



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

Processo nº 10865.721760/2011-07
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.655 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente FAGIP FUNDIÇÃO DE ALUMÍNIO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2008 a 31/12/2008

REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS

A empresa está obrigada a recolher a contribuição devida sobre a remuneração paga aos segurados que lhe prestam serviços.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

MULTA

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se for mais benéfica ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada. II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator: Damião Cordeiro de Moraes.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados (DEBCAD 37.323.226-8), à da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (DEBCAD 37.323.225-0), e aos terceiros (DEBCAD 37.323.227-6) .

Conforme Relatório Fiscal, o crédito se refere à contribuição devida incidente sobre a remuneração dos segurados a serviço da empresa autuada, não declarada em GFIP, o que, segundo a fiscalização, em tese, configura prática de crimes previsto no Decreto-Lei 2.848/1940, motivo pelo qual será objeto de Representação Fiscal Para Fins Penais.

A recorrente apresentou defesa e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 14-30.007, da 9ª Turma da DRJ/RPO, julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo, repetindo as alegações trazidas na impugnação.

Reitera que a cobrança do Seguro Acidente do Trabalho é ilegal e inconstitucional, assim como é ilegal a cobrança de contribuição ao INCRA e SEBRAE, e alega natureza confiscatória das multas impostas

Argumenta que, após a alteração do art. 32, da Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/09. foram afastadas as multas aplicadas pelo agente fiscal para a aplicação única de ofício de 75% sobre o montante da contribuição que deixou de ser recolhida, sendo que a multa do art. 35, em sua redação original, no percentual de 24%, sofre gradações ao longo do curso do processo administrativo, podendo chegar ao patamar máximo de 80%, não havendo como prosperar o argumento da fiscalização de que a multa ora aplicada é a mais benéfica ao contribuinte, devendo serem refeitos os cálculos apresentados em cada fase processual.

Reafirma que foi penalizada pelo suposto descumprimento da obrigação acessória com a lavratura do presente auto de infração antes mesmo de ser apurado se é devido ou não o suposto crédito.

Entende que a exorbitante penalidade imposta ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e alega inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC.

Finaliza requerendo que seja dado provimento ao recurso, a fim de que seja revisto e extinto o crédito tributário lançado no presente Auto de Infração e, caso permaneça algum débito, requer que sobre o mesmo seja afastada a multa e que não seja aplicada a taxa SELIC.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, verifica-se que recorrente não nega que tenha deixado de recolher a totalidade das contribuições previdenciárias e aos terceiros, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados que lhe prestaram serviços.

Ela apenas alega inconstitucionalidade/ilegalidade das contribuições ao SAT Terceiros, INCRA e SEBRAE, e da aplicação da multa e da taxa SELIC ao presente caso.

Entretanto, a cobrança das contribuições aos terceiros e ao SAT possui previsão legal, e a legislação que ampara tais exações consta discriminada no Relatório de Fundamento Legal do Débito – FLD

Da mesma forma, a multa aplicada e a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados possuem respaldo em dispositivos legais vigentes à época do lançamento.

Portanto, não há que se falar em ilegalidade das referidas cobranças.

As contribuições devidas ao SAT e aos Terceiros, INCRA e SEBRAE, estão previstas nas Leis 2.613/55; 8.029/90 com as alterações posteriores e na Lei 8.212/91 regulamentada pelo Decreto 3.048/99 e alterações posteriores, e demais normas legais assinaladas no FLD, que estão em pleno vigor, e a aplicação da taxa SELIC encontra fundamento no mesmo diploma legal.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de tais exações, vez que a sua cobrança possui amparo legal. Conforme nos ensina Hans Kelsen:

“partindo da premissa unidade lógica da ordem jurídica, tenta impôr concordância apriorística entre a lei e a Constituição, que acabe por negar não apenas a possibilidade jurídica da sanção da nulidade, mas da própria noção de inconstitucionalidade "lato sensu"”:

"A afirmação de que uma lei válida é "contrária à constituição" (anticonstitucional) é uma "contradictio in adjecto", pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio lex posterior "derogat priori", mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição.

Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional" (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p287).

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”*

Considerando que o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, a autoridade fiscal, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e o não recolhimento da totalidade dos valores devidos à Previdência Social e aos Terceiros, lavrou o presente AI, em observância aos ditames legais.

E sobre o valor lançado foram acrescidos os juros e multas, por expressa determinação legal, uma vez que a cobrança da multa moratória, de caráter irrelevável, é de natureza objetiva, isto é, não sendo recolhido no vencimento, incidirá multa, independente da intenção do agente.

Conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, vigente até 11/2008, não recolhendo na época própria, o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

Quanto aos argumentos relativos ao caráter confiscatório da multa, cumpre esclarecer que a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

A vedação de que cuida o art. 150, IV, da Constituição Federal dirige-se ao legislador com o intuito de impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos ameaçadores à propriedade ou à renda tributada, mediante, por exemplo, a aplicação de alíquotas muito elevadas. Portanto, a observância desse princípio relaciona-se com o momento de instituição do tributo ou de determinação da multa a ser aplicada no caso de falta de recolhimento. Conclui-se que, uma vez vencida a etapa da sua criação, não configura confisco a aplicação da lei tributária.

Relativamente à alegação de inconstitucionalidade de lei, cumpre observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, “o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. 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”.

Dessa forma, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

Cumpre ressaltar que o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

Ademais, o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio das Súmulas 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

Súmula nº 02:

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

Súmula nº 03:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Isso posto, constata-se que o AI foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Autuação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura do AI e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à autuada.

Em relação aos argumentos de que a recorrente foi penalizada pelo suposto descumprimento da obrigação acessória com a lavratura do presente auto de infração antes mesmo de ser apurado se é devido ou não o suposto crédito, cumpre esclarecer que as multas que integram os AIs objeto do presente processo administrativo fiscal não se referem ao descumprimento da obrigação acessória de declarar em GFIP, como entendeu de forma equivocada a recorrente, mas sim de descumprimento da obrigação principal, de recolher, aos cofres públicos, a contribuição devida.

A recorrente deve manifestar seu inconformismo quanto à cobrança de multa por descumprimento de obrigações acessórias nos processos administrativos fiscais que tratam do assunto, e não nos presentes autos..

A recorrente requer, por fim, o direito de apresentar posteriormente documentação adicional combrobatória de suas alegações.

Entretanto, o Decreto 70.235/72 é claro ao enumerar, no § 4º, do art. 16, as hipóteses em que provas documentais poderiam ser apresentadas em outra ocasião que não na impugnação.

Art. 16 (...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

refira-se a fato ou a direito superveniente

destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Dessa forma, a não ser que a recorrente demonstre a ocorrência de uma das hipóteses listadas acima, entendo que encontra-se precluído o direito à apresentação posterior de documentos adicionais combrobatórios de suas alegações.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

VOTO no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto..

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DA MULTA APLICADA

1. Sobre a multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

2. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

3. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

4. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

5. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, até 11/2008, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

6. Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator