



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

Processo nº 10980.720179/2015-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-006.117 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de abril de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente R. FRANCO ENGENHARIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/12/2010

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A teor do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS E RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS COM REPERCUSSÃO GERAL. VINCULAÇÃO.

A Receita Federal do Brasil deve submeter-se ao entendimento consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos recursos especiais repetitivos, ou pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos recursos extraordinário com repercussão geral, somente após a manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendo em vista o disposto no art. 19 da Lei nº 10.522/2002, e na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014.

RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO - RAT. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO - FAP.

A contribuição a cargo da empresa destinada à Seguridade Social para o financiamento do RAT, poderá ser majorada ou reduzida em função da aplicação do Fator Acidentário de Prevenção, nos termos das Leis nº 8.212/91 e 10.666/03, com a regulamentação dos Decretos nº 3.048/99, 6.042/07 e 6.957/09.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO. LEGALIDADE.

A multa de ofício é devida em face da infração às regras instituídas pelo Direito Fiscal, sendo aplicável no lançamento de crédito tributário que deixou de ser recolhido e no percentual determinado expressamente em lei, independentemente da gravidade da infração, má-fé ou intenção do contribuinte, sendo que a mera inadimplência verificada em procedimento de ofício é supedâneo à sua exigência.

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

O processo administrativo tributário tem como escopo decidir, na órbita administrativa, se houve ou não a ocorrência de fato gerador de tributo, e, caso esse tenha ocorrido, verificar se o lançamento está de acordo com a legislação aplicável. Assim, não há qualquer razão para pronunciamento da autoridade julgadora no que se refere a Representação Fiscal para Fins Penais, posto que esta trata de crime, ainda que em tese.

INTIMAÇÃO AO ADVOGADO. FISCO. DISCRICIONARIEDADE.

O artigo 23, incisos I, II e III, do Decreto nº 70.235/1972 elenca as modalidades de intimação, atribuindo ao Fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas. Nesse sentido, o § 3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência, descabendo a intimação no endereço do advogado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso para, na parte conhecida, afastar as preliminares, indeferir os pedidos de realização de diligência, perícia e intimação do presente acórdão no endereço do advogado da recorrente e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente e Relator

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Ronnie Soares Anderson, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Gregorio Rechmann Junior, Luis Henrique Dias Lima, e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face do Acórdão nº 01-32.532, da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA – DRJ/BEL (fls. 87/99) que julgou improcedente impugnação apresentada em face dos Autos de Infração lavrados sob os Debcad nº 51.056.078-4, relativo a diferença de contribuição previdenciária patronal destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, e de contribuições devidas a outras entidades ou fundos, os denominados terceiros, relativa à competências 12/2010.

De se ressaltar que as razões trazidas no recurso voluntário são absolutamente idênticas àquelas que constam da peça impugnatória, razão pela qual transcreve-se o relatório da decisão *a quo*, o qual se mostra suficiente para compreensão do contexto em que o litígio encontra-se inserido:

Relatório

Do Lançamento

Trata o processo em epígrafe de lançamento diferenças de contribuições para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – (SAT/RAT).

A Auditoria efetuou o lançamento das contribuições devidas, lavrando o Auto de Infração nº Debcad nº 51.056.078-4, relativo a diferenças de contribuições patronais para o financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8213 de 24/07/1991 e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, referentes à competência 12/2010.

As diferenças tiveram origem em informação incorreta do índice FAP –Fator Acidentário de Prevenção, prestada pela empresa, nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, da competência 12/2010. A empresa informou o índice 1,01, sendo que o índice correto a ela aplicado no ano de 2010 era de 1,5119.

A informação incorreta da empresa resultou em uma alíquota ajustada da contribuição GILRAT de 3,03%, quando a alíquota correta ajustada deveria ser 4,53%.

O lançamento teve como base de cálculo o valor da remuneração dos segurados empregados, declarados em GFIP pela empresa, e estão demonstrados no item 7 do Relatório Fiscal.

O crédito foi consolidado em 28/01/2015, no montante de R\$ 15.592,82 (quinze mil, quinhentos e noventa e dois reais e oitenta e dois centavos).

Da Impugnação

A autuada apresentou impugnação tempestiva, na qual argumenta:

1. Suspensão da exigibilidade. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do inciso III do Artigo 151 do CTN.

2. Ausência de créditos relativos a diferenças do índice FAP/GILRAT – Ilegalidade da norma infralegal – violação do princípio da legalidade. Inicialmente, destaca que a empresa, a cada ano, reduz o percentual do FAP em vista da diminuição de emissões de CAT, conforme relatório que anexa.

A majoração de alíquotas e seus componente por ato infralegal viola o princípio da legalidade. As alíquotas do GILRAT previstas na Lei nº 8.212/91, não podem ser alteradas por Decreto. A ilegalidade encontra-se justamente em determinar a alíquota por meio da utilização do fator de acidente de trabalho, o qual é composto por fórmula definida pelo Conselho Nacional da Previdência Social (art. 202A, § 1º, do Decreto nº 3.048/99).

O artigo 97 do CTN, determina quais são as hipóteses submetidas à reserva legal. Dentre elas está a “fixação da alíquota do tributo e sua base de cálculo”, bem como a “majoração ou redução de tributos”. A instituição do fator acidentário de prevenção – FAP, alterando alíquotas é ingerência na hipótese de incidência tributária e em seus elementos quantitativos, que, realizada por meio de ato infralegal, viola o princípio da legalidade.

Requer seja declarado ilegal a cobrança do FAP com a majoração da alíquota por norma infralegal, anulando-se o presente Auto de Infração e suas multas.

3. Existência de repercussão geral no STF – pedido de suspensão do processo administrativo. O presente questionamento encontra-se em repercussão geral reconhecida pelo STF, por meio do julgado do Recurso Extraordinário nº 684.261/PR e, tendo em vista a possibilidade do reconhecimento da ilegalidade apontada, requer a suspensão do Auto de Infração até julgamento final do Recurso Extraordinário citado.

4. Inaplicabilidade da Multa de 75% - Caráter confiscatório – Atos praticados pelo contribuinte não justificam a aplicação da multa de 75%. O impugnante não deixou de apresentar documentos ou de cumprir obrigações acessórias que justifiquem o lançamento de ofício com a aplicação de multa de 75% (setenta e cinco por cento).

As diferenças apontadas são de conhecimento da Receita Federal. O valor e o erro encontrado em uma única competência demonstram que a impugnante não agiu de má-fé. Ressalta ainda a diminuição anual das alíquotas do FAP em vista dos raros acidentes de trabalho na empresa. Requer a anulação da multa ou, se assim não for decidido, que seja aplicada a multa de 20%;

5. Ausência de crime de sonegação fiscal. Atos devidamente contabilizados e informados à RFB. Ressalta a impugnante, que no presente caso não houve omissão ou ausência de lançamento de qualquer tributo ou contribuição que pudesse ensejar a tipificação da conduta de sonegação ou qualquer outro crime. Todas as obrigações acessórias e principais foram devidamente cumpridas, tendo ocorrido mera ausência de recolhimento de tributo, que não enseja crime. Não houve falsidade de declaração ou ausência dela. Requer sejam suspensos e posteriormente anulados os efeitos do processo COMPROT nº 10980-720.182/2015-91. Transcreve decisões do CARF;

6. Nulidade do Auto de Infração. Ausência de fundamentação legal. Art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Alega a impugnante que em todo o Auto de Infração e seus anexos, não é possível aferir a fundamentação legal utilizada pela fiscalização. A Lei 9.784/99 tornou obrigatória a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão administrativa, em expressa

adoção do princípio da fundamentação dos atos e decisões administrativas. O primado da fundamentação está relacionado com os princípios do formalismo moderado e da motivação. Transcreve decisões do CARF. Não é possível aferir a legalidade da exigência imposta, bem como impossível verificar a fundamentação pela ilegalidade da diferença encontrada na GFIP 12/2010, devendo ser declarados nulos os Autos de Infração.

7. Necessidade de perícia. Quesitos. Nomeação de Assistente Técnico. Requer a realização de perícia técnica para apontar a legalidade das diferenças utilizando por base a documentação acostada. Indica assistente técnico e formula quesitos.

Pedidos:

- Suspensão dos efeitos do Auto de Infração, nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN;
- Realização de perícia técnica contábil para apurar a legalidade das diferenças;
- Nulidade do Auto de Infração, por violação do art. 10, inciso IV do Decreto nº 70.235/72;
- Se não atendido o pedido de nulidade, requer a improcedência do Auto de Infração e das alegações de sonegação fiscal, julgando-se procedente a diferença lançada na GFIP a título de índice FAP/GILRAT, anulando os efeitos das multas e juros aplicados e julgando ilegal a cobrança do FAP com a majoração da alíquota por norma infralegal;
- Suspensão dos atos constantes no processo Comprot nº 10980-720.182/2015-91, julgando-se, ao final, improcedente a pretensão do fisco em punir o contribuinte pelo crime de sonegação, previsto nos artigos 168-A, caput e parágrafo primeiro e 337-A, inciso I, ambos do Decreto-lei nº 2.848/1940;
- Intimação de todos os atos deste processo em nome de seu advogado, em seu endereço profissional.

É o relatório,

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto dele conheço.

Em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor:

Voto

Tempestiva a impugnação e presentes os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/1972. Assim sendo, dela tomo conhecimento.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

A teor do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo. Portanto, neste momento, em razão da impugnação tempestiva apresentada, o crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa.

A impugnante requer, também, a suspensão da exigibilidade do crédito até decisão final de Recurso Extraordinário pelo STF, com repercussão geral reconhecida.

Em relação a futuro julgamento pelo STF, eventual decisão proferida sob o rito estabelecido no art. 543-B do Código de Processo Civil, só influenciará o resultado de julgamento de 1ª Instância Administrativa Fiscal, a partir de comunicado da PGFN à RFB, incluindo determinada matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer, nos termos da Portaria PGFN/RFB nº 1, de 12 de fevereiro de 2014, tendo em vista o disposto no art. 19 da Lei nº 10.522/2002.

Assim, o processo terá seguimento normal na esfera administrativa, não havendo amparo legal para que se aguarde decisões sobre matérias submetidas à sistemática de julgamento dos Art. 543-B e 543-C do CPC.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Pretende a impugnante a nulidade do lançamento, por violação do art. 10, inciso IV do Decreto nº 70.235/72, ao argumento de ausência dos fundamentos legais que embasaram o lançamento, sem os quais lhe é impossível aferir a legalidade da exigência.

Não procedem suas alegações. O Relatório Fiscal descreve, de forma clara, os fatos que ensejaram o lançamento. Nos itens 4, 5 e 6 do Relatório Fiscal (fls. 12), o Auditor Fiscal identifica o campo da GFIP e as informações incorretas informadas pela empresa, apontando o índice do FAP informado e o índice correto obtido conforme documento de fls. 37, e aponta o percentual de GILRAT devido.

A base de cálculo e os valores das contribuições devidas e das declaradas estão demonstrados no item 7 do Relatório Fiscal.

A fundamentação legal consta no item 5 do Relatório Fiscal, e no anexo FLD – Fundamentos legais do débito (fls. 6).

Ademais, a impugnante demonstra pleno conhecimento da fundamentação legal ao questionar sua legalidade (item 3 da Impugnação).

O Auto de Infração está em conformidade ao que preceitua o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não se vislumbrando a presença da alegada nulidade.

FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO – FAP

A impugnante questiona o lançamento, alegando inexistência do crédito relativo a diferenças de contribuições previdenciárias destinadas ao financiamento do benefício previsto nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8213 de 24/07/1991 e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT. Destaca o desempenho da empresa na redução de acidentes, que tem resultado em redução do percentual do FAP a cada ano e aponta a ilegalidade das normas que regulamentam o FAP.

Em relação às alegações referentes à legalidade ou não do Fator Acidentário de Prevenção - FAP, tem-se que o mesmo foi introduzido pela Lei nº 10.666/2003:

*Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, **conforme dispuser o regulamento**, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.*

Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/1999:

Art. 202-A. As alíquotas constantes nos incisos I a III do art. 202 serão reduzidas em até cinquenta por cento ou aumentadas em até cem por cento, em razão do desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade, aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção - FAP. (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

§ 1º O FAP consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais, considerado o critério de arredondamento na quarta casa decimal, a ser aplicado à respectiva alíquota. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 2º Para fins da redução ou majoração a que se refere o caput, proceder-se-á à discriminação do desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, a

partir da criação de um índice composto pelos índices de gravidade, de frequência e de custo que pondera os respectivos percentis com pesos de cinquenta por cento, de trinta cinco por cento e de quinze por cento, respectivamente. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§3º Revogado § 4º Os índices de frequência, gravidade e custo serão calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social, levando-se em conta: (Incluído pelo Decreto nº 6.042, de 2007).

I - para o índice de frequência, os registros de acidentes e doenças do trabalho informados ao INSS por meio de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT e de benefícios acidentários estabelecidos por nexos técnicos pela perícia médica do INSS, ainda que sem CAT a eles vinculados; (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

II - para o índice de gravidade, todos os casos de auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, todos de natureza acidentária, aos quais são atribuídos pesos diferentes em razão da gravidade da ocorrência, como segue: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) pensão por morte: peso de cinquenta por cento; (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) aposentadoria por invalidez: peso de trinta por cento; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

c) auxílio-doença e auxílio-acidente: peso de dez por cento para cada um;

e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

III - para o índice de custo, os valores dos benefícios de natureza acidentária pagos ou devidos pela Previdência Social, apurados da seguinte forma: (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

a) nos casos de auxílio-doença, com base no tempo de afastamento do trabalhador, em meses e fração de mês; e (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

b) nos casos de morte ou de invalidez, parcial ou total, mediante projeção da expectativa de sobrevida do segurado, na data de início do benefício, a partir da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 5º O Ministério da Previdência Social publicará anualmente, sempre no mesmo mês, no Diário Oficial da União, os róis dos percentis de frequência, gravidade e

custo por Subclasse da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE e divulgará na rede mundial de computadores o FAP de cada empresa, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 7º Para o cálculo anual do FAP, serão utilizados os dados de janeiro a dezembro de cada ano, até completar o período de dois anos, a partir do qual os dados do ano inicial serão substituídos pelos novos dados anuais incorporados. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 8º Para a empresa constituída após janeiro de 2007, o FAP será calculado a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao que completar dois anos de constituição. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 9º Excepcionalmente, no primeiro processamento do FAP serão utilizados os dados de abril de 2007 a dezembro de 2008. (Redação dada pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

§ 10. A metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social indicará a sistemática de cálculo e a forma de aplicação de índices e critérios acessórios à composição do índice composto do FAP. (Incluído pelo Decreto nº 6.957, de 2009)

Art. 202-B. O FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

§ 1º A contestação de que trata o caput deverá versar, exclusivamente, sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

§ 2º Da decisão proferida pelo Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional, caberá recurso, no prazo de trinta dias da intimação da decisão, para a Secretaria de Políticas de Previdência Social, que examinará a matéria em caráter terminativo. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

§ 3º O processo administrativo de que trata este artigo tem efeito suspensivo. (Incluído pelo Decreto nº 7.126, de 2010)

Inferre-se dos dispositivos legais transcritos que em razão do FAP – Fator Acidentário de Prevenção, a partir da competência 01/2010, as empresas, além de continuar declarando na GFIP, a alíquota normal do SAT/RAT, de acordo com a sua atividade preponderante (1%, 2% ou 3%), passam a informar, também, no campo FAP, o índice FAP a ela correspondente. A finalidade do FAP é aferir o desempenho da empresa, dentro da respectiva atividade econômica, relativamente aos acidentes de trabalho ocorridos num determinado período, ele consiste num multiplicador variável num intervalo contínuo de cinco décimos (0,5000) a dois inteiros (2,0000), aplicado com quatro casas decimais sobre a alíquota SAT/RAT.

O FAP é calculado sobre os dois últimos anos de todo o histórico de acidentalidade e de registros acidentários da Previdência Social, por empresa. Cabe ao Ministério da Previdência Social publicar anualmente o FAP de cada empresa, que está disponível via internet pelo endereço eletrônico www.previdencia.gov.br, com as respectivas ordens de frequência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a esta verificar o respectivo desempenho dentro da sua CNAE-Subclasse.

A alegada redução no número de acidentes reflete no índice FAP da empresa, o que se constata na variação do índice nos anos de 2011 e 2012.

No caso, o índice FAP da empresa no ano de 2010 foi de 1,5119 (doc. Fls. 37), entretanto, empresa informou o FAP incorreto na GFIP da competência 12/2010 (doc. Fls. 38).

O FAP aplicável à empresa no período de 01/2010 a 13/2010 foi de 1,5119, entretanto, a empresa informou, na competência 12/2010 o FAP 1,01. Este índice (1,01) teve vigência somente a partir de 01/2011, até 13/2011.

Portanto, não procede a alegação da empresa de inexistência das diferenças, estando correto, o lançamento que apurou diferenças de contribuições referentes ao GILRAT na competência 12/2010.

Como exposto, as alíquotas aplicadas estão em perfeita consonância com os dispositivos legais que regem a matéria, os quais se encontram formalmente vigentes.

Em relação à alegação de ilegalidade da legislação acima citada, a mesma não será analisada, pois não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas. A observação quanto à violação dos citados princípios é dirigida ao legislador no momento da feitura da lei.

Não cabe à Administração Pública deixar de aplicar tais dispositivos legais, vez que toda atividade administrativa passa-se na esfera infralegal e as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legislador competente, gozam de presunção de constitucionalidade e legalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

Trata-se, portanto, de lançamento fundado em legislação válida e vigente, motivo pelo qual não pode a Administração deixar de aplicá-la mediante argumentação de inconstitucionalidade, não havendo que se acatar a pretensão do impugnante.

MULTA DE OFÍCIO

O Impugnante questiona o percentual de multa de ofício aplicada, requerendo sua anulação ou aplicação da multa de mora, de 20%.

No que se refere à aplicação da multa de ofício, assim dispõe a legislação vigente:

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Lei nº 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; (grifou-se)

Como se pode observar, deve ser aplicada a multa de ofício nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, falta de declaração e nos de declaração inexata. Logo, a mera inadimplência verificada em procedimento de ofício é supedâneo à sua exigência, conforme determina o dispositivo transcrito.

No caso presente, as contribuições previdenciárias devidas **não foram declaradas e recolhidas pelo Contribuinte** e a autoridade fiscal simplesmente aplicou o que determina a legislação. A aplicação da multa de ofício foi feita nos estritos contornos do princípios da legalidade, eis que havendo lei que determine a aplicação de determinado percentual de multa, não resta à autoridade administrativa outra alternativa senão a aplicação do quantum nela previsto. É ato vinculado, não cabendo à esfera administrativa pronunciar-se sobre os critérios que informaram o legislador quando da feitura da lei.

Também há que ressaltar que a responsabilidade pelo descumprimento de obrigação tributária, nos termos do art. 136 do CTN, é objetiva, ou seja, independe dos motivos que levaram ao descumprimento da obrigação.

Dessa forma, a multa aplicada está em perfeita consonância com o disposto na legislação de regência, razão pela qual deve ser mantida a multa de ofício aplicada.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Requer a Impugnante a suspensão do processo de Representação Fiscal para Fins Penais- RFFP - processo nº 10980-720.182/2015-91, e a improcedência da pretensão do fisco em punir o contribuinte pelo crime de sonegação.

A Representação Fiscal para fins Penais somente será encaminhada ao Ministério Público após decisão final, na esfera administrativa, conforme de acordo com o disposto no art. 83 da Lei nº 9.430/96, in verbis:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

No âmbito da RFB a normatização segue a Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, publicada no DOU de 22/12/2010, que assim dispõe:

(...)

*Art. 4º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, definidos nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, será formalizada e protocolizada em até 10 (dez) dias contados da data da constituição do crédito tributário, **devendo permanecer no âmbito da unidade de controle até a decisão final, na esfera administrativa**, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente ou na ocorrência das hipóteses previstas no art. 5º, respeitado o prazo legal para cobrança amigável.*

Art. 5º Os autos da representação, ou seu arquivo digital, serão remetidos pelo Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativo fiscal ao órgão do MPF competente para promover a ação penal, no prazo de 10 (dez) dias contados da data:

I - do encerramento do prazo legal para cobrança amigável, depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário relacionado ao ilícito penal, sem que tenha havido o correspondente pagamento;

II - da concessão de parcelamento do crédito tributário, ressalvados os mencionados nos incisos III, IV e V;

III - da exclusão da pessoa jurídica do Programa de Recuperação Fiscal (Refis)

ou do parcelamento a ele alternativo, de que trata a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000;

IV - da exclusão da pessoa jurídica do Parcelamento Especial (Paes) de que trata a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003;

V - da exclusão do parcelamento de que trata a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009; ou VI - da lavratura de auto de infração ou da expedição de notificação de lançamento de que não resulte exigência de crédito tributário.

Quanto à solicitação de extinção da pretensão do fisco em punir o contribuinte pela prática de crime, em tese, cabe informar que o processo administrativo tributário tem como escopo decidir, na órbita administrativa, se houve ou não a ocorrência de fato gerador de tributo, e, caso esse tenha ocorrido, verificar se o lançamento está de acordo com a legislação aplicável. Assim, não há qualquer razão para pronunciamento da autoridade julgadora no que se refere a Representação Fiscal para Fins Penais. Logo, o presente Voto somente se manifestará sobre os fatos trazidos aos autos no que concerne ao interesse tributário envolvido. Diante do exposto, não haverá manifestação desta autoridade julgadora quanto a

procedimentos relativos à Representação Fiscal para Fins Penais acima referida, posto que a mesma trata de crime, ainda que em tese.

DA DILIGÊNCIA OU PERÍCIA

Quanto ao pedido de perícia, não vimos necessidade desses procedimentos, uma vez que o auto de infração apresenta todos os elementos necessários para formar a convicção do julgador. Vejamos o que estabelece o artigo 18 do Decreto 70.235/72 a esse respeito:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine. (redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93).

A realização de diligência, ou perícia, pressupõe que a prova não pode, ou não cabe, ser produzida por uma das partes, ou que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos.

O Relatório Fiscal e seus anexos detalham de forma clara os critérios utilizados pelo auditor, a forma de apuração da base de cálculo, informando os valores e diferenças apuradas. Ressalte-se que a base de cálculo foi declarada pelo próprio contribuinte na GFIP e o índice FAP aplicado, que gerou as diferenças, era de conhecimento da empresa, que o declarou em GFIP nos demais meses do ano de 2010.

INTIMAÇÃO AO ADVOGADO

Por fim, o contribuinte requereu que todas as intimações atinentes à presente impugnação fossem realizadas em nome de seu advogado no endereço lá constante.

O artigo 23 do Decreto nº 70.235/1972 disciplina integralmente a matéria. Seus incisos I, II e III configuram as modalidades de intimação, atribuindo ao Fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas. Nesse sentido, o § 3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência.

O inciso II considera que a intimação via postal deve acontecer no domicílio tributário apenas do sujeito passivo. Já o § 4º dispõe que, para fins de intimação, o domicílio tributário do contribuinte pode ser apenas em dois locais: no endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; ou no endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

De tais regras, conclui-se pela inexistência de intimação postal na figura do procurador do sujeito passivo. Assim, a intimação via postal, no endereço de seu advogado, não acarretaria qualquer efeito jurídico de intimação, pois estaria em desconformidade com o artigo 23, inciso II e §§ 3º e 4º, do Decreto nº 70.235/1972.

Sendo assim, é de indeferir o pleito do contribuinte.

Conclusão

E pelo exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO**, mantendo o crédito tributário lançado.

CONCLUSÃO

Concordando com os termos da decisão de primeira instância administrativa, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso para, na parte conhecida, afastar as preliminares, indeferir os pedidos de realização de diligência, perícia e de intimação do presente acórdão no endereço do advogado da recorrente e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)
Mário Pereira de Pinho Filho