



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

Processo n° 13963.001003/2009-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.525 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO, OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente IRMÃOS DA ROLT TRANSPORTES IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO
 KTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 10/09/2009

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - PREVIDENCIÁRIO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PARCELA PAGA EM DESACORDO COM A LEI 10.101/2000.

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “ *informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)*”.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 10/09/2009

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - AIOP CORRELATO

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado dos AIOP lavrados sobre os mesmos fatos geradores. Sendo determinada a procedência dos AIOP o mesmo destino, deve ser dado aos AIOA

MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA

Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior.

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

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Acessória, lavrado sob o n.37.237.591-0, em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.

Segundo a fiscalização previdenciária, fl. 10 e seguintes, durante a fiscalização verificou-se que através de procedimentos de auditoria constatou-se que o sujeito passivo apresentou Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. O procedimento fiscal abrangeu, além do sujeito passivo, as pessoas jurídicas R.M.G. Transportes Ltda ME, R.A. Transporte Ltda ME, Transporte e Reforma de Carretas da Rolt Ltda, Ulis Transportes Ltda, F.J.B. Transportes Ltda, J.C.M.F. Transportes Ltda ME, R.P.R.M. Transportes Ltda ME. A auditoria constatou as seguintes práticas irregulares no sujeito passivo:

Fracionamento meramente formal da empresa Irmãos Da Rolt Transportes Imp e Exp Ltda, com transferência dos vínculos empregatícios para as pessoas jurídicas abrangidas. Tal estratégia tem por finalidade a obtenção indevida do tratamento tributário favorecido que foi instituído pela Lei 9.317/96 - Lei do SIMPLES. Os trabalhadores registrados apenas formalmente nas pessoas jurídicas abrangidas não foram, conseqüentemente, inseridos nas folhas de pagamento do autuado nem os fatos geradores respectivos declarados através de GFIP.

Pagamento extra-folha de comissões sobre fretes aos motoristas, constatado em reclamatórias trabalhistas e em processo investigatório no Ministério Público do Trabalho. A remuneração paga a título de comissão não foi inserida nas folhas de pagamentos do autuado nem os fatos geradores respectivos declarados em GFIP.

Os fatos acima descritos estão demonstrados no relatório fiscal do Auto de Infração no 37.237.594-4, em anexo.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 10/09/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 11/09/2009.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 95 a 127.

A Decisão de 1 instância confirmou a procedência total do lançamento, fls. 137 a 142.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 145 a 180. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Depreende-se do relatório fiscal de fls. 14 a 68, que a autoridade fiscal utilizou o arbitramento como forma de apontamento da base de cálculo das contribuições previdenciárias, seja no aspecto de pagamento de comissões sobre o frete, ou seja na determinação de que as empresas abrangidas pelo procedimento fiscal fazem parte de um grupo econômico.
2. Quando a autoridade fiscal arbitra tal procedimento não há como manter a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória com o arbitramento, em que há uma inversão do Onus da prova, contudo deve a autoridade fiscal identificar o fato gerador da obrigação principal.
3. Desta forma não há como ser mantida a exigência de tal crédito tributário pois, no aspecto de comissão de frete foi efetuado com base de em arbitramento sem a identificação de ocorrência do fato gerador.
4. No outro aspecto, de fracionamento de folha de pagamento, a afirmação da autoridade fiscal é de que houve falta de informações em GFIP no tocante a esses fatos geradores que abrangem as demais pessoas jurídicas, contudo, a própria autoridade fiscal elencou a base de cálculo, do crédito tributário lançado de ofício, extraída da própria GFIP entregue pelos sujeitos passivos, demonstrando assim, que não houve omissão na declaração e entrega da GFIP • dos fatos geradores, o que **ocorreu foi a desconsideração** dos fatos pela autoridade fiscal em quando há o arbitramento não há como prevalecer a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, pois o arbitramento é incompatível com o auto de infração por descumprimento de obrigação acessória.
5. Acerca desta declaração que consta no acórdão, podemos afirmar que conforme dispõe a legislação, quando utilizado a presunção (arbitramento) não se pode constatar que houve infração a legislação tributaria, pois, abandona-se os fatos e presumissem outros.
6. No Relatório de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização de folhas 50 a 105, especificadamente ao item 14 folhas 97, a autoridade fiscal faz menção somente a presunções, ou seja, utilizou-se de prática tida pela autoridade fiscal como pública e notória (fls. 97) no segmento de transporte de cargas presumindo o pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor dos fretes realizados aos empregados.
7. Ocorre que tais fatos não ***ocorreram nem tão pouco foram comprovados pela autoridade*** fiscal no decorrer do procedimento fiscalizatório e na apresentação do relatório final de verificação fiscal a fls. 50 a 105, sendo impossível a admissibilidade deste entendimento como pressuposto de ocorrência do fato gerador da obrigação principal, conforme será demonstrado em item a seguir.
8. Contudo, na exposição de motivos do relatório final (fls 50 a 105), podemos constar que não há a identificação **precisa do fato gerador da obrigação principal**, ou seja, além de utilizar-se da ***presunção simples*** (para inverter o ônus da prova), a autoridade fiscal tem o **dever de identificar o fato • gerador da obrigação tributária** e, identificando-a, deve constar no relatório final para que seja dada oportunidade de ampla defesa e contraditório ao contribuinte, sujeito passivo do crédito tributário lançado de ofício.
9. Desta forma, podemos afirmar que no relatório de folhas 50 a 105, **não houve por parte do auditor fiscal identificação do fato gerador, apenas aplicou a inversão do ônus da prova, aplicando o percentual de 10% (dez por cento) sobre o faturamento, conforme fls. 86, para fins de arbitrar o referido valor tido como pago aos motoristas.**

10. Assim, resta por cercear o direito de defesa do contribuinte neste aspecto, lhe imputando multa por descumprimento de obrigação acessória sem a devida identificação dos fatos.
11. Desta maneira paira uma pergunta: é possível aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória, por não entregar a GFIP contendo fatos arbitrariamente (presumidamente) ocorridos?
12. Destarte, consta a fls 122, o Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal — TEPF, o qual demonstra no campo "Informações Complementares" que a autoridade fiscal verificou os livros Diários de n.º 09 a 18 referente aos exercícios de 2006 a 2008, do contribuinte ora impugnante, contudo, em nenhum momento na verificação dos fatos contábeis elencados nos Livros Diários, houve a identificação, por parte da autoridade fiscal, de pagamentos aos empregados e que fosse considerado como fato gerador da obrigação principal que ensejasse na constituição do crédito tributário referente as contribuições sociais.
13. Salientamos que diante do posicionamento da autoridade fiscal que somente efetuou a inversão do ônus da prova sem identificar o fato gerador, cerceia a defesa do contribuinte, ora impugnante, pois, a não identificação completa do fato gerador implica numa defesa sem objetivo real, ou seja, implica numa defesa sem impugnar os verdadeiros fatos que estão sendo imputados ao contribuinte.
14. Conforme consta no relatório final de verificação fiscal, as folhas 50 a 105, onde a autoridade fiscal descreve os fatos ocorridos, podemos constatar que houve a utilização de fatos "presumidos" pela autoridade fiscal, especificadamente no item 14 a fls 97.
15. Assim, conforme acima, fica evidenciado que houve a utilização de presunção por parte da autoridade fiscal, que, utilizando-se desta presunção fez ***nascer o fato imponível levando este a presunção de ocorrência do fato gerador dos tributos.***
16. A presunção legal deve ser utilizada quando o contribuinte tenta ludibriar a autoridade fazendária, e a presunção existe para, no caso do Direito Tributário, para inverter o ônus da prova, contudo não pode existir somente a presunção, esta deve coexistir com a ocorrência do fato gerador, que é o fato imponível disposto na legislação. Em outras palavras a mera presunção legal em lei não indica ocorrência do fato gerador, apenas a possibilidade do fisco presumir que tal fato ocorrido é fato gerador de tributo.
17. Em nenhum momento a autoridade fiscal identificou na contabilidade da empresa os possíveis depósitos ou pagamentos efetuados aos empregados a título de comissões de fretes, pois nem poderia, eis que tais fatos imputados ao contribuinte não ocorreram.
18. A autoridade fiscal apenas logrou presumir que *"seja uma. praxe do sujeito passivo já a muito tempo, são pagas em dinheiro e não figuram na folha de pagamento ou na contabilidade apresentadas a auditoria fiscal."* (folhas 85) , contudo indícios não são fatos geradores de tributos.
19. Com o condão de afirmar o seu entendimento de necessidade de comprovação fático-probatória a autoridade fiscal acosta ao relatório fiscal o que chama de "acerto de contas Irmãos Da Rolt" e "Relatório para Controle de Viagens", contudo, sem identificar a ocorrência do fato gerador.

20. Colaciona decisões do Conselho de Contribuinte, dando provimento ao recurso da recorrente naquele processo, pois, a Autuante (Fisco) não logrou comprovar o efetivo pagamento aos terceiros beneficiários, e, para tanto a contabilidade restou por provar a presunção em contrario levantada pelo Fisco.
21. Desta forma, em não sendo a contabilidade desconsiderada a mesma faz prova a favor do contribuinte, ora impugnante.
22. Desta forma resta cristalino que não houve a identificação de ocorrência do fato gerador, pois a própria autoridade afirma que o levantamento foi efetuado com base no faturamento, ou seja, através de arbitramento.
23. Podemos afirmar que "a caracterização de um ilícito pode dar-se por uma de duas vias: por uma presunção legalmente estabelecida ou, então, pela comprovação material, inequívoca, concludente da infração".
24. A autoridade fiscal relacionou a fls 73 a 86, um gama de informações em processos do âmbito trabalhista, contudo, tais fatos, em quase • sua totalidade, são de processos que tramitaram antes da data de início dos procedimentos de fiscalização e, portanto, não podem ser usados como prova fático-probatória de ocorrência de fatos geradores.
25. No âmbito do processo trabalhista, é notório que o demandante sempre relaciona fatos que não condizem com a realidade dos fatos, cabendo ao juízo do processo a constatação dos fatos elencados e foram esses fatos que foram destacados pela autoridade fiscal para desconsiderar a necessidade de identificação de pagamento de comissão, ou seja, o fato gerador.
26. A natureza da multa moratória fiscal tem um perfil nitidamente sancionatório, isto é, visa a punição, e não o ressarcimento como leva a crer o seu rótulo. Assim, por óbvio, a mora do devedor provoca danos ao patrimônio do credor, do Fisco em se tratando de tributos, que devem ser indenizados.
27. A imposição da penalidade de 100% é absolutamente imprópria, pois configura confisco, o que é expressamente refutado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a previsão dessa multa em percentual tão elevado configura ato legislativo da mais absoluta inconstitucionalidade, eivandose, por conseguinte, a sua aplicação do mesmo vício.
28. Resta claro que a taxa SELIC não pode ser exigida na composição dos débitos tributários.
29. Face ao exposto, requer o Contribuinte a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que seja conhecido e provido o presente Recurso, para reformar a decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento, para o fim de cancelar os Autos de Infração, face à improcedência dos mesmos.

O processo foi convertido em diligência por meio da resolução n. 2401-000.195, no intuito de identificar o andamento das correlatas.

Após cumprida a diligência os autos retornam com as informações pertinentes, tendo sido solicitado a conexão com os processos ali elencados, para o julgamento conjunto do AI.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 252. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

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

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei n.º 8.212/1991, o contribuinte é obrigado informar ao INSS, por meio de documento próprio, informações a respeito dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nestas palavras:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

*IV - **informar mensalmente** ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)- (grifo nosso)*

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que restando comprovado serem devidas as contribuições sobre os pagamentos à título de COMISSÕES SOBRE FRETES, bem como tendo o mesmo reconhecido o débito em relação aos empresas interpostas e não recorrido em relação a contribuição dos segurados são devidas por consequência as multas pela ausência de ditas informações em GFIP.

Por fim, os AIOP (Processo 13963.001000/2009-37, DEBCAD: 37.237.594-4), lavrados em relação aos mesmos fatos geradores, encontram-se em julgamento nessa mesma sessão, sendo que a procedência do mesmo e das contribuições devidas pelos segurados e destinadas a terceiros, apenas ratifica a omissão em GFIP, e por consequência a procedência do AI de obrigação acessória. Transcrevo abaixo a ementa do acórdão referente a parcela patronal:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - SEGURADOS EMPREGADOS

INCLUÍDOS EM FOLHA DE PAGAMENTO DE EMPRESA INTERPOSTA - PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE - COMISSÃO PAGA SOBRE O FRETE - CONSTATAÇÃO POR MEIO DE PROVAS MATERIAIS - PAGAMENTO POR FORA.

Além de ter indicado no relatório fiscal, qual seria a fundamentação para o lançamento por aferição da comissões sobre fretes, procedeu a autoridade fiscal a anexação de uma série de cópias, não apenas de reclamatórias trabalhistas (fls. 252 a 398), sentenças (ex: fl. 347, 373), termos de rescisão contratual, cópias de depoimentos de empregados junto ao Ministério Público do Trabalho (fls. 235 a 243) e Cópias de acertos de contas de motoristas (fls. 244 a 251), onde consta o pagamento de comissões da ordem de 10% do frete. Assim, não se trata de lançamento por mera presunção, mas consubstanciado numa série de documentos que demonstram adoção de práticas de pagamentos extra folha de pagamentos.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DA MULTA PALIÇADA E TAXA SELIC - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

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

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28: “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Recurso Voluntário Negado

Documento assinado digitalmente em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 19/06/2014 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 05/08/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE

Impresso em 11/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Note-se que em relação a contribuição dos segurados AIOP (Processo 13963.001001/2009-81, DEBCAD: 37.237.595-2), lavrados em relação aos mesmos fatos geradores (parte de segurados), já objeto de apreciação, porém cujo encaminhamento em outra oportunidade foi por anular a Decisão de Primeira Instância face a não apreciação de todos os argumentos apresentados. Ressalte-se que não houve por parte do colegiado, nesta oportunidade, o conhecimento do recurso apresentado antes da decisão que determinou a nulidade da Decisão de primeira instância, pois mesmo intimado para apresentação de novo recurso o autuado não o fez, sendo que o não conhecimento do mesmo, importa a procedência da autuação e por conseguinte a procedência da exigência em relação a omissão da contribuição dos segurados.

Como é sabido, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração ao presente caso pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista, bem como procedeu a autoridade julgadora a devida apreciação da multa aplicada, não tendo o recorrente apresentado qualquer novo argumento que pudesse alterar o julgamento então proferido.

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

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

QUANTO A MULTA IMPOSTA

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que a planilha fl. 08 a 10 do relatório fiscal, foram muito esclarecedores em relação a multa aplicada, descrevendo a comparativo da multa mais benéfica ao contribuinte.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei nº 8.212/1991. No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não

recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contudo, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP 449, convertida na lei 11.941. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a MP 449/2008, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

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

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata “

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício (como no presente caso), a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, qual seja, aplicação de multa de ofício de 75%.

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

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

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106. inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

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

Ademais, mesmo tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

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

SÚMULA N. 2

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

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

CONCLUSÃO

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

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.