constituições Brasileiras sempre usaram o termo empregador salário, em sentido próprio e técnico como se encontram no Direito do Trabalho, que as formas de custeio existentes na Previdência Social eram compatíveis com esse sentido e que, assim, a hipótese não é de equívoco histórico, já amplamente absorvido e aceito pelo direito posto.
21. Afirma que o INSS não sofreu qualquer lesão, porque todos os tributos e contribuições foram recolhidos, o que pode ser comprovado com o exame dos documentos a disposição na Secretaria do Estado da Administração e respectivos lançamentos contábeis.
22. Diz não ter existido qualquer dolo ou má fé porque todos os tributos cobrados ou retidos na fonte foram recolhidos integralmente ao INSS.
23. Diz que a finalidade da GFIP é a comunicação espontânea do contribuinte ao fisco, relativamente aos tributos e contribuições devidos a serem recolhidos, desde que fiscalizados pelo órgão, nomeadamente em relação aos cobrados ou retidos na fonte. Que se o contribuinte, espontaneamente recolheu dentro dos prazos legais ou com acréscimos devidos, a finalidade da GFIP foi cumprida, e o contribuinte não pode ser apenado com multa confiscatória (como se tratasse de punir o delito de apropriação indébita do recolhimento de INSS de empregados que, declarados na GFIP, não fosse não fosse recolhidos espontaneamente pelo contribuinte).

24. Argumenta que a multa confiscatória, no presente caso, através de uma interpretação forçada, completamente contrária à lei (art. 1º da Lei 840/49, CF/88, arts. 5º, II, 37 caput, e 150, I, CTN, arts. 141 e 142).
25. Diz que o fundamento constitucional que veda a aplicação do confisco tributário e a multa com este caráter, reside na impossibilidade de quebra de certas regras ou garantias que a própria Constituição assegura a todas as empresas privadas, citando o art 5º, XIII, art 170, caput, art 5º caput, ia parte, 150, II e 170,IV.
26. Cita o art. 194, VII da Lei 1711/52 e diz que nenhum servidor público está obrigado a cumprir ordem manifestamente ilegal, mas se cumpre, age voluntária e conscientemente, arcando com as conseqüências do ato abusivo e ilegal, nomeadamente as decorrentes do art. 40, "h" da Lei nº 4898/65.
27. Alega a impugnante ser parte ilegítima na autuação, como também é carecedor de ação, de acordo com a Lei objetiva, sabendo-se que todos os prestadores de serviços em relação ao recolhimento de contribuições sociais, são de competência dos mesmos.
28. Que se é que existe um pretense crédito a ser adimplido frente a Previdência Social, ou uma obrigação a cumprir literalmente não será apenado o responsável pelo débito constitutivo, ainda porque cada um por si, responde pelo recolhimento de suas contribuições, devido serem terceiros responsáveis.
29. Diz que a fixação do prazo pelo pagamento de tributo é matéria reservada à lei, não podendo ter por veículo ato interno da administração, no caso, portaria.
30. Requer ao fim, seja julgado improcedente a NFLD.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho para julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 244. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Apesar de não ter arguido expressamente preliminares, da análise do recurso, entendo que alguns argumentos trazidos pelo recorrente, devem ser apreciados preliminarmente, uma vez que interferem na validade do procedimento adotado, e por consequência da NFLD lavrada.

VALIDADE DO PROCEDIMENTO

Em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, ou descumprimento dos preceitos legais por parte da autoridade fiscal, quando da lavratura da NFLD. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

- autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;
- intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;
- autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade cumprido os requisitos legais não lhe confiro razão. Não só o relatório fiscal, como também o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito, trazem toda a fundamentação legal que embasou a constituição da presente NFLD, bem como os relatórios DAD – descreve mensalmente e por competência os fatos geradores, e ainda o relatório de Documentos Apresentados – descreve todos os recolhimentos apropriados.

Não existe qualquer irregularidade no encaminhamento dos documentos pelos correios, nem tampouco no fato de a autoridade fiscal, ter se baseado na RAIS para apuração da massa salarial para os meses em que não houve por parte da empresa a apresentação de folhas de pagamento. Portanto, não deve servir como fundamento para desconstituição do lançamento, a alegação de que não foram identificados pontualmente os segurados empregados.

Note-se que durante o procedimento fiscal, ocorreram outros lançamentos, dentre eles cito o processo 10510.002169/2007-82, onde ocorreu o lançamento das diferenças de contribuições, folhas e GFIP e já objeto de apreciação do recurso no âmbito deste Conselho, tendo sido exarado o acórdão 240-001.865 de 08 de junho de 2011, cujo resultado unânime foi no sentido de negar provimento ao recurso.

Assim, o lançamento ora sob análise refere-se tão somente aos meses em que restou constatada uma omissão por parte do recorrente, pela não apresentação da contabilidade ou mesmo das folhas de pagamento.

Dessa forma, o procedimento adotado pela autoridade fiscal seguiu o tramite correto, não existindo nulidade a ser declarada. AO contrário do que argumentou o recorrente, o mesmo teria plena condição de indicar erros nas bases de cálculo por competência, tendo em vista que todos os fatos geradores foram devidamente detalhados no relatório fiscal, de cada uma das NFLD apuradas durante o procedimento. Dessa forma, bastaria a apresentação das folhas e contabilidade para descrever erros na base de cálculo apurada. Contudo, não identifiquei nos presentes autos, nem mesmo nos outros lavrados durante o mesmo procedimento que tive a oportunidade de apreciar, qual documentos próprio a desconstituir o lançamento.

NULIDADE PELO ENCAMINHAMENTO POR AR

Ainda no que pertine a nulidade, por ter a NFLD sido encaminhado pelo correio sem que o recorrente tivesse ciência pessoal, ou mesmo recebida por pessoa não autorizada para o mesmo, razão também não confiro ao recorrente. Tendo a NFLD encaminhada por via postal, o recebimento independe de que a haja recebido. No mesmo sentido posiciona-se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

SÚMULA Nº6

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, ou mesmo o descumprimento de obrigação acessória, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito ou auto de infração de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

DO MÉRITO

Destaca-se que nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que os fatos geradores que embasaram a autuação estarem descritos nas NFLD, razão porque seu mérito deve ser apreciado naqueles autos. O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita, inclusive observando a aplicação de norma mais benéfica para cálculo da multa aplicada.

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei nº 8.212/1991, o contribuinte é obrigado informar ao INSS, por meio de documento próprio, informações a respeito dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nestas palavras:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

*IV - **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)- (grifo nosso)*

Segundo a fiscalização previdenciária a partir das informações contidas no Relatório Fiscal constata-se que o recorrente deixou de informar os valores das bases de cálculo das contribuições incidentes sobre os valores pagos seja registrados em FOPAG, ou aferidos indiretamente por meio da RAIS (quando não apresentados os documentos), o que gerou uma informação incorreta na GFIP.

Justificável apenas a necessária apreciação do desfecho do julgamento das NFLD correlatas lavradas durante o mesmo procedimento, qual seja NFLD conexa, DEBCAD NFLD n. 37.016.523-3, PROCESSO. 10510.004039/2007-84 Nesse sentido, importante observar os termos do Acórdão proferido durante essa mesma sessão de julgamento.

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/03/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - GFIP - TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - SEGURADOS EMPREGADOS DESCRITOS EM RAIS - AFERIÇÃO INDIRETA - NÃO APRESENTAÇÃO DE TODOS OS DOCUMENTOS DURANTE O PROCEDIMENTO - NÃO IMPUGNAÇÃO EXPRESSA.

Não tendo o recorrente durante o procedimento fiscal apresentado todas as folhas de pagamento e documentos contábeis relacionados aos fatos geradores, possível ao fisco efetivar o lançamento por meio de aferição indireta, utilizando-se outros documentos que indiquem a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

A RAIS e documento informado pelo próprio recorrente, dessa forma, em constatando qualquer inconsistência competiria a

empresa apresentar documentos para que se identifique a correta base de cálculo.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e conseqüente concordância com os termos da NFLD. O recorrente durante o procedimento não comprovou a regularidade de acordo com a legislação previdenciária, nem tampouco durante a fase recursal demonstrou estarem indevidos os valores.

ENCAMINHAMENTO DA NFLD POR AR – POSSIBILIDADE LEGAL

É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do CARF: “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/03/2005

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE LEI E CONTRIBUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO – ARGUMENTAÇÃO DESPROVIDA DE PROVAS.

A mera alegação de que os valores foram recolhidos de forma globalizada não possui o condão de desconstituir o lançamento, se o recorrente não demonstra suas alegações, muito menos faz prova por meio de apresentação de documentos.

Recurso Voluntário Negado

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

Como é sabido, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração ao presente caso pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista, bem como procedeu a autoridade julgadora a devida apreciação da multa aplicada, não tendo o recorrente apresentado qualquer novo argumento que pudesse alterar o julgamento então proferido.

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

DAS INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

No que tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, quanto a contribuições para o SALÁRIO EDUCAÇÃO E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS, bem como da multa aplicada, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis as contribuições apuradas para terceiros, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumpre ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não

quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Assim, não cabe a autoridade administratiNo mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao editar a Súmula nº 2

SÚMULA N. 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Quanto ao direito a restituição e compensação de valores pagos à título de salário educação, não demonstrou o recorrente o pagamento indevido, nem tampouco que possuía qualquer medida judicial com trânsito em julgado que permitisse a compensação. Assim, não assiste razão ao recorrente quanto a restituição e compensação de salário educação, por não ter demonstrado ser indevido a referida contribuição, considerando é claro, a impossibilidade de se declarar a inconstitucionalidade na esfera administrativa.

DA APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA

Não obstante a correção do auditor fiscal em proceder ao lançamento nos termos do normativo vigente à época da lavratura do AI, foi editada a Medida Provisória MP 449/09, convertida na Lei 11.941/2009, que revogou o art. 32, § 4º, da Lei 8.212/91, razão porque deve-se reapreciar a multa imposta pela ausência de informação em GFIP.

Assim, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP, convertida em lei. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a MP 449/2008, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da

declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“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.”

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“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 “

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício, a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado.

As contribuições decorrentes da omissão em GFIP foram objeto de lançamento, por meio da notificação já mencionada e, tendo havido o lançamento de ofício, não se aplicaria o art. 32-A, sob pena de *bis in idem*.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

No caso da notificação conexa e já julgada, prevaleceu o valor de multa aplicado nos moldes do art. 35, inciso II, revogado pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

No caso da autuação em tela, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/1991 também revogado, o qual previa uma multa no valor de cem por cento da contribuição não declarada, limitada aos limites previstos no § 4º do mesmo artigo.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte:

Norma anterior, pela soma da multa aplicada nos moldes do art. 35, inciso II com a multa prevista no art. 32, inciso IV, § 5º, observada a limitação imposta pelo § 4º do mesmo artigo, ou

Norma atual, pela aplicação da multa de setenta e cinco por cento sobre os valores não declarados, sem qualquer limitação, excluído o valor de multa mantido na notificação.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, a situação mais benéfica ao contribuinte.

Diante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, para rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para recalcular o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, deduzidos os valores levantados a título de multa nos AIOP correlatos.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.