



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

Processo nº 13603.721860/2011-02
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.799 – 3ª Turma Especial
Sessão de 05 de novembro de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL e REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS e CONTRIBUINTE INDIVIDUAL e TERCEIROS e AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente FERROTRANS TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE CARGAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 01/01/2008

DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DO AUTO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA NORMA INFRINGIDA, DA MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO ESTÃO PRESENTES. PLR/PPR - QUANDO PAGOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA É BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PLR/PPR PAGOS SEM A FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO. EM PERIODICIDADE INFERIOR A SEIS MESES. SENDO SUBSTITUTIVO DE ABONO. GPS APRESENTADA FOI DEVIDAMENTE APROPRIADA COM SEUS VALORES UTILIZADOS PARA AMORTIZAR O LEVANTAMENTO. MULTA. CONFISCATÓRIA E INCONSTITUCIONAL. INOCORRÊNCIA. O PATAMAR DE MULTA APLICADO ESTÁ FIXADO EM LEI E É ADMITIDO COMO VÁLIDO PELO STF. A LEI CIVIL, TAMBÉM, ADMITE MULTA DE CEM POR CENTO DA OBRIGAÇÃO.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para determinar que a multa de ofício aplicada nos DEDCAB's

37.319.952-0 e 37.319.953-8, seja aplicada nos termos do artigo 144, caput, da Lei 5.172/66, aplicando-se a multa do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo, limitando-a a setenta e cinco caso ultrapasse esse percentual, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 - A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Ricardo Magaldi Messetti, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.319.952-0, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias, decorrentes da remuneração/rendimentos/retribuição paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados e contribuintes individuais, incluindo, carreteiros – cota patronal e SAT, bem ainda, o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.319.953-8, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias, decorrentes da remuneração/rendimentos/retribuição paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados e contribuintes individuais – parte descontada dos empregados e contribuintes individuais, assim como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.319.954-6, que objetiva o lançamento das contribuições decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de empregados, destinada a outras entidades e fundos – terceiros, e, ainda, o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.319.955-4, que objetiva o lançamento das contribuições decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da recorrente da categoria de contribuintes individuais, destinada a outras entidades e fundos – terceiros, como também, o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.319.956-2, CFL.30, deixar a empresa de preparar folha(s) de pagamento(s) das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafo 9º, do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99. Para órgão gestor de mão-de-obra, referente ao trabalhador portuário avulso: Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafos 10, 11 e 12, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, mas também, o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.319.956-2, CFL.34, deixar a empresa de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, II, combinado com o art. 225, II, e parágrafos 13 a 17 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 45 a 52, com período de apuração de 01/2007 a 12/2007, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 69 e 70.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 14/06/2011, conforme Folha de Rosto dos Autos de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03; 14; 25 e 31, e Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 41 e 42.

O contribuinte apresentou suas defesas/impugnações, em 14/07/2011, as fls. 109 a 123; 126 a 141; 144 a 155; 156 a 167; 168 a 182; 183 a 197, acompanhadas dos documentos, de fls. 124 e 125; 142 e 143; 198 a 204, respectivamente.

As impugnações foram consideradas tempestivas, fls. 205 a 207.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-42.799 - 8ª, Turma DRJ/BHE, em 26/02/2013, fls. 208 a 217.

No qual as impugnações foram consideradas improcedentes.

O contribuinte tomou conhecimento da decisão da DRJ, em 08/04/2013, conforme AR, de fls. 220.

O contribuinte apresentou o recurso voluntário, em 18/04/2013, petição de interposição, de fls. 223, com razões recursais, as fls. 224 a 240, acompanhada dos documentos, de fls. 241 a 265.

As razões recursais sumariadas, estão a seguir expostas.

Mérito.

- que o auto de infração não descrimina a norma infringida, estando ausente deste a motivação, não se sabendo qual a infração praticada por deficiência e erro na descrição, em violação a segurança jurídica, ampla defesa e contraditório, faltando subsunção do fato a norma, sendo vedado ao fisco inovar a motivação no curso do processo, sendo nulo o auto, devendo o recurso ser provido com a reforma da decisão guerreada, que não apreciou tais pontos;
- que o PLR é imune de contribuição previdenciária, nos termos do artigo 7º, inciso XI, da CF/88, estando sendo violado o artigo 28, §9º, alínea “j”, da Lei 8.212/91, uma vez este prescreve a não incidência de contribuição ao PLR, cita decisões do CARF, sendo possível as partes estipularam os critérios e condições, desde que negociados, claros e objetivos, cita decisão do STJ, devendo ser provido o recurso para excluir a exação sobre o PLR;
- que o fato da GPS ter sido apropriada pelo fisco não implica que ela tenha sido levada em consideração quando da lavratura do auto, não havendo débito em relação a competência 04/2007, uma vez que tal contribuição foi devidamente quitada pela recorrente, conforme provam os documentos acostados aos autos, cabendo o provimento do recurso, pois a autuação é improcedente, haja vista que a GPS foi recolhida em 10/05/2007;
- que a multa é de natureza confiscatória, sendo vedado a utilização de tributo e acessórios com efeito de confisco, apesar de não haver definição do patamar de confisco na doutrina e na jurisprudência é certo que 75% ultrapassa a razoabilidade, caracterizando-se confisco, sendo ilegítima e invalida sua exigência nesse patamar, violando a proporcionalidade, razoabilidade e não confisco, a ADI 551/RJ – STF, devendo as multa serem canceladas em razão de seu caráter confiscatório;
- que não há justificativa para a manutenção do auto, pois do contrário se estará exigindo tributo indevido, esvaziando a atividade econômica da empresa, não podendo a aplicação e a

interpretação da norma resultarem em absurdos jurídicos, como quer o fisco;

- Dos pedidos e requerimentos: a) provimento do recurso; b) reforma da decisão combatida; c) que seja declarados nulos e cancelados os autos de infração constantes do presente PAF; d) ou pelo menos parte deles; e) reconhecendo-se as insanáveis nulidades e ilegalidades existentes neste PAF e nos autos de infração; f) afastando-se as penalidades impostas a recorrente; g) cancelando-se ou reduzindo-se as multas, devido o efeito confiscatório; h) baixando-se definitivamente a imposição, arquivando-se os autos; i) que todas as intimações/publicações sejam feitas em nome dos causídicos.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 269.

Encaminhou-se os autos ao CARF, fls. 269.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 18/07/2014, Lote 03, fls. 270.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Inicialmente, é necessário ter em mente que o presente PAF é composto por seis autos de infração, quatro relativos ao descumprimento de obrigação principal, isto é, não recolhimento do tributo propriamente dito e dois por descumprimento de obrigação acessória – dever instrumental, artigos 113, 114 e 115, da Lei 5.172/66.

Relativamente, aos autos de infração de obrigação principal, o relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 12 e 13; 23 e 24; 29 e 30; 39 e 40, apresentam de forma detalhada e por rubricas todas as normas que se referem ao lançamento.

No que tange, aos autos de infração de obrigação acessória, as Folhas de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 41 e 42, trazem de forma clara e simples – a descrição sumária da infração; o dispositivo legal infringido; o dispositivo legal da aplicação da multa, bem como dispositivo da gradação da multa.

Não fosse isso suficiente, o Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal, de fls. 45 a 52, em especial nos itens 1 a 6, traz uma explicação e descrição detalhada de cada um dos seis autos de infração.

Assim sendo, inexistentes as irregularidades, falhas e deficiências apontadas pelo contribuinte, pois a descrição da norma, a motivação e a subsunção do fato a norma estão presente no auto de infração.

Desta forma, não há violação a segurança jurídica, a ampla defesa ou ao contraditório.

Também, não vislumbro a alegada inovação, pois apesar de alegada sua ocorrência não foi indicada e nem demonstrada onde, como em e que medida teria ocorrida tal situação.

Assim, afasto essas alegações.

Assiste razão a recorrente o PLR é imune à contribuição previdenciária, mas tal imunidade não é absoluta, pois ela é condicionada ao pagamento da verba dentro das disposições estabelecidas na lei reguladora do benefício.

No presente caso o fisco considerou que o P.P.R em verdade era um abono disfarçado, observe-se a transcrição do REFISC, que cuida da matéria.

4. Quanto ao evento de folha “127 – PAGTO DE P.P.R.”, entendemos tratar-se de abono concedido pela empresa ao empregados, a título de participação nos resultados, sem a

devida observância dos preceitos da Lei 10.101 de 19/12/2000, publicada no D.O.U. de 20/12/2000, que estabelece a forma de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados obtidos pela empresa, mediante a fixação de metas a serem alcançadas.

A conclusão é de simples verificação o Acordo de PLR ano 2007, acostado, as fls. 76, traz o que abaixo consta.

A empresa pagará a seus empregados com contrato em vigor na data da assinatura do presente Acordo, o valor correspondente a R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a título de participação nos lucros e resultados, em caráter de abono.

Parágrafo Primeiro – O pagamento da participação nos lucros e resultados, será efetuado em 01 (uma) parcela paga em 20/10/07, no valor de R\$ 200,00 e outra parcela em 20/01/2008 no mesmo valor.

Parágrafo Segundo – As parcelas, aqui acordadas, serão pagas integralmente, na data determinada, os trabalhadores que tenham sido admitidos até 31/12/06 e para os que foram admitidos após esta data receberão proporcionalmente aos meses trabalhados, e que estejam com contrato em vigor na assinatura deste acordo.

Ou seja, não estabelece nenhum requisito para a concessão do PLR, salvo ser empregado na data da assinatura do acordo, estar na ativa ou ter ficado no máximo um mês afastado pelo INSS no ano de 2007 e nada mais, isto é, não há critérios, requisitos ou condições que possam levar a efetiva aferição da informações pertinentes ao cumprimento do PLR.

Aliás, o próprio PLR diz que tal pagamento será em caráter de abono, bem como não terem sido “definidas metas para monitoramento.”, observe-se as transcrições.

em caráter de abono.

Parágrafo Sexto – Tendo em vista o caráter de abono dado ao presente acordo, não serão definidas metas para monitoramento.

Além disso as duas parcelas foram pagas em periodicidade inferior a seis meses.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ é claro em entender que o PLR ou PPR e base de cálculo, quando pago fora dos preceitos legais.

EMEN: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DA TUTELA CAUTELAR. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. 1. Na hipótese, o fumus boni iuris não foi demonstrado, isto porque as empresas somente não se submetem à incidência da contribuição previdenciária se a distribuição de lucros e resultados for realizada na forma da lei. 2. "O art. 3º, § 2º, da Lei 10.101/2000 (conversão da MP 860/1995) fixou o critério básico, no que interessa à demanda, qual seja a impossibilidade de distribuição de lucros ou resultados em periodicidade inferior a 6 (seis) meses" (REsp 496949/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma,

julgado em 25.8.2009, DJe 31.8.2009). 2. A embargante, inconformada, busca com a oposição destes embargos declaratórios ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese. Todavia, não é possível dar efeitos infringentes aos aclaratórios sem a demonstração de vício ou teratologia. Embargos de declaração rejeitados. EMEN: (EMC 201300886090, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/09/2013 ..DTPB:.)

EMEN: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. OMISSÃO QUANTO À LEI DE REGÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RETORNO DOS AUTOS. NECESSIDADE. 1. A teor da jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC, o que de fato ocorreu na hipótese em apreço. 2. A isenção tributária sobre os valores pagos a título de participação nos lucros ou resultados deve observar os limites da lei regulamentadora; no caso, a Medida Provisória 794/94 e a Lei n. 10.101/00, e também o art. 28, § 9º, "j", da Lei n. 8.212/91, possuem regulamentação idêntica. 3. Descumpridas as exigências legais, as quantias pagas pela empresa a seus empregados ostentam a natureza de remuneração, passíveis, pois, de serem tributadas. 4. Omisso o Tribunal de origem quanto à observância dos requisitos estabelecidos na Medida Provisória 794/94 e na Lei n. 10.101/00, apesar da oposição de embargos de declaração. Caracterizada a violação do art. 535 do CPC. Recurso especial provido. EMEN. (RESP 201101578480, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:11/05/2012 ..DTPB:.) (o destaque é meu).

A jurisprudência dessa casa não destoa do que acima demonstrado.

Ementa: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2005 AUXÍLIO TRANSPORTE EM PECÚNIA - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA A contribuição previdenciária sobre parcela paga a título de Vale-Transporte é devida se não forem observadas as disposições da lei nº 7.418/85 e do Decreto nº 95.427/87 PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR - BENEFÍCIO OFERECIDO DE FORMA DIFERENCIADA - IMPOSSIBILIDADE -INCIDÊNCIA Integra o salário de contribuição os valores das contribuições efetivamente pagos pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, que não esteja disponibilizado de forma igualitária todos os seus empregados e dirigentes SUBSÍDIO NA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS - INCIDÊNCIA O Subsídio na aquisição de produtos da empresa fornecido pela mesma aos segurados empregados integra o salário de contribuição por representar acréscimo patrimonial do empregado e não haver previsão legal afastando a incidência de contribuição previdenciária sobre tais valores.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - DESCONFORMIDADE COM A LEI -INCIDÊNCIA *Haverá incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos título de participação dos lucros ou resultados efetuados em desacordo com disposição legal. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO. Acórdão 2402-000.750. Processo 11474.000027/2007-27. Data 26/04/2010. Cons. Ana Maria Bandeira. (fiz o realce).*

Desta forma, nada há para ser alterado em razão do PLR/PPR.

A recorrente está equivocada em sua análise a apropriação da Guia de Recolhimento da Previdência – GPS, da competência 04/2007, fls. 124; 142, valor INSS R\$ 2.600,88, valor TERCEIROS R\$ 435,73 e valor total R\$ 3.036,61 implica em dizer justamente o contrário do afirmado pela recorrente, ou seja, que a guia foi considerada e que seu valor foi utilizado para abater o *quantum* de contribuição devida apurada no procedimento fiscal, para se chegar a tal conclusão basta observar o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, de fls. 62, bem como os Relatórios de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, de fls. 09 e 20, no que tange a competência em questão, e que a seguir transcrevo e demonstro, relativamente, aos DEBCAD's 37.319.952-0 e 37.319.953-8, todavia a apropriação do fisco e a do contribuinte podem se dar em rubricas distintas, o que pode estar gerando a dúvida, uma vez que cabe ao fisco fazer a imputação do pagamento nos termos do artigo 163, da Lei 5.172/66, para espantar a dúvidas observe-se a apropriação.

RDA.

04/2007	01	10/05/2007	2100	3.036,61		3.036,61
04/2007	02	19/10/2010	2100	4.748,09	2.219,73	6.967,82
Total da Competência 04/2007:						10.004,43

RADA's



RADA - RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS

AI - DEBCAD: 37.319.952-0

Pág.: 2

Consolidado em: 08/06/2011

Estabelecimento: 00.353.812/0001-10

Competência: 04/2007

Documentos Apresentados

Tipo	Quant.	DEBCAD	C.Pag.	Tot. INSS	Tot. Terc.	Tot. Liq.
GPS	2		2100	6.469,67	1.315,03	7.784,70
TOTAL DA COMPETÊNCIA				6.469,67	1.315,03	7.784,70

Apropriação Efetuada

Documento	Item	Levantamento	Prioridade	Vi. Apropriado
EXCL 09.479.457-5	C.Ind/Adm/Au	CG	A	2.600,88
EXCL 09.479.457-5	Contrib Indiv	CG	A	3.868,79
TOTAL APROPRIADO				6.469,67
AI 37.319.954-6	Terceiros	FP1	1	435,73
TOTAL TERCEIROS				435,73

Processo nº 13603.721860/2011-02
Acórdão n.º 2803-003.799

S2-TE03
Fl. 280



RADA - RELATÓRIO DE APROPRIAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS

AI - DEBCAD: 37.319.953-8

Pág.: 2

Consolidado em: 08/06/2011

Estabelecimento: 00.353.812/0001-10

Competência: 04/2007

Documentos Apresentados

Tipo	Quant.	DEBCAD	C.Pag.	Tot. INSS	Tot. Terc.	Tot. Liq.
GPS	2		2100	6.469,67	1.315,03	7.784,70
TOTAL DA COMPETÊNCIA				6.469,67	1.315,03	7.784,70

Apropriação Efetuada

Documento	Item	Levantamento	Prioridade	Vi. Apropriado
EXCL 09.479.457-5	C.Ind/Adm/Au	CG	A	2.600,88
EXCL 09.479.457-5	Contrib Indiv	CG	A	3.868,79
TOTAL APROPRIADO				6.469,67
AI 37.319.954-6	Terceiros	FP1	1	435,73
TOTAL TERCEIROS				435,73

Fica evidente da transcrição acima que a GPS no valor de R\$ 3.036,61 foi toda utilizada no abatimento do débito relativo aos contribuintes individuais parte patronal e descontada, basta somar os valores R\$ 2.600,88 + R\$ 435,73, para se chegar ao valor R\$ 3.036,61 total da GPS e que se transformou no documento de exclusão 09.479.457-5 e foi deduzido na apropriação do AI 37.319.954-6.

Assim, mais essa alegação é improcedente.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

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)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vigi o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de constitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

No entanto, o contrário não é vedado, isto é, reconhecer a constitucionalidade.

O critério de proporcionalidade e razoabilidade na fixação do patamar da multa é voltado ao legislador ordinário e não ao aplicador da norma, pois a esse último cabe obedecer ao princípio da legalidade e por certo na discussão legislativa que antecedeu a aprovação do projeto de lei tais princípios foram debatidos.

De mais a mais o próprio Supremo Tribunal Federal – STF na ADI 551/RJ suscitada pela recorrente já informou que multa no percentual de até 100% do tributo não configura confisco, foi o que disse o E. Ministro Marco Aurélio Melo em seu voto, veja a passagem transcrita, pois a premissa é simples se a multa não pode ultrapassar o valor do principal por certo esse valor pode chegar até cem por cento.

VOTO

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Embora haja dificuldade, como ressaltado pelo ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórios e não podem, como tal, **ultrapassar o valor do principal**.*

No caso, quando se cogita de multa de duas vezes o valor do principal – que é o tributo não recolhido – ou de cinco vezes, na hipótese de sonegação, verifica-se o abandono dessa premissa e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por isso, acompanho o relator. ADI 551-1/RJ. Data 24/10/2002. Tribunal Pleno. (o destaque é meu).

Este não é o único precedente do Corte Suprema no RE 241.074-RS o D. Ministro Ilmar Galvão assim se posicionou sobre a matéria.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. COFINS. PARCELAMENTO. JUROS. MULTA DE 80% . ALEGAÇÕES DE EFEITO CONFISCATÓRIO, USURA, E DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA. Alegações improcedentes, em face da legislação que rege a matéria, visto que as cominações impostas à contribuinte, por meio de lançamento de ofício, decorrem do fato de haver-se ela omitido na declaração e recolhimento tempestivos da contribuição, assentando o Supremo Tribunal Federal, por outro lado, que a norma do art. 192, § 3.º, da Carta Magna, não é auto-aplicável. Recurso não conhecido. (RE 241074, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 12/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00093 EMENT VOL-02096-07 PP-01416) (o grifo é meu).

Aliás, a legislação civil admite que a multa possa chegar a cem por cento da obrigação sem que tal seja considerado confisco.

Lei 10.406/2002

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Assim sendo, não há motivos para excluir ou reduzir as multas aplicadas, uma vez que estão dentro dos limites admitidos e previstos na legislação.

Todavia, a multa de ofício de setenta e cinco por cento aplicada nos DEDCAB's 37.319.952-0 e 37.319.953-8, não é adequada, uma vez que ela foi introduzida pela MP 449/2008 e assim não pode ser aplicada para competências anteriores a entrada em vigor do novo texto normativo, ainda, que o lançamento se dê depois da edição da citada MP, em razão do artigo 144, da Lei 5.172/66.

O presente crédito foi constituído, em 14/06/2011, nesta ocasião já estava em vigor a Lei 11.941/2009, oriunda da conversão da MP 449/2008, ou seja, vigorava a multa de ofício de 75%, artigo 35 - A, da Lei 8.212/91, introduzida pelo novo diploma legal, anteriormente, citado.

Porém o presente crédito encerra contribuições do período de 01/2007 a 12/2007, Discriminativo de Débito - DD, de fls. 15 e 26.

Desta forma, para o período de 01/2007 a 12/2007, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 a regra a ser aplicada e a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser

aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

Posto isto, não há razão para a exclusão do crédito tributário, salvo quanto a retificação do patamar da multa como supramencionado.

Indefiro o pedido de intimação/publicação em nome dos causídicos, uma vez que o artigo 127, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 23, do Decreto 70.235/72 não trazem tal hipótese e estabelecem as formas de comunicações ao sujeito passivo.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para determinar que a multa de ofício aplicada nos DEDCAB's 37.319.952-0 e 37.319.953-8, seja aplicada nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66, aplicando-se a multa do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo, limitando-a a setenta e cinco caso ultrapasse esse percentual, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.