



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

Processo n° 15956.000125/2009-64
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.107 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SERRANA MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 31/12/2004

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

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

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

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

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, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

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. Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c 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 de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Jhonatas Ribeiro da Silva, Marcelo Magalhães Peixoto e Maria Anselma Coscrato dos Santos. Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 175 a 194, interposto pela Recorrente – SERRANA Máquinas e Equipamentos Ltda. apresentado contra Acórdão nº 12-36.209 - 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, fls. 159 a 168, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP – Auto de Infração de Obrigação Principal nº. 37.216.043-3, com ciência da Recorrente em 30.04.2009, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 363.623,62 sendo retificado após a decisão de primeira instância para R\$ 139.924,28.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, apuradas por aferição indireta, nas competências 01/2004 a 12/2004 (inclusive 13º salário).

Conforme o relatado pela decisão de primeira instância, às fls. 161 a 162, temos o aduzido pela Auditoria-Fiscal em sede de Relatório Fiscal, às fls. 25 a 32, bem como a Impugnação apresentada às fls. 122 a 139:

2. Informa ainda a Auditoria Fiscal que o arbitramento foi realizado com base nos valores declarados pela empresa na DIPJ – Declaração do Imposto de Renda sobre Lucro Arbitrado de 2004 e na massa salarial declarada em GFIP, consoante demonstrativo às fls. 79 e com as explicações contidas no item **4 – LEVANTAMENTO** do Relatório Fiscal, haja vista a empresa não ter apresentado o livro Diário, com a escrituração contábil do exercício de 2004, solicitado através de Termo de Início de Procedimento Fiscal, datado de 10/09/2008 (fls. 16/17), pelo que foi autuada por infração ao Art. 33, § 2º da Lei nº 8.212/1991;

2.1. Ainda segundo a auditoria fiscal a empresa é integrante de um Grupo Econômico (Relatório de Caracterização de Grupo Econômico às fls. 85/91), e por serem solidárias entre si, as cópias dos Autos de Infração lavrados na ação fiscal, foram encaminhados à empresa **SERMAG INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. – CNPJ 50.426.667/0001-29.**

DA IMPUGNAÇÃO

3. A interessada manifestou-se (fls. 122/139), trazendo as alegações a seguir reproduzidas em síntese:

3.1. a nulidade do lançamento fiscal por falta de fundamentação e indicação precisa dos elementos caracterizadores da obrigação tributária, visto que o Agente Fiscal incorreu em erro ao não indicar corretamente a motivação da autuação bem como os dispositivos normativos violados;

3.2. os elementos indispensáveis à caracterização da obrigação tributária, não foram indicados no AI, eis que deixou de ser informado o número preciso dos supostos empregados, a remuneração paga a estes, a base de cálculo e alíquota utilizada;

3.3. a fiscalização não esclarece o motivo pelo qual considera que apenas dois empregados não conseguiriam emitir 6 notas fiscais diárias (média calculada pela empresa), vez que o faturamento da empresa é procedido por processo eletrônico, o que simplifica e diminui muito o tempo das emissões manuais;

3.4. os dispositivos infringidos não foram incluídos de forma satisfatória no AI, maculando-o de **nulidade absoluta**, cerceando o direito do recorrente em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa;

3.5. o faturamento do ano de 2004, refere-se a venda de matérias-primas adquiridas de terceiros, e algumas máquinas e equipamentos com valores mais elevados;

3.6. que requer seja deferida a realização da prova pericial, facultando-se à recorrente a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos, bem como a juntada de novos documentos da contabilidade da empresa, a fim de provar as imprecisões do Auto de Infração, evitando-se, assim, eventual cerceamento de defesa;

3.7. a absurda multa moratória de até 50% (cinquenta por cento), do VALOR DA OPERAÇÃO, que pode ser aplicada a recorrente é demasiadamente excessiva, exagerada, onerosa e irrazoável, caracterizando a chamada multa confiscatória, repugnada pelo ordenamento jurídico, assim, requer a redução da multa moratória aplicada, para 10% (dez por cento);

3.8. a utilização da taxa SELIC como índice de correção da obrigação tributária em detrimento do previsto no artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, é **ilegal e imoral**, pelo que requer seja excluída;

3.9. por fim, requer que os procuradores sejam intimados de todos os atos praticados, devendo as intimações serem encaminhadas para o endereço do escritório: ARCHETTI MAGLIO E CALIXTO ADVOGADOS ASSOCIADOS, estabelecido na Av. Prof. João Fiusa, nº 280 – Alto da Boa vista – CEP 14025-320 – Ribeirão Preto/SP.

4. A empresa solidária **SERMAG INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.**, cientificada do lançamento (fls. 116/117), não apresentou impugnação.

DA APENSAÇÃO

5. Foram juntados ao presente, por apensação, os processos de nº 15956.000127/2009-53 (Contribuições devidas pelos segurados), 15956.000126/2009-17 (Contribuições devidas aos Terceiros) e 15.956.000121/2009-86 (CFL 38), conforme documento de fls. 119.

Foi emitido o TIAF – Termo de Início de Ação Fiscal, às fls. 16 a 17, contendo o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0810900.2008.00757.

O **período objeto da AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 07, é de **01/2004 a 12/2004**.

A Recorrente teve **ciência da AIOP** no **dia 30.04.2009**, conforme fls. 01.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 29/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/03/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 10/04/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

Após análise dos autos, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ emitiu a Acórdão nº 12-36.209 - 10ª Turma, fls. 159 a 168, julgando procedente em parte a autuação, conforme a Ementa a seguir:

Acórdão 12-36.209 - 10ª Turma da DRJ/RJ1
Sessão de 17 de março de 2011
Processo 15956.000125/2009-64
Interessado SERRANA MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA E OUTRO.
CNPJ/CPF 01.321.341/0001-21

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

DECADÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA.

O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. VALIDADE.

Em caso de recusa ou sonegação de documentos ou informações, a importância reputada devida é lavrada de ofício, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

CERCEAMENTO DE DEFESA . INOCORRÊNCIA.

Não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que todos os relatórios foram entregues ao contribuinte, onde consta a indicação de onde os valores foram extraídos.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

São devidos os juros e a multa moratória sobre as contribuições arrecadadas em atraso, na forma dos art. 34 e 35 da Lei 8.212/1991, vigentes à época dos fatos geradores.

PERÍCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia quando esta se mostra prescindível.

O momento para a produção de provas, no processo administrativo, é juntamente com a impugnação.

INTIMAÇÃO DO PATRONO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

É descabida a pretensão de intimações, publicações ou notificações dirigidas ao patrono da impugnante, em endereço diverso de seu domicílio fiscal.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Observa-se que a decisão de primeira instância, às fls. 164, reconheceu a decadência parcial, no período 01/2004 a 03/2004, com fulcro no art. 150, § 4º, CTN.

Observa-se também que o contribuinte SERMAG Industrial e Comercial Ltda, não apresentou Recurso Voluntário.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 175 a 194, reiterando as argumentações apresentadas em sede de primeira instância:

Em sede Preliminar.

(i) Da nulidade do lançamento fiscal por falta de fundamentação e indicação precisa dos elementos caracterizadores da obrigação tributária.

No entanto, o Fisco deixou de indicar no AI quais os elementos indispensáveis à caracterização da obrigação tributária, como o número preciso dos supostos empregados, a remuneração paga a esres, o porque que considera que apenas dois empregados não conseguiram tirar 6 notas diárias, quais os meios e expedientes utilizados pela recorrente para sonegar contribuições; a **base de cálculo e alíquota utilizada;** e, por fim, **até mesmo a indicação legal dos dispositivos infringidos não foram incluídos de forma satisfatória no AI.**

Conforme resposta da recorrente ao Termo de Intimação Fiscal, a qual segue anexa, comprovou-se que com relação ao faturamento do ano de 2004, conforme constam na GFIP, considerando-se que o faturamento, constante em notas fiscais, trata-se em grande proporção ser de venda de matérias-primas adquiridas de terceiros, e algumas máquinas e equipamentos com valores mais elevados, o que no decorrer do ano montou o valor de vendas de R\$ 7.995.337,00.

Assim, ao lavrar o Auto, incorreu em erro o Agente Fiscal, violando os princípios da estrita legalidade, da motivação dos atos administrativos e da tipicidade cerrada, a que está submetida a Administração Pública no exercício do seu poder de polícia, e também os princípios do contraditório e da ampla defesa, **posto que deixou de indicar corretamente os dispositivos normativos violados.**

No Mérito.

(ii) Da necessidade de realização de prova pericial.

Diante do exposto, requer seja deferida a **prova pericial**, mediante a análise técnica de toda a contabilidade da Serrana Máquinas e Equipamentos Ltda., facultando-se à recorrente a indicação de assistente técnico e a formulação de quesitos, a fim de provar as imprecisões do Auto de Infração, evitando-se, assim, eventual cerceamento de defesa.

(iii) Da multa confiscatória.

De acordo com o Auto ora impugnado, observa-se que pode ser aplicada ao recorrente, a absurda **multa moratória de até 50% (cem por cento), do VALOR DA OPERAÇÃO.**

Ocorre, Nobre Julgador, que a indigitada penalidade é demasiadamente excessiva, exagerada, onerosa e irrazoável, caracterizando a chamada multa confiscatória, repugnada pelo nosso ordenamento jurídico, como previsto na Constituição Federal, em seu artigo 150, inciso IV.

(iv) Da ilegalidade da utilização da taxa SELIC

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

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação da SECAT da DRFB em Ribeirão Preto - SP.

1 - O contribuinte em referência apresentou recurso tempestivo tanto para o processo principal como para os apensados.

2 - Não foi possível atualizar o evento "apresentação de recurso tempestivo" no sistema SICOB, tendo em vista que o mesmo está incluído em Parcelamentos Especial pela Lei 11941, tendo em vista a possibilidade de o contribuinte incluir o referido débito na modalidade do artigo 1º da referida Lei, observando que deverá ser cumprido o disposto na art 13 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 02/2011.

3- Posto isto, proponho o encaminhamento deste processo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para apreciação dos recursos apresentados. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares e ao Mérito.

DAS PRELIMINARES

Alegações de inconstitucionalidades.

Analisemos.

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

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

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob

fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) Da nulidade do lançamento fiscal por falta de fundamentação e indicação precisa dos elementos caracterizadores da obrigação tributária.

Analisemos.

Da regularidade do lançamento.

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

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, apuradas por aferição indireta, nas competências 01/2004 a 12/2004 (inclusive 13º salário).

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP nº 37.216.043-3** que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da AIOP nº 37.216.043-3)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.**

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

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*

- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

f. REPLEG- - Relatório de representantes Legais;

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

h. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal;

i. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

j. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;

k. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a **AIOP nº 37.216.043-3**, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumprimos lavrar de imediato a Auto de Infração de Obrigação Principal de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Do arbitramento.

O presente lançamento teve fundamento no art. 33, § 3º, Lei 8.212/1991:

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

§ 1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros

relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

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

Do Relatório Fiscal, às fls. 25 a 32, destaca-se que a Recorrente, apesar de intimada pelo TIAF, deixou de apresentar o Livro Diário, com a escrituração contábil de 2004, bem como não apresentar informações consistentes da empresa, evidenciada pelos valores declarados em GFIP e em Folhas de Pagamento incompatíveis com a realidade operacional de empresas de seu segmento econômico (auferir uma receita de R\$ 7.995.337,00, com apenas 2 empregados).

A Auditoria-Fiscal utilizou o índice nacional apurado pelo programas SIGA DW e SIF-4, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como parâmetro para aferir os salários de contribuição para a Base de Cálculo das Contribuições Sociais, ou seja, utilizou-se do índice obtido na comparação da Massa Salarial em relação a Receita Bruta Operacional, correspondente a 9,46%. Depois do cálculo do Salário de Contribuição, aferido com base nas empresas com o mesmo CNAE- Código Nacional de Atividade Econômica, correspondente a 9,46%, deduziu-se o índice apresentado pela empresa, correspondente a 0,16% (anual).

Ou seja, corretamente o procedimento da Auditoria-Fiscal que tomou por base os valores declarados na DIPJ – Declaração do Imposto de Renda sobre Lucro Arbitrado de 2004, conforme demonstrativo colacionado às fls. 79 – demonstrativo mensal das receitas operacionais e massa salarial – para apuração das bases de cálculo das contribuições previdenciárias.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

DO MÉRITO

(ii) Da necessidade de realização de prova pericial.

Quanto à solicitação de prova pericial, verificamos que a mesma encontra-se em desacordo com o previsto na legislação.

Decreto 70.235/1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 29/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 29/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/03/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 10/04/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

...

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.

Como o pedido de perícia não possui os requisitos previstos na legislação, considero-o não formulado.

(iii) Da multa confiscatória.

Cumpra ressaltar que, em decorrência da relação jurídica existente entre o contribuinte e o Fisco, o Código Tributário Nacional, em seu art. 113, abaixo transcrito, prevê duas espécies de obrigações tributárias: uma denominada principal, outra denominada acessória.

“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 decorrente 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”.

A obrigação principal consiste no dever de pagar tributo ou penalidade pecuniária e surge com a ocorrência do fato gerador. Trata-se de uma obrigação de dar, consistente na entrega de dinheiro ao Fisco. A obrigação acessória surge do descumprimento de dever instrumental a cargo do sujeito passivo, consistindo numa prestação positiva (fazer), que não seja o recolhimento do tributo, ou negativa (não fazer).

A obrigação tributária principal decorre da lei, ao passo que a obrigação tributária acessória decorre da legislação tributária. O descumprimento da obrigação tributária principal (obrigação de dar/pagar) obriga o Fisco a constituir o crédito tributário por meio de AIOP.

Descumprida obrigação acessória (obrigação de fazer/não fazer) possui o Fisco o poder/dever de lavrar o Auto-de-Infração. A penalidade pecuniária exigida dessa forma converte-se em obrigação principal, na forma do § 3º do art. 113 do CTN.

Ademais, a incidência de acréscimos legais se faz, à época da lavratura do AIOP, determinado nos arts. 34 e 35, Lei 8.212/1991.

Outrossim, esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base 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, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c 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.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

(iv) Da ilegalidade da utilização da taxa SELIC

Analisemos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei

Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)''(gn).

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

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

Ademais, registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pela 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)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e 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, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, para, **NO MÉRITO**, se recalcularem o valor da multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro