



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

Processo n° 12269.000387/2010-12
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.488 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente KUNZLER
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/11/2008 a 31/05/2009

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DA AUTUAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa a infração e as circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, data de sua lavratura, não há que se falar em nulidade da autuação fiscal posto ter sido elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AJUDA DE CUSTO - MUDANÇA - INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Integra o Salário-de-Contribuição a ajuda de custo paga sem os requisitos previstos no art. 28, § 9º, g, da Lei 8.212/1991.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - REQUISITOS - INDEFERIMENTO.

Quando à solicitação de produção de provas, verifica-se que o momento processual ocorre em sede de Impugnação, conforme arts. 15 e 16, Decreto 70.235/1972 e também nos arts. 55 e 56, Decreto 7574/2011 precluindo o

direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, com as exceções do art.16, § 4º, Decreto 70.235/1972.

Como o pedido de produção de prova documental não possui os requisitos previstos na legislação, considera-se não formulado.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - GFIP - APRESENTAÇÃO DE GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Constitui infração, punível na forma da Lei, apresentar a empresa a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

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 a RFB na administração previdenciária.

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, §§ 4º e 5º, LEI Nº 8.212/91 - APLICAÇÃO DO ART. 32, IV, LEI Nº 8.212/91 C/C ART. 32-A, LEI Nº 8.212/91 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA - ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO - ART. 106, II, C, CTN

Conforme determinação do art. 106, II, c do Código Tributário Nacional - CTN a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Desta forma, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c art. 32, §§ 4º e 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 12269.000387/2010-12
Acórdão n.º **2403-001.488**

S2-C4T3
Fl. 212

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Ewan Teles Aguiar.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 104 a 120, interposto pela Recorrente – KUNZLER FILHO & CIA. LTDA. contra Acórdão nº 10-35.175 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 110 a 115, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA nº. 37.248.485-9**, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 64.896,34.

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, o Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 68, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, no período de 11/2008 a 05/2009.

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05, informa:

a) *Verba remuneratória paga aos segurados empregados, denominada "Ajuda de Custo".*

b) *Diferença de valores referente ao SAT/GILRAT, já que a empresa informou na GFIP alíquota menor que a devida, c/ Remuneração de contribuintes individuais, autônomos, lançada em contas passivas "Empréstimos de Capital de Giro" e "Distribuição de Lucros", em 2006, 2007 e 2008.*

d) *Remuneração de freteiros autônomos, paga em 10, 11 e 12/2007, registrada na conta passiva: "Empréstimo de Capital de Giro". | e) Remuneração paga aos contribuintes individuais: Luiz Alberto Bohrer e Jalvi de Freitas Batista, aferida indiretamente já que não contabilizada.*

f) *Valores pagos à Cooperativa de trabalho Metropolitan - Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos das Vilas da Região Metropolitana Ltda (CNPJ:04.651.124/0001-98) conforme notas fiscais de serviços emitidas pela cooperativa.*

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05, informa ainda que:

Os fatos acima apontados foram constatados após auditoria executada nas folhas de pagamento, GFIPs, contratos de prestação de serviços, notas fiscais de serviço, Livros Diário e Razão dos exercícios 2005, 2006, 2007 e 2008 bem como processo trabalhista de Luiz Alberto Bohrer. Os Livros Diário e Razão foram disponibilizados à fiscalização em "CD" e apresentados no sistema fotogramas de microfichas numeradas por sistema eletrônico de dados.

O Relatório de Aplicação da Multa, às fls. 06, informa que:

1. Em decorrência da infração praticada aplico a multa no valor de R\$64.896,34 (sessenta e quatro mil oitocentos e noventa e seis reais e trinta e quatro centavos), atualizado pela Portaria

MPS/MF n.350 DE 30/12/2009, publicada no DOU em 31/12/2009, conforme planilha de cálculo, em anexo: "Demonstrativo dos Valores das Contribuições Devidas, Demonstrativo do Cálculo da Multa AIOA CFL 68 e Comparativo Multa Lei 8.212/91 e Lei 9.430/96-Aplicação Mais Benéfica".

2. A multa corresponde a 100% do valor devido relativo à contribuição previdenciária não declarada em GFIP, limitada por competência, aos valores previstos no quadro constante do parágrafo 4º do art. 32 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.528/97, em função do número de segurados.

3. Neste caso não existem circunstâncias agravantes nem atenuantes.

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05, informa que na presente auditoria fiscal foram lavradas as seguintes autuações:

| <i>DOCUMENTOS</i> | <i>NUMERO DO DOCUMENTO</i> | <i>DESCRIÇÃO</i> |
|------------------------|---|--|
| <i>AI-CFL30</i> | <i>- 37.248.479-4</i> | <i>Deixar de preparar a folha de pagamento de acordo com padrões e normas estabelecidas pela RFB - Receita Federal do Brasil</i> |
| <i>AI-CFL34</i> | <i>- 37.248.483-2</i> | <i>Deixar de lançar fatos geradores de contribuições previdenciárias em títulos próprios da contabilidade</i> |
| <i>AI-CFL38</i> | <i>- 37.248.484-0</i> | <i>Deixar de apresentar documentos de caixa que deram cobertura a lançamentos em contas passivas de valores pagos a contribuintes individuais.</i> |
| <i>AI-CFL68</i> | <i>- 37.248.485-9</i> | <i>Apresentar a GFIP omitindo total ou parcialmente fatos geradores de contribuições previdenciárias</i> |
| <i>Al 37.248.486-7</i> | <i>- Contribuições Previdenciárias da parte patronal</i> | <i>Incidindo sobre mão de obra direta, de contribuintes individuais e fornecida por terceiros .Lançamento:03/05 a 10/08</i> |
| <i>Al 37.248.487-5</i> | <i>- Contribuições Previdenciárias da parte patronal</i> | <i>incidindo sobre mão de obra direta, de contribuintes individuais e fornecida por terceiros .Lançamento:11/08 a 05/09</i> |
| <i>Al 37.248.488-3</i> | <i>- Contribuições Previdenciárias da parte dos segurados</i> | <i>incidindo sobre mão de obra direta, de contribuintes Individuais e fornecida por terceiros ,Lançamento:03/05 a 10/08</i> |
| <i>Al 37.273.155-4</i> | <i>- Contribuições Previdenciárias da parte dos segurados</i> | <i>incidindo sobre mão de obra direta, de contribuintes individuais e fornecida por terceiros .Lançamento: 11/08 a 05/09</i> |
| <i>Al 37.273.156-2</i> | <i>- Contribuições destinadas aos Terceiros.</i> | <i>Lançamento:03/05 a 10/08</i> |
| <i>Al 37.273.157-0</i> | <i>- Contribuições destinadas aos Terceiros.</i> | <i>Lançamento: 11/08 a 05/09</i> |

A Recorrente teve ciência do TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, às fls. 51 a 52, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 1010100.2009.01136.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Anexo do Relatório Fiscal da Infração, é de **03/2005 a 11/2008**.

A Recorrente teve ciência do auto de infração no dia **31.03.2010**, às fls. 01.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 63 a 67, com as seguintes alegações, conforme o relatório da decisão de primeira instância:

Discorre sobre o dever da administração pública de anular atos administrativos ilegais.

Afirma que a administração pública deve obediência aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, dentre outros, conforme artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse sentido é a Lei nº 9.784/99, artigo 53, que determina à Administração Pública o dever de anular seus atos quando maculados por qualquer ilegalidade, cuja competência para a declaração da nulidade, encontra-se no artigo 61 do Decreto nº 70.235/72.

Assevera que, uma vez pautado por tais princípios, deve o agente público seguir rigorosamente os ditames legais, conhecendo e observando o ordenamento jurídico como um todo sistemático, integrado não só por normas administrativas e fiscais, mas também por aquelas de cunho trabalhista.

O agente fiscal afastou-se do princípio da verdade real ao desconsiderar os fatos regidos pela lei trabalhista, criando uma artificialidade jurídica e presumindo que a impugnante deixou de recolher tributos sobre parte de sua folha de pagamento.

Ao exceder a legalidade, o procedimento administrativo deixou de ser razoável e desfez o liame entre a sua conduta e a finalidade da norma ferindo o artigo 37 da Constituição Federal.

Entende que a parcela paga a título de ajuda de custo, em decorrência de previsão contida em Convenção Coletiva de Trabalho, itens 7 e 8 do título VI, não deve sofrer incidência das contribuições previdenciárias em razão do que determina a legislação trabalhista. Aduz que não apenas a empresa, como os agentes fiscais, devem obediência a previsão contida no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, reconhecendo as convenções e os acordos coletivos de trabalho, eis que se revestem na condição de lei entre os sindicatos dos empregados e patronais, não podendo ser ignorados.

Ademais disso, afirma que os pagamentos de ajudas de custo não se sujeitam à incidência das contribuições previdenciárias, em razão do que prescreve o parágrafo 2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, que exclui da composição do salário as ajudas de custo, desde que não

excedentes a metade dos seus ganhos. Salienta que o artigo 457, conceitua a remuneração "para todos os efeitos legais".

Assevera que tal parcela tem caráter indenizatório por tratar-se de ressarcimento de custos tidos pelos empregados.

A conduta da fiscalização violou a norma coletiva, vindo de encontro à manifestação da] vontade nela disposta. Além da obediência ao princípio da legalidade, não pode o Poder Público negar o Direito, nem a sistematização das regras, devendo ser o primeiro a cumpri-las com a máxima exatidão, em consonância com a Carta Política e a Lei nº 9.784/99.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 10-35.175 - 7ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, fls. 110 a 115, conforme Ementa a seguir:

Assunto : Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/03/2006 a 31/08/2008

Auto de Infração - AI 37.248.485-9 (Código de Fundamentação Legal 68)

CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

A constitucionalidade e a legalidade das leis são vinculadas para a Administração Pública.

NULIDADE.

A autuação encontra-se revestida de todas as formalidades legais exigíveis, inexistindo motivos para a sua anulação.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. GFIP.

A empresa é obrigada a informar em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social todos os segurados da Previdência Social e os correspondentes fatos geradores de contribuições previdenciárias.

MULTA. JUROS. EXCLUSÃO. REDUÇÃO.

A multa por descumprimento de obrigação acessória, assim como os juros a serem aplicados após o lançamento decorrem de lei, não podendo a Administração Pública dispensar o seu cumprimento, quando inexistente qualquer previsão em lei tributária que determine a sua exclusão.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 123 a 139, onde combate fundamentadamente a decisão de primeira instância e reitera as argumentações deduzidas em sede de Impugnação, em apertada síntese:

Em sede Preliminar.**(i) DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.**

Portanto, visando o bem comum, e diante de vícios de legalidade, a Administração Pública deve sim anular seus próprios atos, dever este previsto pela Lei nº 9.784/99, artigo 53.

Portanto, as razões jurídicas expostas ensejam a nulidade do Auto de Infração ora recorrido, por serem inconstitucionais e ilegais, não havendo que se falar em vinculação da Administração Pública.

No Mérito.**(ii) DA INCIDÊNCIA SOBRE PAGAMENTOS DE AJUDAS DE CUSTO.**

A decisão ora recorrida afirma que a "ajuda de custo" fornecida pela Recorrente não está prevista no artigo 9 da Lei nº 8.212/91, mas apenas em Convenção Coletiva de Trabalho, devendo ser tributada como salário-de-contribuição, por suposta distinção e autonomia do Direito Tributário em relação aos demais ramos do direito.

Assim, embora não prevista na Lei 8.212/91, a ajuda de custo fornecida pela Recorrente está corretamente embasada na Convenção Coletiva de trabalho.

Ora, se a própria Constituição Federal prevê o direito do trabalhador ao reconhecimento das Convenções Coletivas, não pode a Administração Pública alegar a distinção do Direito Tributário em relação aos demais ramos do direito. Não se trata apenas de direito previsto na CLT, ou ainda da Convenção Coletiva de Trabalho, mas principalmente direito previsto pela própria legislação constitucional.

A decisão atacada afirma que, embora as partes se sujeitem às condições acordadas nas Convenções Coletivas de Trabalho, é sem efeito qualquer previsão que tenha a intenção de adentrar no campo da incidência tributária.

(iii) DA NULIDADE

De tudo isso, a interpretação literal do §2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho torna indiscutível a legalidade da não tributação dos valores pagos aos funcionários da Recorrente a título de "ajuda de custo", bem como a não realização de recolhimentos previdenciários, e por conseguinte, deixa clara a nulidade do Auto de Infração, pelo que se requer a sua exclusão, em conjunto com os encargos financeiros e multas.

(iv) DA MULTA E DOS JUROS.

Um dos pontos sobre o qual recai a irresignação da Recorrente é quanto aos percentuais exigidos a título de multa de mora, multa de ofício e juros, o^s quais são flagrantemente ilegais e inconstitucionais, em virtude do excesso de exação neles

Processo nº 12269.000387/2010-12
Acórdão n.º 2403-001.488

S2-C4T3
Fl. 215

Ora, multa e juro em percentual tão elevado sobre os valores não recolhidos, sobressaem-se incontestemente tratar-se de evidente confisco, com violação flagrante do disposto na própria Carta Magna, sem seu artigo 150, IV.

Ainda, foi colacionado aos autos informação de que o Recorrente encontra-se em processo de recuperação judicial:

COMARCA DE PORTO ALEGRE
VARA DE FALÊNCIAS, CONCORDATAS E INSOLVÊNCIAS
Rua Márcio Veras Vidor, 10 – Sala 680 – CEP 90110160 Fone: (51) 3210-6760

Porto Alegre, 30 de novembro de 2011.

Ofício nº: 1361/2011 - ao responder, mencionar o nº do processo
Processo nº: 001/1.11.0309454-9 (CNJ: 0378228-68.2011.8.21.0001)
Natureza: Recuperação de Empresa
Autoras: Kunzler, Filho & Cia. Ltda. – CNPJ 92.696.350/0001-52 e
Laticínios Noroeste Ltda. – CNPJ 08.323.275/0001-78

Senhor Superintendente:

Comunico a V. Sa., para fins do inciso V do art. 52 da Lei nº 11.101/05, que foi **DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL** da empresa acima mencionada, na qual foi nomeado Administrador Judicial Luís Henrique Guarda, OAB/RS 49.914, com endereço profissional na Av. Loureiro da Silva, nº 2001, Sala 701, fone/fax 3012-6618, e-mail: luis.guarda.biz@uol.com.br, tudo em conformidade com a sentença proferida em 28.11.2011.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 207.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 207.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Da regularidade do lançamento.

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Conforme o Relatório Fiscal da Infração, o Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 68, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, no período de 11/2008 a 05/2009.

O Relatório Fiscal da Infração, às fls. 05, informa:

a) Verba remuneratória paga aos segurados empregados, denominada "Ajuda de Custo".

b) Diferença de valores referente ao SAT/GILRAT, já que a empresa informou na GFIP alíquota menor que a devida, c) Remuneração de contribuintes individuais, autônomos, lançada em contas passivas "Empréstimos de Capital de Giro" e "Distribuição de Lucros", em 2006,2007 e 2008.

d) Remuneração de freteiros autônomos, paga em 10,11 e 12/2007, registrada na conta passiva: "Empréstimo de Capital de Giro". | e) Remuneração paga aos contribuintes individuais: Luiz Alberto Bohrer e Jalvi de Freitas Batista, aferida indiretamente já que não contabilizada.

f) Valores pagos à Cooperativa de trabalho Metropolitan - Cooperativa dos Trabalhadores Autônomos das Vilas da Região Metropolitana Ltda (CNPJ:04.651.124/0001-98) conforme notas fiscais de serviços emitidas pela cooperativa.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOA nº 37.248.485-9 que, conforme definido nos artigos 460, 467 e 468 da IN RFB nº 971/2009, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela RFB, apuradas mediante procedimento fiscal:

- Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o não-recolhimento total ou parcial das contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

- IN RFB nº 971/20095

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Art. 467. Será lavrado Auto de Infração ou Notificação de Lançamento para constituir o crédito relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 2007.

Art. 468. A autoridade administrativa competente para a lavratura do Auto de Infração pelo descumprimento de obrigação principal ou acessória, nos termos dos arts. 142 e 196 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), e art. 6º da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, é o AFRFB que presidir e executar o procedimento fiscal.

Parágrafo único. Considera-se procedimento fiscal quaisquer das espécies elencadas no art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 1972, observadas as normas específicas da RFB.

(grifo nosso)

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 33, §§ 2º, 3º da Lei 8.212/1991, os artigos 232 e 233 do decreto 3.048/1991, bem como dos artigos 113, 115 e 122 do Código Tributário Nacional.

O artigo 33, §§ 2º, 3º da Lei 8.212/1991:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os arts. 232 e 233, Decreto 3.048/1999:

Art. 232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.

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

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

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.

O art. 115, CTN, estabelece que:

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

O art. 122, CTN, estabelece que:

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

A autorização por meio da emissão de TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento, bem como a intimação para que o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, 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:

a. IPC - Instrução para o Contribuinte, onde constam as instruções necessárias à empresa no tocante ao recolhimento, parcelamento, apresentação de defesa e demais informações;

b. REPLEG - Relatório de Representantes Legais, que identifica os sócios-gerentes / administradores da empresa e seus respectivos períodos de gestão;

c. VÍNCULOS - Relação de Vínculos, que relaciona todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão do seu vínculo com o sujeito passivo,

representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

d. REFISC – Relatório Fiscal da Infração e da Aplicação da Multa.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito 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.

Desta forma, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não prosperando as alegações da Recorrente.

(i) DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

Portanto, visando o bem comum, e diante de vícios de legalidade, a Administração Pública deve sim anular seus próprios atos, dever este previsto pela Lei nº 9.784/99, artigo 53.

Portanto, as razões jurídicas expostas ensejam a nulidade do Auto de Infração ora recorrido, por serem inconstitucionais e ilegais, não havendo que se falar em vinculação da Administração Pública.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DO MÉRITO

(ii) DA INCIDÊNCIA SOBRE PAGAMENTOS DE AJUDAS DE CUSTO.

A decisão ora recorrida afirma que a "ajuda de custo" fornecida pela Recorrente não está prevista no artigo 9 da Lei nº 8.212/91, mas apenas em Convenção Coletiva de Trabalho, devendo ser tributada como salário-de-contribuição, por suposta distinção e autonomia do Direito Tributário em relação aos demais ramos do direito.

(iii) DA NULIDADE

De tudo isso, a interpretação literal do §2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho torna indiscutível a legalidade da não tributação dos valores pagos aos funcionários da Recorrente a título de "ajuda de custo", bem como a não realização de recolhimentos previdenciários, e por conseguinte,

deixa clara a nulidade do Auto de Infração, pelo que se requer a sua exclusão, em conjunto com os encargos financeiros e multas.

Analisemos conjuntamente os itens (ii) e (iii).

De plano, temos que a apreciação de inconstitucionalidade em sede de Recurso Voluntário já foi analisada no item (i) e que a questão de nulidade relacionada à regularidade do lançamento já foi analisada no tópico (A).

O Relatório Fiscal referente ao processo nº 12269.000389/2010-10, às fls. 45 a 51, informa dentre os fatos geradores verificados durante a auditoria para a apuração da base de cálculo dos créditos previdenciários, a ajuda de custo paga em desacordo com a legislação tributário-previdenciária:

5.1 Rubrica "Ajuda de Custo" - por força de convenção coletiva a empresa paga aos seus segurados empregados, remuneração denominada 'Ajuda de Custo', expressa como 08 (oito) nas cláusulas econômicas das convenções coletivas de trabalho (transcrita a seguir, cláusula 08, convenção 2007). -Cláusula econômica: 08 AJUDA DE CUSTO. As empresas pagarão a todos os seus empregados, a partir de julho de 2007, R\$50,78 (cinquenta reais e setenta e oito centavos) mensais, a título de ajuda de custo, não integrável ao salário, para qualquer efeito". Analisando a tabela de eventos da folha de pagamento, o resumo da folha e a guia da previdência social, verifica-se que a rubrica não integra a base de cálculo do INSS. Condições de pagamento, da rubrica "Ajuda de Custo" - paga/devida ou creditada a todos segurados empregados (exceto motoristas) em todos os meses em valor fixo e reajustável, nas mesmas épocas dos reajustes salariais, sem a intenção de ressarcir despesas ou de reembolsar gastos feitos pelos empregados. Portanto, a rubrica "ajuda de custo" se enquadra no conceito de salário de contribuição da previdência social, expresso no artigo 28, inciso I da Lei Nº 8.212/91, e integra a base de cálculo do INSS. Em anexo, planilha excel com os valores pagos individualmente bem como a base de incidência do INSS, por competência.

Por outro lado, a Recorrente, repetindo o argumento utilizado em sede de Impugnação, aduz que esta ajuda de custo se refere a pagamento de ajuda de custo aos seus funcionários, por decorrência de gastos médios que estes tenham com ligações telefônicas, deslocamentos, alimentação, ou demais despesas que porventura possam surgir no cotidiano.

No entanto, observa-se que a Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal. Ou seja, a Recorrente não restou comprovado em sede de Recurso Voluntário que a hipótese dos pagamentos efetuados a título de ajuda de custo se referem a verbas indenizatórias, seja por motivo de mudança de local de trabalho do empregado ou ainda por reembolso de despesas efetuadas pelos empregados na execução dos serviços.

Neste sentido, tem-se que a legislação previdenciária ao prever que a ajuda de custo não integra o salário de contribuição na hipótese disposta no art. 28, § 9º, g, Lei 8.212/1991, implica então afirmar que a hipótese concreta do presente processo não se enquadra no art. 28, § 9º, g, Lei 8.212/1991:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...) §9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...) g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Ademais, o disposto em Convenção Coletiva de Trabalho não tem o condão de afastar a exigência de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a isenção de contribuições sociais previdenciárias, nos termos do art. 97, CTN c/c art. 175, I, CTN c/c art. 176, CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(..)VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Quanto ao pedido de abertura de prazo para a produção de provas documentais, verificamos que a mesma encontra-se de acordo com o previsto na legislação:

Decreto 70.235/1972 – Art. 16. A impugnação mencionará:

(...) § 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

No entanto, considero que o atual pedido de produção de prova documental, provas estas que deveriam ter sido produzidas em sede de Impugnação, contraria o disposto no art. 16, § 4º, Decreto 70.235/1972 de modo que como o pedido de produção de prova documental não possui os requisitos previstos na legislação, considero-o não formulado.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iv) DA MULTA E DOS JUROS.

Um dos pontos sobre o qual recai a irresignação da Recorrente é quanto aos percentuais exigidos a título e juros, os quais são flagrantemente ilegais e inconstitucionais, em virtude do excesso de exação neles contidos.

Ora, multa e juros em percentual tão elevado sobre os valores não recolhidos, sobressaem-se incontestemente tratar-se de evidente confisco, com violação flagrante do disposto na própria Carta Magna, sem seu artigo 150, IV.

Analisemos.

De plano, temos que a apreciação de inconstitucionalidade em sede de Recurso Voluntário já foi analisada no item (i).

Outrossim, em relação ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da recente Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009. A citada Lei 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a Lei 11.941/2009, 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 art. 32 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 dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente 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 vinte por cento, observado o disposto no §3º; e

II- de R\$ 20,00 (vinte reais)para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas

§1º-Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I do caput, 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, 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 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;

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

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.

Art.106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso da presente autuação, Auto de Infração nº. 37.248.485-9, a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 e do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212/1991, o qual previa que pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no art. 32, § 4º, da Lei nº 8.212/1991.

Para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32-A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

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

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Foi colacionado aos autos informação de que o Recorrente encontra-se em processo de recuperação judicial;

COMARCA DE PORTO ALEGRE
VARA DE FALÊNCIAS, CONCORDATAS E INSOLVÊNCIAS
Rua Márcio Veras Vidor, 10 – Sala 680 – CEP 90110160 Fone: (51) 3210-6760

Porto Alegre, 30 de novembro de 2011.

Ofício nº: 1361/2011 - ao responder, mencionar o nº do processo
Processo nº: 001/1.11.0309454-9 (CNJ:0378228-68.2011.8.21.0001)
Natureza: Recuperação de Empresa
Autoras: Kunzler, Filho & Cia. Ltda. – CNPJ 92.696.350/0001-52 e
Laticínios Noroeste Ltda. – CNPJ 08.323.275/0001-78

Senhor Superintendente:

Comunico a V. Sa., para fins do inciso V do art. 52 da Lei nº 11.101/05, que foi **DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL** da empresa acima mencionada, na qual foi nomeado Administrador Judicial Luís Henrique Guarda, OAB/RS 49.914, com endereço profissional na Av. Loureiro da Silva, nº 2001, Sala 701, fone/fax 3012-6618, e-mail: luis.guarda.biz@uol.com.br, tudo em conformidade com a sentença proferida em 28.11.2011.

Desta forma, a unidade da Receita Federal do Brasil deverá, quando da execução administrativa do julgado, ter ciência do processo de recuperação judicial a que o Recorrente está submetido com vistas às providências cabíveis.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, em **dar provimento parcial ao recurso, NO MÉRITO**, para que se recalcule o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 32-A da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro