



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

Processo nº 15889.000153/2007-61
Recurso nº 160.279 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.016 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CENTRO EDUCACIONAL HIGIENÓPOLIS LTDA EPP
Recorrida DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 30/09/2006

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário, conforme possibilita o § 3º, Art. 33, da Lei 8.212/1991.

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

As contribuições previdenciárias não recolhidas na época própria estão sujeitas a juros e multa de mora conforme disposto na Lei.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o determinado no art. 35, caput, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Presidente e Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio De Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Rogério de Lellis Pinto (Convocado), Lourenço Ferreira do Prado e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia de Julgamento de Ribeirão Preto, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, folha 1.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal, folhas 47 a 50, o lançamento refere-se a contribuições dos empregados e contribuintes individuais visto que a empresa é optante pelo SIMPLES.

O lançamento foi por aferição em virtude da não exibição à fiscalização das folhas-de-pagamento; ausência de documentos informando as remunerações dos segurados Bruno Patti e Roberto Cagliani Janeiro, e ausência de informações das remunerações dos segurados contribuintes individuais (sócios gerentes) a partir da competência 04/2003.

O período do débito é da competência 10/2003 a 09/2006.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 92 a 115, onde alega, em síntese, que:

A falta de apreciação de matérias constitucionais em esfera administrativa fere o princípio da ampla defesa

Face ao princípio da legalidade é inadmissível o lançamento por aferição

SELIC é inconstitucional

Multa é confiscatória e inconstitucional

Finaliza o recurso requerendo produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive perícias, inclusive a juntada de tais documentos a qualquer tempo; que seja cancelada a NFLD em face da ilegal presunção utilizada na aferição, alternativamente que se reconheça o afastamento da aplicação da taxa Selic como indexadora dos juros moratórios bem como o reconhecimento e afastamento da multa punitiva em razão de seu caráter confiscatório.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

PRELIMINARES

Dois pontos serão abordados nas preliminares: o pedido de produção de provas e perícia e a falta de apreciação de matérias constitucionais em esfera administrativa .

A contribuinte requer a produção de todas as provas em direito admitidas, inclusive perícias.

A principal norma que rege o processo administrativo fiscal é o Decreto 70.235/72 que prevê que a impugnação mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir e que a perícia pretendida tenha expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito

Também prevê que considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos.

A apresentação de prova em momento posterior ao da impugnação é possível nos casos em que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, refira-se a fato ou a direito superveniente, destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Abaixo apresento o artigo 16, com os textos pertinentes à esta questão.

Art. 16. A impugnação mencionará:

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Em obediência à norma, indefiro o pedido.

O segundo ponto é a alegação genérica da não apreciação de matérias constitucionais, ou alegadas como inconstitucionais em esfera administrativa.

Deve-se esclarecer que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal. Essa atribuição é do Poder Judiciário.

Nesse sentido, em 22 de dezembro de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União, consolidação da súmulas do CARF, onde consta textualmente que “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

*CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS - CARF*

Súmula CARF Nº 2

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

DO MÉRITO

AFERIÇÃO

A contribuinte questiona o lançamento por aferição.

Deve-se analisar se e quando a fiscalização pode utilizar o mecanismo da aferição.

Inicialmente cabe destacar que o fisco tem competência e obrigação de fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias.

Para que o fisco desempenhe suas funções a lei prevê um conjunto de obrigações acessórias e, nesse conjunto, o dever de o contribuinte apresentar documentos e informações.

A não apresentação de ou a apresentação deficiente de documentos e informações levam o fisco a lançar a importância que julgarem devida, isto é, lançarem por aferição, transferindo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na

esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

...

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.(grifei)

Neste caso concreto não foram apresentadas à fiscalização as folhas de pagamento, os documentos informando as remunerações dos segurados Bruno Patti e Roberto Cagliani Janeiro, e as informações das remunerações dos segurados contribuintes individuais (sócios gerentes).

Entendo que a utilização do mecanismo da aferição é procedente e correto.

TAXA DE JUROS - SELIC

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente. De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Importante consignar que o CARF, por meio da Portaria nº 106, de 21 de dezembro de 2009, publicou consolidação da súmulas do CARF, onde consta que:

Súmula CARF N.º 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais.

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91.

MULTA

O Contribuinte alega ser a multa confiscatória e inconstitucional.

Inicialmente relembro a súmula CARF CARF N.º 2 apresentada nas preliminares.

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

Em segundo lugar, o que se constata no processo é a aplicação da multa conforme o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

Por fim, trago ao processo a competência do CARF, definida pelo Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, que aprova o Regimento Interno do Ministério da Fazenda, onde fica claro que a competência do CARF é o controle da legalidade dos atos praticados pelo fisco e não o controle da constitucionalidade das normas.

Art.32. Ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, órgão colegiado judicante, paritário, compete julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme estabelecido nos arts. 25, inciso II, e 37, § 2º, do Decreto nº 70.235, 6 de março de 1972, alterado pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.(grifei)



CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso, para determinar, de ofício, o recálculo da multa de mora, com base na nova redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, prevalecendo a mais benéfica para o contribuinte.

Sala das Sessões, em 28 de abril de 2010



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI – Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

-Processo nº: 15889.000153/2007-61

Recurso nº: 160.279

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2403-00.016.

Brasília, 14 de junho de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional