



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

Processo nº 10580.728448/2009-16
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-002.960 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - GFIP
Recorrente TELEVISÃO SALVADOR LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 14/12/2009

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 - PREVIDENCIÁRIO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PARCELA PAGA EM DESACORDO COM A LEI 10.101/2000.

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) ”.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 14/12/2009

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 - AIOP CORRELATO

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado dos AIOP lavrados sobre os mesmos fatos geradores.

MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA

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

Autenticado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 01/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 13/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.

Correto o procedimento da autoridade fiscal, que fez o comparativo entre a multa mais benéfica, considerando a lançamento da obrigação principal e acessória.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

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

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.201.914-5, em desfavor da recorrente originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei nº 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 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.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 07 a 13, Ao descumprir os preceitos legais e efetuar pagamentos de participação nos lucros, o recorrente assumiu o risco de não se beneficiar pela possibilidade de que tais valores estariam desvinculados do salário.

Já no relatório fiscal da obrigação principal, destacou o auditor que o contribuinte apresentou Convenção Coletiva de Trabalho realizada entre a SERTEB Sindicato das Empresas de Radiodifusão e Televisão do Estado da Bahia e o SINTERP/Ba Sindicato dos Trabalhadores em Rádio, TV e Publicidade da Bahia, referentes aos exercícios de 2005, 2007 e 2008, cuja previsão de pagamento de PLR está na cláusula 9º (cópias anexas ao relatório fiscal). Apresentou também os regulamentos para o pagamento do PLR, relativos aos anos de 2005 a 2008, assinados no dia 1º de janeiro de cada exercício, porém protocolados no SINTERP/BA, a destempo, em 03/03/2009, ou seja, somente após o início desta ação fiscal, conforme Termo de Início Procedimento Fiscal anexo.

Além disso, os acordos de 2005 e 2006 não estabeleceram de forma clara e objetiva, consoante legislação específica, as metas a serem atingidas, nem as regras de aferição.

Já para os acordos de 2007 e 2008 estabeleceu-se como meta o alcance das metas de despesas operacionais da empresa. Meta esta não definida claramente por setores da empresa. Quais as metas de despesas para o setor de execução, recursos humanos ou administração? Quais valores deveriam atingir? Quais seriam os mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado? Desta forma, conclui-se que a empresa descumpriu a legislação sobre a matéria. Assim, o referido pagamento, embora intitulado "PLR", passou à condição de parcela de natureza remuneratória, integrante, portanto, do salário de contribuição.

Ressalte-se, a título de esclarecimento, que a PLR foi instituída, no ordenamento jurídico pátrio, como incentivo à produtividade dos empregados, daí a necessidade de estabelecimento de regras claras, objetivas e, principalmente, prévias, para permitir que todos os colaboradores possam estar alinhados com os interesses do empregador e, assim, contribuir para o seu sucesso na concretização das metas e objetivos almejados. Por óbvio, quando falamos em objetivos e metas, estamos tratando do futuro, jamais do passado, como no caso presente.

Quanto a multa imposta, destaca que os fatos geradores apurados não foram declarados nas GFIP o que ensejou a lavratura do presente AI com a multa de 75 % sobre o valor das contribuições apuradas, e a aplicação, após a devida comparação, da multa de ofício de 24% sobre o valor das contribuições apuradas, por descumprimento da obrigação principal.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 14/12/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 17/12/2009.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou defesa, fls. 118 a 127.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 147 a 153.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2008 GFIP. DADOS NÃO CORRESPONDENTES A TODOS OS FATOS GERADORES.

Constitui infração prevista no art. 32, inciso IV, parágrafo 5º, da Lei n.º 8.212/91, apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

LEI VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. VALOR DA MULTA. LEI MAIS BENÉFICA AO INFRATOR. RETROATIVIDADE.

Em matéria tributária a lei nova que prevê multa mais benéfica ao infrator deverá retroagir para alcançar fatos pretéritos.

A comparação das multas para verificação e aplicação da mais benéfica somente poderá operacionalizar-se quando o pagamento do crédito for postulado pelo contribuinte ou quando do ajuizamento de execução fiscal, conforme Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 14, de 04/12/2009.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 160 a 169, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, os quais podemos descrever de forma sucinta:

1. Impossibilidade de imposição de penalidade em duplicidade para o mesmo fato gerador. Cumulação indevida de multa sobre o principal e os procedimentos que levaram à pretensa irregularidade fiscal. Conduta-meio (não autônoma) para consecução da conduta-fim (autônoma, pretensa ausência de recolhimento de tributo).
2. Em síntese, pretende o fisco exigir multa por suposto descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada na ausência de declaração, na GFIP, dos valores pagos a título de Participação nos Lucros e Resultados (PLR) a funcionários, sem que houvesse obedecido integralmente o rigor formal previsto na legislação, para que pudesse caracterizar tais pagamentos como PLR. Com efeito, tal presunção ensejou também o entendimento de que houve omissão na informação destes pagamentos na GFIP, para fins de incidência da contribuição social.
3. Nessa toada, convém destacar que a recorrente foi também alvo de três Autos de Infração, de n.º 37.201.9161, 37.201.9170 e 37.201.9153, os quais estão sendo devidamente impugnados, e neles está sendo comprovado, de forma inquestionável, que de fato todos os pagamentos efetuados a título de PLR estão revestidos dos requisitos

legais necessários, de sorte que o julgamento deles tem completa influência no deslinde deste feito.

4. Ademais, importa registrar que a Participação nos Lucros e Resultados não constitui remuneração, conforme determina a Lei Maior e disciplina a legislação federal vigente, de sorte que a não declaração destes valores decorre da interpretação direta da norma, ao que se pode inferir que a obrigação somente surgirá em definitivo se os referidos autos de infração transitarem em julgado de forma desfavorável ao contribuinte, não sendo, por isto, justo enquadrar a recorrente em situação análoga àquele que, deliberadamente, omitiu informações de natureza incontroversa em GFIP.
5. Nesses termos, a conduta meio que está sendo imputada no presente Auto de Infração é, exclusivamente, oriunda das condutas fins destacadas nos outros três supramencionados AI lançados contra o contribuinte, ora impugnante.
6. Ou seja, se os três AI forem julgados indevidos, o que certamente ocorrerá, todas as pretensas obrigações acessórias punidas pelo presente AI cairão por terra, pois nada mais são que meio (não autônomos, acessórios) para se alcançar a imputação principal (autônoma, que é o fim em si mesma).
7. Destarte, em sendo julgadas procedentes os recursos apresentados nos referidos Autos de Infração, o que certamente ocorrerá, cairá por terra a exigência do cumprimento de obrigação acessória em relação às obrigações principais ali consubstanciadas, vez que, se inexistente a obrigação principal, não há como ser operacionalizado o lançamento destas em declaração (GFIP).
8. Ademais, conforme é sabido, não se pode punir duas vezes o contribuinte pelo mesmo fato gerador. A maior prova do aludido absurdo fica latente com a situação ora evidenciada, em que a multa aplicada no bojo dos Autos de Infrações supramencionados se coadunam com a lógica das penalidades tributárias, acompanhando o principal e com ela se relacionando, enquanto que o presente auto de infração nem sequer se sustenta, face a flagrante precariedade de seus fundamentos.
9. Não se está aqui alegando a impossibilidade da lavratura de Autos de Infração com a imposição de multa punitiva, mas sim pela impossibilidade da lavratura do presente auto de infração visando a imposição de multa sobre os mesmos FATOS GERADORES, apenas que destacando dentro deles a conduta meio, acessória e não autônoma, num absurdo *bis in idem*.
10. À semelhança do que ocorre com a Teoria dos Delitos na aplicação de penas sobre os crimes continuados (Direito Penal), estamos diante de um concurso formal de infrações tributárias.
11. Portanto, estabelece-se uma primeira premissa: o pagamento da PLR, por si só, não acarreta a obrigação tributária do recolhimento de contribuição previdenciária e, conseqüentemente, não gera obrigação de declaração em GFIP.
12. Requer:
13. Seja declarada a improcedência da autuação, sendo anulada a multa aplicada, uma vez que os fatos geradores são inexistentes.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei n.º 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)*

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que restando comprovado serem devidas as contribuições sobre os pagamentos à título de PLR, são devidas, por consequência, as multas pela ausência de ditas informações em GFIP.

Por fim, os AIOP (PROCESSO 10580.728445/2009-74, DEBCAD N. 37.201.915-3), lavrados em relação aos mesmos fatos geradores, encontram-se em julgamento nessa mesma sessão (Acórdão n. 2401-002.957). , sendo que a procedência do mesmo e das contribuições devidas aos segurados e destinadas a terceiros, apenas ratifica a omissão em GFIP, e por consequência a procedência do AI de obrigação acessória. Transcrevo abaixo a ementa do acórdão referente a parcela patronal:

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL – SEGURADOS EMPREGADOS – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS - DESCUMPRIMENTO DA LEI - - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO

Uma vez estando no campo de incidência das contribuições previdenciárias, para não haver incidência é mister previsão legal nesse sentido, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da isonomia.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – DESCUMPRIMENTO DOS PRECEITOS LEGAIS – ESTIPULAÇÃO NO ACORDO OU CONVENÇÃO DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS.

Não demonstrou o recorrente que os acordos e convenções coletivas estipulavam metas claras e objetivas para o pagamento de PLR.

PLR – AUSÊNCIA DE ARQUIVAMENTO DO ACORDO AO TEMPO DE SUA VIGÊNCIA

A legislação estabelece regras para atribuir legitimidade aos acordos firmados a título de PLR.

A ausência de arquivamento do acordo no sindicato ao tempo da vigência do acordo, não pode ser convalidado com o arquivamento tardio, quando já extinto o prazo de sua vigência e já realizado todos os pagamentos ao que o mesmo se propunha.

Recurso Voluntário Negado

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.

Ao descumprir os preceitos legais e efetuar pagamentos de participação nos lucros, o recorrente assumiu o risco de não se beneficiar pela possibilidade de que tais valores estariam desvinculados do salário, devendo não apenas arcar com a contribuição previdenciária correspondente, como com a multa imposta pela ausência de informação em GFIP.

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.

QUANTO A MULTA IMPOSTA

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que os itens 11 a 14 do relatório fiscal, foram muito esclarecedores em relação a multa aplicada, descrevendo a comparativo da multa mais benéfica ao contribuinte.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n.º 8.212/1991: No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito

não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcèlement, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcèlement somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Contudo, também como enfatizado pelo auditor, não só a ausência de recolhimento ensejava a aplicação de multa moratória, mas a ausência de informação em GFIP ensejava aplicação de multa, pelo descumprimento de obrigação acessória.

Contudo, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP 449, convertida na lei 11.941. 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 (como no presente caso), a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, qual seja, aplicação de multa de ofício de 75%.

Contudo, ao observar o auditor a ausência de pagamento e ausência de informação em GFIP, procedeu ao auditor ao comparativo da antiga legislação com a atual, de forma, que se aplicasse a multa mais benéfica ao contribuinte.

Assim, na planilha as fls. 35, o auditor detalha competência a competência qual a multa seria mais favorável ao recorrente, pois que a aplicação da multa pela ausência e GFIP e a multa de ofício ensejariam *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.

Nesse sentido, entendo que a multa imposta, obedeceu a legislação pertinente, não havendo caráter confiscatório na sua aplicação, posto o estrito cumprimento dos ditames legais. Também entendo que, o fato de não ter tido qualquer intenção de fraudar o fisco, argumentando que a ausência de incidência deu-se em função da interpretação de que o pagamento de PLR não consistiria salário de contribuição, também não afasta a multa imposta, face que a sua aplicação independe da intenção do agente.

Ademais, mesmo tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, 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 ilegalidade/inconstitucionalidade na multa imposta, 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 a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência conforme o fez a autoridade fiscal.

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:

Cumprе 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.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula n.º. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

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

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

Autenticado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 15/07/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 01/08/2013 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 13/08/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10580.728448/2009-16
Acórdão n.º **2401-002.960**

S2-C4T1
Fl. 8

Por todo o exposto a autuação seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos acima expostos, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar o AI em questão..

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira