



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 17460.001082/2007-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-007.047 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de outubro de 2019
Recorrente RH BANK EMPRESARIAL LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 31/01/2001 a 31/10/2004

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA VINCULANTE Nº 21 DO STF.

O Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa. O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, não tendo ele se desincumbido deste ônus. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem, revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Cleberson Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Marialva de Castro Calabrich Schlucking, Andrea Viana Arrais Egypto, Thiago Duca Amoni (Suplente Convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (fls. 326/333).

Pois bem. Trata-se de Auto de Infração lavrado em virtude do descumprimento da obrigação acessória prevista no artigo 32, inciso IV da Lei 8.212/91 combinado com o art. 225, IV do Decreto 3.048/99 e alterações posteriores, uma vez que de acordo com o Relatório Fiscal da Infração Substitutivo (fls. 292/295), a empresa apresentou GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informação à Previdência Social, nas competências de 02 a 05/2001, 12/2001, 07/2002 a 11/2002 e 02/2003 a 10/2004, sem os dados dos salários de contribuição referentes aos segurados empregados, omitindo, dessa forma, os fatos geradores das contribuições previdenciárias.

A empresa é cedente de mão-de-obra temporária e antecipa aos funcionários todo mês fração do décimo terceiro salário, sendo que no momento da rescisão do contrato, declara em GFIP apenas 1/12 da rescisão, deixando de informar os valores pagos a título de décimo terceiro nas competências anteriores.

Além da omissão acima tratada, informa a fiscalização que a empresa em algumas competências deixou de informar o salário de contribuição, como também o número de segurados.

A multa aplicada está prevista no artigo 32, §5º da Lei 8.212/91, combinado com o artigo 284, inciso II do Decreto 3.048/99, com valor atualizado pela Portaria MPS nº 822/2005, em função do disposto nos artigos 92 e 102, ambos da Lei nº. 8.212/91 e art. 373 do Decreto 3.048/99. O montante da multa corresponde a R\$ 47.538,38 (quarenta e sete mil, quinhentos e trinta e oito reais e trinta e oito centavos), sem circunstâncias agravantes. O cálculo da multa está detalhado no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa de fls. 215/218.

A autuada apresentou defesa tempestiva, fls. 144/ 160, alegando em síntese:

- (a) Preliminarmente alega vício forma do auto de infração, uma vez que a fiscalização não observou o disposto no art. 142 do CTN, bem como do art. 1.293 do Decreto nº 3.048/99, pois não descreveu corretamente a irregularidade, deixando de detalhar a infração, impossibilitando o direito de defesa da Impugnante. Dessa forma, diante do vício insuscetível de convalidação, resta apenas a declaração de nulidade do procedimento fiscal.

No mérito alega que:

- (b) As folhas de pagamento anexadas aos autos (doc. 02), demonstram que a empresa não cometeu qualquer irregularidade no pagamento do décimo terceiro salário, pois os valores pagos integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, bem como declarou em GFIP os tais valores;
- (c) Salienta que a multa aplicada sob a alegação de omissão de fato gerador tem nítido caráter confiscatório, violando o disposto no art. 150, IV da CF. Além do que a fixação da multa do valor de R\$ 47.538,38, afronta o princípio da capacidade contributiva, violando a Constituição Federal.

DO PEDIDO

- (d) Requer a total procedência da impugnação, anulando-se o auto de infração.

Às fls. 209/210 foi solicitado a substituição do relatório fiscal, uma vez que no primeiro relatório fiscal foi atribuído equivocadamente o nº 35.754.095-6 ao AI com CFL nº 68, quando o correto seria o nº 35.830.906-9. Dessa forma, foi requerida a diligência para manifestação da Auditora, Fiscal quanto ao número do Debcad, e ainda, que prestasse esclarecimentos a respeito da tabela 01 (Demonstrativo de Fatos Geradores não Declarados) e da tabela 02 (Demonstrativo de Aplicação de Alíquota), bem como a menção no relatório fiscal do levantamento FP1 - não declarado em GFIP, o qual estaria incluído na NF LD 35.754.090-5.

Às fls. 292/295 a fiscalização anexou aos autos o relatório substitutivo, com as alterações necessárias e às fls. 286/288 consta a informação fiscal, na qual esclarece o erro da digitação de valores da competência 09/2003, que implicou na alteração do valor do auto para R\$ 47.661,12.

Às fls. 296 foi dada ciência ao contribuinte do relatório substitutivo e da informação fiscal, com entrega tempestiva do adendo à defesa às fls. 297/305, alegando preliminarmente que:

- (i) A auditora não observou o disposto no art. 142 do CTN, bem como ao art. 293 do Decreto nº 3.48/99, violando regra infraconstitucional, gerando prejuízo para a Impugnante, diante da violação de tais normas e do princípio constitucional da ampla defesa.
- (ii) Dessa forma, o vício ocorrido é insuscetível de convalidação, devendo ser declarado nulo o procedimento fiscal.
- (iii) Por fim, requer a total procedência da defesa, anulando o auto de infração e protestando provar o alegado por todas as provas admitidas em direito.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão nº 16-16.513 (fls. 326/333), de 27/02/2008, cujo dispositivo considerou o lançamento procedente, por unanimidade de votos, excluindo a

competência 09/2003, com lavratura posterior de novo auto de infração, caso persista a falta, diante da impossibilidade de alterar o auto para maior, remanescendo o valor de R\$ 45.140,73. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 31/01/2001 a 31/10/2004

Nº do Debcad original 35.830.906-9

AUTO DE INFRAÇÃO.

Constitui infração a empresa deixar de informar mensalmente por meio de GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias. Art. 32, inciso IV da Lei 8.212/91.

MULTA.

Inexiste caráter confiscatório se a multa decorre de previsão legal e é fixada nos parâmetros da legislação vigente à época da exação.

PREVIDÊNCIA. CUSTEIO. MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO.

A NFLD apresenta todos os requisitos essenciais para sua subsistência, inexistindo vícios que a tornem nula.

Lançamento Procedente

Nesse sentido, cumpre repisar que a decisão *a quo* exarou os seguintes motivos e que delimitam o objeto do debate recursal:

1. As alegações apresentadas pela Impugnante em seu arrazoadado são as mesmas constantes na NFLD nº 35.754.090-5, que foi julgada procedente no dia 20/02/2008 (acórdão nº 16.430), salvo no que toca a aplicação da multa. Entretanto, não são suficientes para desconstituir o presente auto.
2. A Impugnante alega em sede de preliminar (defesa e adendo à defesa), a nulidade do auto, diante da desobediência do art. 142 do CTN, bem como do art. 293; do Decreto nº 3.048/99 (não descreveu a irregularidade cometida). Entretanto, verifica-se que o Relatório Fiscal de fls. 292/295, a auditora informou à empresa de forma clara e precisa, que a multa aplicada pela fiscalização decorre da ausência de informação em GFIP dos salários de contribuição referentes aos segurados empregados, no que toca o décimo terceiro salário, omitindo, dessa forma, os fatos geradores das contribuições previdenciárias.
3. O auto lavrado preenche todos os requisitos indispensáveis ao lançamento, que garantem todas as informações ao sujeito passivo para o exercício do seu direito de ampla defesa. Vejamos:
4. No relatório fiscal original e substitutivo, fls. 292, a fiscalização informa que os valores omitidos pela empresa encontram-se demonstrados por competência na tabela nº 01 em anexo, com relação aos fatos geradores omitidos para segurado empregado.
5. Esclareceu, também, que a multa aplicada sofreu variação em decorrência do número de segurados da empresa, nas competências 02/2001 (51 a 100 segurados), em 06/2003 e 07/2004 (501 a 1000 segurados) e nas demais variou entre 101 a 500 segurados.

6. Por outro lado, todos os dispositivos legais que fundamentam a multa, estão discriminados às fls. 01, de modo que não tem cabimento a alegação feita pela empresa de que o seu direito de defesa foi cerceado. Desta forma, ao contrário do que foi argüido pela Impugnante o auto em questão foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 293 do Decreto nº 3.048/99 e do art. 142 do CTN, possibilitando à Autuada o pleno exercício do seu direito de defesa, inclusive com apresentação de adendo à defesa, não configurando, portanto, o vício formal, ora alegado.
7. Quanto às alegações de mérito, verifica-se que estas não possuem o condão de desconstituir o auto. Vejamos:
8. A empresa alega que recolheu as contribuições previdenciárias incidentes sobre o décimo terceiro salário, conforme as folhas acostadas aos autos (doc. 2). Ocorre que a documentação anexada ao processo, fls. 200/205, refere-se apenas às competências 08/02, 04/03, 05/03 e 07/03, ou seja, trouxe por amostragem algumas folhas de pagamento com discriminação dos funcionários que tiveram rescisão, não sendo possível identificar quantos meses trabalharam para a determinação da base correta do décimo terceiro.
9. Além do que, fica claro, pelas folhas acostadas pela Autuada, que a empresa no momento da rescisão do contrato não fez o recolhimento das contribuições previdenciárias em sua totalidade, conforme informa a fiscalização que verificou mediante análise das folhas de pagamento do período de 01/01 a 10/04 (fls.255 da NFLD nº 35.754.090-5). Assim, se a Impugnante pagava aos seus funcionários 1/12 avos do décimo terceiro por mês, no momento da rescisão deveria ter feito o recolhimento na proporção das parcelas já pagas durante ao ano aos funcionários, referente ao décimo terceiro salário. Exemplificando:
10. Às fls.200 a empresa anexou aos autos a folha de pagamento, no funcionário Sidney Zanetta, referente a 08/02, contudo, no momento da rescisão do contrato utilizou como base de cálculo da contribuição previdenciária do décimo terceiro apenas 1/ 12 avos deste, quando o correto seria à totalidade das parcelas pagas até o momento da rescisão contratual, ou seja, por hipótese 3/12 se tivesse trabalhado por três meses, de acordo com o art. 214, § 6º, do Decreto nº 3.048/99.
11. Fica evidente que a empresa não recolheu a contribuição de forma correta, pois integrou ao salário-de-contribuição apenas a parcela do décimo terceiro pago no mês da rescisão contratual e não a totalidade das parcelas já recebidas pelo funcionário no decorrer do ano, violando, dessa forma, a disposição legal acima citada.
12. Por fim, mesmo que a empresa houvesse pago os valores das contribuições (obrigação principal), mesmo assim, o auto seria cabível, diante do não cumprimento da obrigação acessória, que no presente caso é a inexistência de informação na GFIP dos fatos geradores.

13. Quanto à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, com afronta ao art. 150, IV, da CF, bem como da capacidade contributiva do contribuinte, verifica-se que tal alegação não merece prosperar. Vejamos:
14. Inexiste caráter confiscatório se a multa decorre de previsão legal e é fixada nos parâmetros da legislação vigente à época da exação, conforme se deu no caso concreto.
15. Portanto, até o momento não existe qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar os dispositivos legais que regem a aplicação da multa, no presente auto, como inconstitucional, em razão do caráter confiscatório.
16. Por outro lado, não cabe a esfera administrativa declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais, muito menos considerar a multa, ora aplicada, como de caráter confiscatório, diante do que dispõe o art. 102, I, "a", da Constituição Federal.
17. Diante das considerações acima, verifica-se que o presente auto é procedente, uma vez que na Lei 8.212/91, o seu art. 32, IV é claro quanto à obrigação acessória da empresa de informar, através de GFIP, os dados correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme preceitua o artigo 32, IV, §5º da Lei 8.212/91.
18. Portanto, além do recolhimento das contribuições previdenciárias (obrigação principal), os contribuintes em geral estão sujeitos à satisfação de determinadas obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária, dentre as quais, apresentar GFIP com todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias.
19. O fato de a empresa ter informado nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, dados inexatos, não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, com a omissão do valor referente ao décimo terceiro pago aos seus empregados, caracteriza a ocorrência da conduta típica prevista em lei, razão pela qual a Auditora Fiscal, no exercício das suas funções, lavrou o presente auto de infração e aplicou a multa correspondente.
20. Foi solicitada às fls. 209/210, diligência com o objetivo de correção do número do Debcad do presente auto, bem como esclarecimento de qual valor seria o correto na competência 09/2003, uma vez que na tabela 01 (Demonstrativo dos Fatos Geradores não Declarados) consta o valor de R\$ 8.553,60, ao passo que na tabela 02 (Demonstrativo de Aplicação de Alíquota), verifica-se o montante de R\$ 7.991,10.
21. 7.14. Em informação fiscal, fls. 286/288, a auditora esclarece que de fato houve um erro na competência 09/2003, pois a planilha original, fls. 13, informa na coluna "SC seg. Empregado", o valor de R\$ 7.991,10, quando o correto seria R\$ 8.553,60. Tendo como consequência a alteração da multa na competência acima tratada de R\$ 2.397,65 para R\$ 2.521,40.

22. 7.15. Após a informação fiscal de fls.286/288, concluiu a fiscalização que o valor total da multa seria de R\$ 47.661,12. Como o sistema informatizado não possibilitava modificação valor do auto para maior, entende-se que este deve ser retificado, com exclusão do valor da multa, apenas na competência 09/2003, na qual se deu o erro, para que posteriormente seja lavrado novo auto de infração correspondente ao valor correto da competência 09/03 (R\$ 2.521,40). Tal entendimento atende o princípio da razoabilidade, obedecendo, também, ao que dispõe a IN da SRP nº03/2005, nos arts. 647 e 648.
23. Dessa forma, com a retificação da multa (exclusão da competência 09/03), verifica-se que esta foi aplicada em conformidade com o disposto no artigo 32, IV, §5º da Lei 8.212/91 e com o art. 284, II (com a redação dada pelo Decreto 4.729/03), com valor mínimo atualizado pela Portaria MPS nº 822/2005.
24. Por fim, o presente Auto-de-Infração encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o disposto no caput do artigo 33 da Lei 11º 8.212/91 e artigo 293 do'Regulamento da Previdência Social' aprovado pelo Decreto 3.048/99.
25. O procedimento fiscal, após a retificação, atendeu às disposições expressas da legislação e a Impugnante não apresentou argumentos e elementos de prova capazes desconstituir o auto.
26. Diante do exposto, voto pela procedência do lançamento com exclusão da competência 09/2003, e encaminhamento de representação fiscal à DEFIS Delegacia de Fiscalização, visando a lavratura de novo auto de infração, caso essa persista.

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (fls. 338/354), apresentando, em síntese, os seguintes argumentos:

Preliminarmente

Do vício formal do auto de infração

- a. Consta do Relatório Fiscal do Auto de Infração que a recorrente entregou as GFIP's - Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – sem as informações relativas aos salários de contribuição do décimo terceiro, além de omitir salário contribuição referente a remuneração de segurados e até omissão de alguns segurados, conforme o trecho a seguir: “Além dos fatos referentes ao décimo terceiro salário foi verificado, em algumas competências, omissão de salário contribuição referente a remuneração de segurados e também a omissão de segurados em algumas competências.”
- b. Contudo, a autoridade administrativa não explicou em quais competências a recorrente omitiu o salário contribuição referente a remuneração de segurados e os próprios segurados, citando apenas as competências apuradas para todas infrações lançadas no Auto de Infração. Também, não

fundamentou as ocorrências dos fatos que justificaram o lançamento, uma vez que não especificou as infrações cometidas pela recorrente.

- c. Nesse sentido, a autoridade administrativa ao proceder o lançamento fiscal infringiu o art. 293 supra citado, tendo em vista que, não descreveu detalhadamente a infração cometida, informações essas, indispensáveis para que a recorrente exerça seu direito de defesa constitucionalmente assegurado.
- d. Em outras palavras, não há nos autos, relatórios consubstanciados, na omissão de remuneração paga aos segurados ou a omissão de segurados, com descrição detalhada dos referidos, da matéria tributável, da base de cálculo utilizada, alíquota aplicada, etc.
- e. O relatório acostado aos autos, diz respeito tão somente a omissão apontada pelo fisco com relação ao décimo terceiro salário.
- f. Com efeito, ocorrendo vício insuscetível de convalidação há que se declarar nulo o procedimento fiscal em epígrafe.

No mérito

Da antecipação do 13º salário

- g. Como é sabido, a Lei 4.090/62 institui a gratificação natalina, correspondente a 1/12 avos por mês de serviço ou fração igual ou superior a 15 dias de trabalho.
- h. Foram introduzidas algumas alterações pela Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965, ordenando que o pagamento do décimo terceiro fosse realizado em duas metades: a primeira até o mês de novembro, ou a requerimento do empregado quando este entrasse em férias e a segunda até o dia 20 de dezembro de cada ano.
- i. Podemos aferir que, diferentemente do alegado pela autoridade administrativa, a recorrente realiza o pagamento da antecipação do décimo terceiro a seus empregados mensalmente, bem como fez integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária o décimo terceiro pago em determinada competência, por conseguinte, declara o referido fato gerador na respectiva GFIP.
- j. Como poderia a recorrente então, não haver levado em consideração os valores pagos a título de antecipação do décimo terceiro, sem lançar em folha de pagamento e declará-los através da GFIP.
- k. Apesar disso, o nobre relator “a quo” ao decidir a presente questão às fls. 316, afirma que no momento da rescisão do contrato de trabalho de seus funcionários, a recorrente não recolheu a contribuição previdenciária de forma correta, pois fez integrar à base de cálculo, o salário-de-contribuição correspondente a 1/12 do décimo terceiro pago no mês da rescisão contratual, violando deste modo, disposição legal.
- l. Data máxima vênia, tal decisão não merece prosperar, pois conforme relatado linhas acima, a recorrente fez sim integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias, valores correspondentes ao décimo terceiro

pago integral, na medida em que apropriou, mês a mês, 1/2 do mesmo, tendo inclusive realizados os respectivos recolhimentos quando dos vencimentos.

- m. Por fim, concluir-se-á que não houve qualquer tipo de omissão por parte da recorrente.

Da multa aplicada

A multa aplicada pelo agente fiscal é totalmente indevida.

- n. A recorrente, conforme plenamente demonstrado acima, em nenhum momento, incorreu nas omissões alegadas pela autoridade administrativa.
- o. Os valores pagos a título de antecipação de décimo terceiro foram devidamente declarados pela recorrente, bem como recolhidos os tributos incidentes, de sorte que não havendo obrigação tributária, se seja acessória ou principal, não cabe aplicação de penalidade pecuniária alguma.
- p. Não obstante, pela eventualidade, o que se aventa, por argumentar, todos os dados necessários ao lançamento tributários estavam expressamente inseridos nas folhas de pagamentos e GFIP's da recorrente.
- q. Não ocorre, portanto, omissão alguma a ensejar a aplicação da aplicabilidade da referida multa por infração.
- r. Na realidade, se sobejar à recorrente imputação de infração como pretendido pela administração, a multa aplicável deverá atender ao bom senso e razoabilidade, princípios norteadores dos atos administrativos dos agentes públicos.
- s. Destarte, a multa aplicada pela autoridade administrativa sob a alegação de omissão de fato gerador tem nítido caráter confiscatório.
- t. O inciso IV, do art. 150 da Constituição Federal veda expressamente a instituição de tributos com efeito de confisco. É sabido que esse princípio constitucional tributário deve ser interpretado em sintonia com a garantia inserta no inc. XXII, do art. 5º da CF/88, atinente ao direito de propriedade.
- u. Assim é que, a fixação de multa no importe de R\$ 47.538,38, afronta o princípio da capacidade contributiva, iguala, não os desiguais, mas todos os contribuintes sem distinção de suas realidades econômicas, sendo certo que em algumas situações, importará em verdadeiro confisco.
- v. Finalizando, conclui-se, portanto que, a multa exigida pelos art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei 8.212/91 c/c 284, II, do Decreto nº.3.048/99, é inconstitucional por afrontar princípios constitucionais tributários, dentre eles, o direito a propriedade e o não confisco.

Do pedido

- w. Diante de todo o exposto, reiterando todos os termos da defesa inicial, é o presente recurso para requerer do E. Conselho de Contribuintes a reforma da r. decisão colegiada, declarando nulo o Auto de Infração ora hostilizado, por conseguinte, arquivado o respectivo processo, como medida de Justiça!

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72.

Cabe destacar que o Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do art. 126 da Lei 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa.

O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (art. 103-A da CF).

Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Preliminar.

Preliminarmente, o recorrente pleiteia a nulidade do Auto de Infração, por entender que a autoridade administrativa não descreveu corretamente a irregularidade acusada, de maneira detalhada, a fim de que pudesse exercer seu direito de defesa assegurado constitucionalmente.

Argumenta, pois, que não haveria nos autos relatórios consubstanciados na omissão de remuneração paga aos segurados ou a omissão de segurados, com descrição detalhada dos referidos, da matéria tributável, da base de cálculo utilizada, alíquota aplicada etc. Afirma que os relatórios mencionados nos autos, trazem tão somente a omissão apontada pelo fisco com relação ao décimo terceiro salário.

É certo que a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, como atividade administrativa vinculada, exige do Fisco a observância da legislação de regência, a fim de constatar 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 (art. 142 do CTN). A não observância da legislação que rege o lançamento fiscal ou a falta de seus requisitos, tem como consequência a nulidade do ato administrativo, sob pena de perpetuar indevidamente cerceamento do direito de defesa.

Contudo, entendo que não assiste razão à recorrente, estando hígida a exigência em epígrafe, não havendo que se falar em nulidade do Auto de Infração em epígrafe.

Inicialmente, não procede a argumentação no sentido de que os relatórios mencionados nos autos não descrevem com clareza a acusação fiscal. Ao contrário do alegado

pelo recorrente, o Relatório Fiscal original e substitutivo (fls. 09/101 e 224/306) detalham, exaustivamente, as acusações imputadas pela fiscalização.

Os valores omitidos pela empresa encontram-se demonstrados por competência na tabela de número 01 que relaciona os fatos geradores omitidos para segurados empregados. O cálculo da aplicação da alíquota encontra-se demonstrado na tabela de número 02.

A fiscalização informou, ainda, que não foi verificado nenhum contribuinte individual não declarado no período, de modo que todos os valores dos fatos geradores demonstrados na tabela de número 01, referem-se a segurados empregados.

A tabela de número 03, por sua vez, demonstra o cálculo da multa aplicada, por competência. A multa aplicada é o menor valor entre aqueles constantes das colunas “TOTAL DEVIDO E NÃO DECLARADO- R\$” e “LIMITE DAYMULTA EM FUNÇÃO DO Nº SEGURADOS”. O número de segurados inclui empregados, autônomos e sócios da empresa.

A fiscalização também esclareceu que a multa aplicada sofreu variação em decorrência do número de segurados da empresa, nas competências 02/2001 (51 a 100 segurados), em 06/2003 e 07/2004 (501 a 1000 segurados) e nas demais variou entre 101 a 500 segurados.

Ante a constatação da ausência de informação em GFIP dos salários de contribuição referentes aos segurados empregados, no que toca o décimo terceiro salário, a fiscalização aplicou a multa estabelecida no artigo 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, combinado com o artigo 284, inciso II, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, no valor total de R\$47.538,38 (quarenta e sete mil, quinhentos e trinta oite reais e trinta e oito centavos).

Verifica-se, pois, que nos Relatórios Fiscais original e substitutivo (fls. 09/101 e 224/306), a auditora informou à empresa de forma clara e precisa, que a multa aplicada pela fiscalização decorre da ausência de informação em GFIP dos salários de contribuição referentes aos segurados empregados, no que toca o décimo terceiro salário, omitindo, dessa forma, os fatos geradores das contribuições previdenciárias.

Ao contrário do que foi argüido pelo recorrente, o Auto de Infração obedeceu ao disposto no art. 293 do Decreto nº 3.048/99 e do art. 142 do CTN, possibilitando o pleno exercício do seu direito de defesa, inclusive com apresentação de adendo à defesa, não configurando, portanto, o vício formal, ora alegado.

Decerto, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, entendo que não há que se falar em prejuízo ao exercício da ampla defesa, pois os valores lançados estão devidamente demonstrados, sendo que o Relatório Fiscal e seus anexos (fls. 224/306), indicam, por competência, o quanto foi apurado, bem como a alíquota aplicada, e os valores devidos.

Ao meu ver, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, acompanhado de relatório fiscal, tudo conforme a legislação.

Dessa forma, afasto a preliminar arguida pelo recorrente, e passo a examinar o mérito da questão.

3. Mérito.

Em relação ao mérito, o recorrente insiste na alegação de que realiza o pagamento da antecipação do décimo terceiro a seus empregados mensalmente, bem como teria feito integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária o décimo terceiro pago em determinada competência, por conseguinte, aduz que declara o referido fato gerador na respectiva GFIP.

Contudo, pela documentação acostada aos autos (fls. 213/218), inclusive já examinada pela decisão de piso, não é possível identificar quantos meses os funcionários trabalharam para a determinação da base correta do décimo terceiro, eis que as folhas de pagamento com discriminação dos funcionários que tiveram rescisão, dizem respeito apenas às competências 08/02, 04/03, 05/03 e 07/03.

Ademais, conforme bem pontuado pela decisão de piso, pelas folhas acostadas aos autos, é possível constatar que a empresa no momento da rescisão do contrato não fez o recolhimento das contribuições previdenciárias em sua totalidade, conforme informa a fiscalização que verificou mediante análise das folhas de pagamento do período de 01/01 a 10/04 (fls.255 da NFLD nº 35.754.090-5). Assim, se o recorrente pagava aos seus funcionários 1/12 avos do décimo terceiro por mês, no momento da rescisão deveria ter feito o recolhimento na proporção das parcelas já pagas durante o ano aos funcionários, referentes ao décimo terceiro salário.

Conforme narrado pela acusação fiscal (fls. 224/306), a empresa, cedente de mão-de-obra temporária a partir de 10/2002, antecipa o pagamento do décimo terceiro salário aos empregados que prestam serviço temporariamente. Com esta antecipação, na data de rescisão contratual, que é o fato gerador da contribuição social sobre o 13º salário, a empresa não possui valores a pagar ao segurado, sendo assim informa na GFIP somente a data da rescisão contratual sem constar valores pagos como décimo terceiro salário. A informação em GFIP desta forma caracteriza omissão de fatos geradores referente ao décimo terceiro.

Ademais, mesmo que a empresa houvesse pago os valores das contribuições (obrigação principal), mesmo assim, o auto seria cabível, diante do não cumprimento da obrigação acessória, que no presente caso é a inexistência de informação na GFIP dos fatos geradores.

Para além do exposto, no tocante à alegação do caráter confiscatório da multa aplicada pela autoridade administrativa, por suposta ofensa ao art. 150, inciso IV, da CF/88, cumpre pontuar que falece competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para se manifestar acerca da legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997 (Vide: Súmula CARF nº 2).

Ademais, cabe pontuar que a responsabilidade por infrações à legislação tributária, via de regra, independe da intenção do agente ou do responsável e tampouco da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato comissivo ou omissivo praticado, a teor do preceito contido no art. 136, da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN).

Ante as considerações acima, entendo que não há motivos para a reforma da decisão de piso.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário, para, rejeitar a preliminar e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite