



|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>Processo nº</b> | 15586.720852/2014-64   |
| <b>Recurso</b>     | Voluntário   |
| <b>Acórdão nº</b>  | <b>2402-008.123 – 2<sup>a</sup> Seção de Julgamento / 4<sup>a</sup> Câmara / 2<sup>a</sup> Turma Ordinária</b> |
| <b>Sessão de</b>   | 5 de fevereiro de 2020   |
| <b>Recorrente</b>  | CHOCOLATES GAROTO SA   |
| <b>Interessado</b> | FAZENDA NACIONAL   |

### **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

FATOR ACIDENTÁRIO PREVIDENCIÁRIO - FAP. ALÍQUOTA. INCORREÇÃO. DIFERENÇA. AÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração (Súmula CARF nº 48)

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.**

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF nº 1).

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO (FAP). INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

É vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de inconstitucionalidade. O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro do seu âmbito revisional da decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em parâmetro com a legislação vigente, não havendo permissão para declarar ilegalidade de Lei, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e de legalidade das leis.

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

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

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF.

**OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. DECISÃO JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXCLUSÃO.**

É procedente a aplicação de multa de ofício, nos termos da lei, devendo ser excluída quando restar provado que havia decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito, antes do início do procedimento fiscal que visou a sua constituição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar proposta de conversão do julgamento em diligência, sendo vencido o conselheiro Luís Henrique Dias Lima (autor da proposta), e, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de constitucionalidade e ilegalidade do Fator Accidentário de Prevenção (FAP) dos anos de 2010 e 2011 e, na parte conhecida do recurso, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos, Marcio Augusto Sekeff Sallem e Ana Cláudia Borges de Oliveira.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 12<sup>a</sup> Turma da DRJ/RJ1, consubstanciada no Acórdão nº 12-77.580 (fl. 986), que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da decisão de primeira instância, tem-se que:

Trata-se, no presente processo, de créditos constituídos pela fiscalização, mediante a lavratura dos Autos de Infração, referentes às contribuições previdenciárias a cargo da empresa destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, no período de 01/2010 a 12/2010 (AI nº 51.063.462-1) e de 01/2011 a 12/2012 (AI nº 51.063.461-3).

2. No Relatório Fiscal de fls. 86/94, a fiscalização informou, em síntese, que:

2.1. O contribuinte apresentou GFIP com informação incorreta no campo FAP, o que determinou a redução da contribuição previdenciária devida no período de 01/2010 a 12/2012;

2.2 No período de 01/2010 a 12/2012 a empresa informou no campo FAP das GFIP o índice 1,0, determinando uma alíquota RAT ajustada de 3,00%, quando o correto seria a utilização de índice 1,3943 para o ano 2010; 1,2031 para o ano 2011 e 1,1602 para o ano 2012, de acordo com as Resoluções CNPS nº 1308/09; 1309/09 e 1316/10, anexadas ao processo, que determinariam, respectivamente, RAT ajustados de 4,1829% em 2010; 3,6093 em 2011 e 3,4806 em 2012;

2.3. Demonstrou nas planilhas “Divergências-FAP-2010” e “Divergências-FAP-2011/2012” os cálculos de apuração das diferenças de contribuição devidas em razão da informação incorreta no campo FAP das GFIP.

3. Inconformado com a autuação, o sujeito passivo apresentou as defesas de fls. 765/780 e 875/891, em 21/01/2015, alegando, em síntese, que:

3.1. As impugnações são tempestivas;

3.2. Há conexão entre os autos de infração nº 51.063.461-3 e 51.063.462-1, de modo que devem ser julgados em conjunto;

3.3. Há vício que enseja a nulidade do lançamento, pois a autoridade fiscal não considerou a existência de ação judicial e de decisões liminares em favor do contribuinte;

3.4. A criação do FAP e sua metodologia é inconstitucional e ilegal, razão pela qual não há que se falar em cobrança de diferenças;

3.5. Existe ação judicial contestando o FAP do ano de 2010, nos autos da Ação ordinária nº 0004326-71.2010.4.01.3400, onde obteve antecipação de tutela recursal para sobrestar o processo até a manifestação do STF;

3.6. Requer o afastamento da multa de mora, multa de ofício e juros, em razão da existência de decisão suspendendo a cobrança do FAP até o julgamento da Repercussão Geral;

3.7. Seja desconsiderada a remessa do processo de RFFP para a DRF, ou que seja sobrestada até a decisão final no presente processo;

3.8. As notificações sejam enviadas exclusivamente para o endereço profissional do patrono, sob pena de nulidade.

A DRJ, por meio do susodito Acórdão nº 12-77.580 (fl. 986), julgou procedente em parte a impugnação apresentada, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

**OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FATOR ACIDENTÁRIO PREVIDENCIÁRIO - FAP. ALÍQUOTA. INCORREÇÃO. DIFERENÇA. LANÇAMENTO.**

É procedente o lançamento que vise à cobrança da diferença de contribuição previdenciária resultante da aplicação da alíquota do FAP em percentual menor que o divulgado pela Previdência Social.

**OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. DECISÃO JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXCLUSÃO.**

É procedente a aplicação de multa de ofício, nos termos da lei, devendo ser excluída quando restar provado que havia decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito, antes do início do procedimento fiscal que visou a sua constituição.

**PAF. AÇÃO JUDICIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

Importa renúncia ao contencioso administrativo a propositura de ação judicial com igual objeto do processo administrativo, cabendo a apreciação somente de matérias distintas e não discutidas no processo judicial.

**PAF. LOCAL DA INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO ELEITO. ESCRITÓRIO DO ADVOGADO. PREVISÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA.**

As intimações em sede de contencioso administrativo fiscal, a priori, devem ser realizadas no domicílio tributário eleito pelo contribuinte, assim considerado o endereço informado em seu cadastro na RFB.

Inexiste previsão legal para que as intimações destinadas ao contribuinte sejam dirigidas ao endereço profissional do advogado, prevalecendo a especificidade da legislação tributária, em face do CPC.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte interpôs o recurso voluntário de fl. 1.002, reiterando os termos da impugnação apresentada, nos seguintes pontos, em síntese:

- nulidade dos autos de infração, em face da existência de liminar que sobreestrou a cobrança do FAP;

- constitucionalidade e ilegalidade do FAP;

- não cabimento da multa de mora, multa de ofício e juros.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo. Entretanto, dele conheço em parte, pelas razões a seguir expostas.

### **I. Da Lide**

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de auto de infração com vistas à exigência de contribuição previdenciária relativa a parte da empresa destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, no período de 01/2010 a 12/2010 (AI nº 51.063.462-1) e de 01/2011 a 12/2012 (AI nº 51.063.461-3).

De acordo com o Relatório Fiscal, o contribuinte apresentou GFIP com informação incorreta no campo FAP, o que determinou a redução da contribuição previdenciária devida no período de 01/2010 a 12/2012.

Em face da decisão de primeira instância, que julgou procedente em parte o lançamento fiscal, para retificar o DEBCAD nº 51.063.461-3, excluindo-se a multa de ofício do período de 01 a 12/2011, e manter integralmente o crédito tributário referente ao DEBCAD nº 51.063.462-1, a Contribuinte interpôs o recurso voluntário de fl. fl. 1.002, esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos:

- nulidade dos autos de infração, em face da existência de liminar que sobreestrou a cobrança do FAP;

- constitucionalidade e ilegalidade do FAP;

- não cabimento da multa de mora, multa de ofício e juros.

Passemos, então, à análise do recurso voluntário.

## **II. Da Nulidade dos Autos de Infração**

Em sede de preliminar, a Recorrente defende a nulidade dos autos de infração em face da existência de decisão judicial deferindo liminar que sobreestrou a cobrança do FAP, resultando na manifesta nulidade da autuação em questão.

Ocorre que, conforme destacado na decisão de primeira instância, *não constitui vício, nem é causa de nulidade, a lavratura de auto de infração abarcando matéria que é, concomitantemente, objeto de ação judicial. A Impugnante não sofreu cerceamento do seu direito de defesa e tem neste processo administrativo a oportunidade de exercer o seu direito ao contraditório.*

Neste sentido, inclusive, são os termos do Enunciado de Súmula CARF nº 48, *in verbis*:

### **Súmula CARF nº 48**

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Neste espeque, é lícito que o Fisco realize o lançamento para prevenir a decadência, quando determinada matéria está sendo apreciada pelo poder judiciário, não sendo causa de nulidade.

Fica rejeitada, assim, a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

## **III. Do FAP de 2010 e 2011**

Conforme informado pela própria Recorrente e exposto na decisão de primeira instância, a Contribuinte ajuizou as Ações Ordinárias nºs 0004326-71.2010.4.01.3400 e 0050417-88.2011.4.01.3400, contestando judicialmente o FAP dos anos de 2010 e 2011, respectivamente.

Ocorre que, nos termos do Enunciado de Súmula CARF nº 1, *importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Dessa forma, voto por não conhecer do recurso voluntário no que tange às alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade do FAP dos anos de 2010 e 2011.

## **IV. Da Inconstitucionalidade e Ilegalidade do FAP de 2012**

No mérito, a Recorrente defende a inconstitucionalidade do FAP por ofensa aos art. 150, I, e 195, § 4º, da CF/88, bem como ao art. 97 do CTN.

Sobre o tema, destaque-se desde já que, nos termos da Súmula CARF nº 2, este Colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei.

De fato, este Egrégio Conselho não pode adentrar no controle de constitucionalidade das leis, somente outorgada esta competência ao Poder Judiciário, devendo o CARF se ater a observar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, exercendo, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, o controle de legalidade do lançamento para observar se o ato se conformou ao disposto na legislação que estava em vigência por ocasião da ocorrência dos fatos.

Não devendo, pois, abordar temáticas de constitucionalidades, salvo em situações excepcionais quando já houver pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre dado assunto, ocasião em que apenas dará aplicação a norma jurídica constituída em linguagem competente pela autoridade judicial, ou se eventualmente houvesse dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 2002, ou súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 1993.

Não se verifica, entretanto, nenhuma dessas hipóteses nos presentes autos.

Outrossim, o art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei 11.941, de 2009, enuncia que, 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.

Neste mesmo sentido é, pois, a redação do art 62 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho.

Dessa forma, com relação aos vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade suscitados, veja-se que para se acatar a tese recursal seria necessário afastar a aplicação de lei, o que é defeso pelos supracitados art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72 e art. 62 do Regimento Interno deste Conselho - RICARF.

Registre-se, pela sua importância que, o art. 10 da Lei 10.666/2003, abaixo transcrito, delegou ao regulamento a competência para reduzir ou aumentar a alíquota GILRAT; e qualquer conclusão sobre a incompetência para tanto implicaria afastar o comando da lei, incumbência esta, como já demonstrado linhas acima, exclusiva do órgão do Judiciário.

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

Sobre o caráter sancionatório do fator, por eventual ofensa ao art. 3º do CTN, a conclusão é exatamente a mesma: seria necessário afastar a aplicação da lei e também do regulamento, em franca inobservância ao art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72 e ao art. 62 do Regimento Interno deste Conselho - RICARF.

Em síntese, e a despeito do bem fundamentado recurso, o CARF não tem competência para decidir questões atinentes à inconstitucionalidade e/ou ilegalidade das normas, de tal maneira que a decisão *a quo* não deve ser reformada, negando-se provimento ao recurso.

## **V. Do Não Cabimento da Multa de Mora, Multa de Ofício e Juros**

Defende a Recorrente neste ponto que, *caso sejam ultrapassados todos os argumentos trazidos pela impugnante e seja mantida a cobrança desses valores, não há que se falar em multa de mora e/ou multa de ofício. Isto porque, o crédito debatido neste auto de infração tem sua exigibilidade suspensa nos termos do artigo 151, V, do Código Tributário Nacional.*

Prossegue, aduzindo, que, *mais que isso: o artigo 63 da Lei 9430/96 é expresso ao consignar que, em se tratando de crédito com exigibilidade suspensa, na constituição do crédito não caberá aplicação de multa de ofício.*

Sobre o tema, a DRJ concluiu que:

Quanto aos juros de mora, não há previsão legal para dispensa deste encargo, nos casos em que a exigibilidade do crédito tributário é suspensa com fundamento nos incisos IV e V do artigo 151 do CTN, de maneira que não devem ser excluídos do lançamento.

(...)

Em ambos os autos de infração não houve aplicação da multa de mora, como arguiu a Impugnante, apenas multa de ofício, com fundamento legal no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, o que está correto, consoante as alterações introduzidas pela MP nº 449/08, portanto, aplicável aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2010 a 2012.

A multa de ofício é devida em relação ao FAP de 2010 (AI nº 51.063.462-1), não incidindo o disposto no artigo 63, caput, da Lei nº 9.430/96, haja vista que, na data de início do procedimento fiscal, em 11/12/2013 (vide TIPF de fls. 663), não havia decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito na ação ordinária nº 0004326-71.2010.4.01.3400.

Igualmente, em relação ao FAP do ano 2012 (parte do AI nº 51.063.461-3), a multa de ofício é devida, pois, as decisões obtidas na ação ordinária nº 0050417-88.2011.4.01.3400 referiam-se somente ao FAP do ano 2011, não sendo aplicáveis ao FAP do ano 2012.

Por outro lado, em relação ao FAP do ano 2011 (parte do AI nº 51.063.461-3), a Impugnante obteve decisões suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, e que estavam vigentes desde o início do procedimento fiscal, de modo que não poderia incidir a multa de ofício, por força do artigo 63, caput, da Lei nº 9.530/96.

Nos autos da ação ordinária nº 0050417-88.2011.4.01.3400, que tem por objeto o FAP do ano 2011 (parte do AI nº 51.063.461-3), é possível verificar que a Impugnante obteve a antecipação dos efeitos da tutela em 16/02/2012, através do Agravo de Instrumento nº 0071011-41.2011.4.01.0000/DF, a qual foi revogada, em 13/07/2012, com a prolação da sentença de improcedência do pedido. Em sede de Apelação, a Impugnante obteve, em 08/02/2013, a antecipação dos efeitos da pretensão recursal para afastar a exigibilidade do FAP do ano 2011.

Em 28/03/2014, houve o sobrerestamento da ação ordinária nº 0050417-88.2011.4.01.3400, portanto, na data de início do procedimento fiscal, em 11/12/2013, a Impugnante já detinha a suspensão da exigibilidade do crédito relativo ao FAP do ano 2011, com fulcro no artigo 151, V do CTN, de modo que não poderia haver o lançamento da multa de ofício, a teor do que dispõe o artigo 63, caput, e § 1º da Lei nº 9.530/96.

Neste contexto, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento deste Relator, adoto os fundamentos da decisão recorrida neste particular, nos termos acima transcritos.

## Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido conhecer em parte o recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de constitucionalidade e ilegalidade do FAP dos anos de 2010 e 2011 e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior