



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

Processo nº 19515.720574/2012-78
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.214 – 3ª Turma Especial
Sessão de 14 de abril de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e SEGURO DE ACIDENTES DO TRABALHO – SAT/GILRAT/ADICIONAL e GLOSA DE DEDUÇÃO e AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES.
Recorrente CONTROLE SOLUÇÕES EMPRESARIAIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 01/01/2011

INCONSTITUCIONALIDADE. CONHECIMENTO VEDADO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DO FAP. INOCORRÊNCIA. DIVÓRCIO IDEOLÓGICO. SAT/RAT/GILRAT. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. LEGALIDADE. ADMITIDA PELO STJ. MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO. COMPETÊNCIAS ANTERIORES À IMPLANTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SELIC. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE RECONHECIDAS. STF E STJ. APLICAÇÃO NA SEARA TRIBUTÁRIA. ADMITIDA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para determinar:

I - a aplicação da multa moratória do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação velha, relativamente as competências 08/2008 e 09/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0001-02 e para a competência 02/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0002-85, limitando essa ao patamar de setenta e cinco por cento do artigo 35-A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, caso atingido esse patamar tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução;

Processo nº 19515.720574/2012-78
Acórdão n.º **2803-003.214**

S2-TE03
Fl. 231

II - aplicação da nova multa prevista no artigo 32-A, inciso I, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, caso mais benéfica ao contribuinte a ser verificado à época do pagamento, parcelamento ou execução, em relação ao DEBCAD 37.223.583-2.

Vencidos os Conselheiros Paulo Roberto Lara dos Santos quanto à multa da obrigação principal e acessória e Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa da obrigação principal.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Paulo Roberto Lara dos Santos, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.223.595-6, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de empregados, parte patronal; SAT e Glosa de Deduções, bem como o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD 37.223.583-2, CFL.68, por apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, parágrafo 5º., também, acrescentado pela Lei 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º., do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 15 a 17, com período de apuração de 01/2008 a 12/2010, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 47.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 28/03/2012, conforme Folha de Rosto dos Autos de Infração, de fls. 03 e 04.

O contribuinte apresentou sua defesa, em 26/04/2012, as fls. 87 a 119, acompanhada dos documentos, de fls. 120 a 163.

As impugnações foram consideradas tempestivas, fls. 164; 165 e 168.

Consta, a fls. 167, Termo de Apensação (1), onde se informa que foi juntado por apensação a esses autos o processo Nº 19515.720.617/2012-15.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 16-48.827 - 12ª, Turma DRJ/SP1, em 25/07/2013, fls. 169 a 179.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 19/08/2013, conforme AR, de fls. 182.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 194, recebida, em 17/09/2013, conforme carimbo de recepção, as fls. 194, com razões recursais, as fls. 196 a 215, acompanhado dos documentos, de fls. 216 a 225.

Mérito.

- que as contribuições destinadas ao SAT/RAT/GIILRAT são inconstitucionais, uma vez que alteradas as alíquotas pela Lei 10.666/2003, sendo o FAP criado por Resolução do CNPS, o que viola o princípio da legalidade do artigo 150, I, da CF, sendo inconstitucional o artigo 10, da Lei 10.666/2003 ao delegar ao decreto a majoração das alíquotas do GIILRAT, pois esta hipótese não está

albergada pelo artigo 153, §1º, da CF, bem como não faz parte das previstas no artigo 195, § 9º, da CF;

- que a falta de regulamentação legal para suprir as lacunas do artigo 22, II, da Lei 8.212/91, referente a determinação da atividade preponderante e graus de risco, apresenta a norma como de aplicabilidade contida, dependente de outra lei para a sua aplicação, não podendo a exação ser exigida, devendo até mesmo ser restituída ou compensada pelo fisco, pois indevidas;
- que a multa de setenta e cinco por cento se mostra ilegal e inconstitucional, por violação a proporcionalidade e vedação do confisco, devendo a aplicação de sanção ser sempre proporcional a infração, não podendo estas ter caráter arrecadatário, sendo a multa aplicada neste lançamento inconstitucional, por ter caráter confiscatório;
- que a multa moratória deve ser reduzida para vinte por cento em razão da retroatividade benigna promovida pela Lei 11.941/2009, uma vez que se discute a multa do artigo 35, I, II e III, da Lei 8.212/91 na redação da MP 449/2008 a partir do exercício 12/2008, bem como na redação anterior para os demais exercícios;
- que a Lei 11.941/2009 modificou radicalmente tal multa, não podendo está ultrapassar vinte por cento, assim sendo a nova legislação é mais benéfica, devendo esta ser aplicada pelo princípio da retroatividade benigna, artigo 106, II, “c”, do CTN;
- que a aplicação da SELIC é inconstitucional, devendo ser aplicado os juros de 1%, do artigo 161, § 1º, do CTN;
- Pedidos e requerimentos: a) conhecimento e provimento do recurso, para julgar os lançamentos improcedentes; b) reconhecimento da inaplicabilidade da SELIC; c) reconhecimento do caráter confiscatório da multa aplicada, reduzindo esta para o mínimo legal 20%, artigo 61, §2º, da Lei 9.430/96.

A autoridade preparadora nada fala sobre a tempestividade do recurso.

Os autos foram remetidos ao CARF, fls. 228.

O sorteio e distribuição dos autos a esse conselheiro, ocorreu, em 21/11/2013, fls. 229.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Mérito.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

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)

RICARF PT/MF 256/2009

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, aquém a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei, antes que o órgão competente e adequado o faça.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de inconstitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

Todavia, o contrário não vedado, ou seja, a constitucionalidade pode e deve ser demonstrada pela autoridade julgadora seja ela qual for.

No presente processo no que tange ao FAP esta questão é irrelevante, pois tal elemento de variação da tributação como introduzido pela Lei 10.666/2003, NÃO FAZ parte desses autos e é muito simples ver isso, basta verificar no Discriminativo de Débito – DD, de fls. 06 e 07, que a alíquota exigida para o SAT/RAT foi de 1,000% e nada mais, ou seja, a alíquota mínima do artigo 22, II, “a”, da Lei 8.212/91 e nada mais.

Desta forma, em razão do FAP ocorre divórcio ideológico entre o que dos autos consta e as alegações da recorrente, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

Decisão do STF.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - IMPUGNAÇÃO RECURSAL QUE NÃO GUARDA PERTINÊNCIA COM OS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - OCORRÊNCIA DE DIVÓRCIO IDEOLÓGICO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. - A ocorrência de divergência temática entre as razões em que se apóia a petição recursal, de um lado, e os fundamentos que dão suporte à matéria efetivamente versada na decisão recorrida, de outro, configura hipótese de divórcio ideológico, que, por comprometer a exata compreensão do pleito deduzido pela parte recorrente, inviabiliza, ante a ausência de pertinente impugnação, o acolhimento do recurso interposto. Precedentes.(AI-AgR 440079, CELSO DE MELLO, STF)

Porém, quanto a tese da falta de aplicação do artigo 22, II, da Lei 8.212/91 pelo estabelecimento do critério de atividade preponderante e graus de risco pelo decreto

regulamentador o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ manifestaram-se pela validade da exação, observe-se os excertos.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SAT. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A decisão agravada fundou-se em precedente do Plenário que resolveu a controvérsia referente à cobrança da contribuição para o custeio do SAT (RE 343.446). Nesse julgamento, afastou-se a alegação de ofensa ao princípio da legalidade, bem como se ressaltou que eventual conflito entre a lei instituidora da contribuição ao SAT e os decretos que a regulamentaram é questão de índole ordinária, insuscetível de apreciação em sede de apelo extremo. 2. Agravo regimental improvido. (RE-AgR 473793, ELLEN GRACIE, STF)

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT. II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais. III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I. IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional. V. - Recurso extraordinário não conhecido. (RE 343446, CARLOS VELLOSO, STF)

“Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT: Lei 7.787/1989, art. 3º, II; Lei 8.212/1991, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, CF, art. 154, I. Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.” (RE 343.446, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-3-2003, Plenário, DJ de 4-4-2003.) No mesmo sentido: AI 736.299-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-2-2011, Segunda Turma, DJE de 11-3-2011; AI 809.496-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; AI 625.653-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2010, Segunda Turma, DJE de

1º-2-2011; **AI 744.295-AgR**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-10-2009, Primeira Turma, DJE de 27-11-2009; **RE 567.544-AgR**, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28-10-2008, Primeira Turma, DJE de 27-2-2009; **AI 592.269-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 8-8-2006, Segunda Turma, DJ de 8-9-2006.

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONVERTIDOS EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE 0,2% SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS DESTINADA AO INCRA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 149 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Pet 4 .837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.20 11). 2. A controvérsia referente à constitucionalidade da exigência de contribuição social de 0,2% sobre a folha de salários das empresas urbanas destinada ao INCRA teve a sua repercussão geral rejeitada pelo Plenário desta Corte Suprema, uma vez que a matéria está restrita ao interesse das empresas urbanas eventualmente contribuintes desta exação, não alcançando, portanto, a sociedade como um todo (RE 578.635-AgR, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 17.10.08). Precedentes: RE 63 4.074-ED, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26.05.2011; RE 598.180-Ag R, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.02.2011; AI 700.833-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 03.04.2009. 3. In casu, o acórdão originalmente recorrido assentou: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA, PARA O SEBRAE E PARA O SAT. MULTA. TAXA SELIC. MULTA MORATÓRIA. 1. A contribuição para o INCRA não foi extinta pelas LL 7.789/1989 e 8.212/1991, ambas reguladora do custeio previdenciário. 2. As contribuições ao SEBRAE devem ser suportadas por toda coletividade independentemente de qualquer identidade com o fomento a que objetiva a instituição beneficiada com o tributo. 3. A jurisprudência do STF reconhece a constitucionalidade da Contribuição Social do Seguro de Acidente do Trabalho – SAT. 4. Multa aplicada nos termos do art. 35 da L 8.212/1991, com a observância do disposto na letra “c” do inc. II do art. 106 do CTN, que admite retroatividade da lei tributária quando comine ao fato pretérito penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. 5. A Taxa Selic não padece de mácula de ilegalidade ou inconstitucionalidade” 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-ED 849045, LUIZ FUX, STF)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SÚMULA 126/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. SAT. PARÂMETROS ESTABELECIDOS POR DECRETO. LEGALIDADE. SÚMULA 83/STJ. 1. Afasta-se a aplicação da Súmula 126/STJ, no caso, ante a ausência de intimação da recorrente da decisão que não admitiu o recurso extraordinário. 2. Pacífico o entendimento em relação à legalidade da cobrança da contribuição ao SAT, no sentido de que o decreto que estabeleça o que venha a ser atividade preponderante da empresa e seus correspondentes graus de risco - leve, médio ou grave - não exorbita de seu poder regulamentar. Incidência da Súmula 83/STJ. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos. (EARESP 201001073930, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:14/02/2011.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO SEBRAE E AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. ARGUMENTAÇÃO DE CUNHO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SAT - LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DOS GRAUS DE RISCO ATRAVÉS DE DECRETO. PRECEDENTES. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. Contribuições relativas ao SEBRAE e ao Salário-Educação fundamentadas em argumentações constitucionais. Impossibilidade de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção desta Corte, em 22.10.2008, apreciando o REsp 977.058/RS em razão do art. 543-C do CPC, introduzido pela Lei n. 11.672/08 - Lei dos Recursos Repetitivos-, à unanimidade, ratificou o entendimento já adotado por esta Corte no sentido de que a contribuição destinada ao INCRA não foi extinta pela Lei nº 7.787/89, nem pela Lei nº 8.212/91. Isso porque a referida contribuição possui natureza de CIDE - contribuição de intervenção no domínio econômico - destinando-se ao custeio dos projetos de reforma agrária e suas atividades complementares, razão pela qual a legislação referente às contribuições para a Seguridade Social não alteraram a parcela destinada ao INCRA. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte, que reconhece a legitimidade de se estabelecer por decreto o grau de risco (leve, médio ou grave) para determinação da contribuição para o SAT, partindo-se da "atividade preponderante" da empresa. 4. Legalidade da aplicação da taxa Selic pela sistemática do art. 543-C, do CPC, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 200900679587, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/09/2010.)

Assim sendo, o SAT/RAT/GILRAT é exação regular e legalmente estabelecida sendo válida e devida.

No que tange a multa de mora de setenta e cinco por cento necessário se faz esclarecer que esta só foi aplicada nas competências e estabelecimentos a seguir indicados.

Estabelecimento	Levantamento	Competência	Percentual	Observação
00.808.967/0001-02	FP1	08/2008	75%	ANTES MP 449
00.808.967/0001-02	FP1	09/2008	75%	ANTES MP 449
00.808.967/0001-02	FP2	12/2008	75%	APÓS MP 449
00.808.967/0001-02	FP2	13/2008	75%	APÓS MP 449
Xxx	xxx	xxx	xxx	
00.808.967/0002-85	FP1	02/2008	75%	ANTES MP 449
00.808.967/0002-85	FP2	12/2008	75%	APÓS MP 449
00.808.967/0002-85	FP2	13/2008	75%	APÓS MP 449

A multa de mora aplicada no patamar de vinte e quatro por cento respeitando, o que contido no artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação dada pelas Lei 9.528/97 e 9.876/99 está de acordo com a legislação da época, atendendo a determinação do artigo 144, da Lei 5.172/66.

Entretanto para as competências da tabela acima identificadas com a observação ANTES DA MP 449, estas devem ter a multa alterada conforme a seguir esclarecido.

No tocante a multa de ofício de setenta e cinco por cento aplicada nas competências indicadas, esta não é adequada, uma vez que está foi introduzida pela MP 449/2008 e assim não pode ser aplicada para competências anteriores, ainda, que o lançamento se dê depois da edição da citada MP, em razão do artigo 144, da Lei 5.172/66.

O presente crédito foi constituído, em 28/03/2012, nesta ocasião já estava em vigor a Lei 11.941/2009, oriunda da conversão da MP 449/2008, ou seja, vigorava a multa de ofício de 75%, artigo 35 - A, da Lei 8.212/91, introduzido pelo diploma legal, anteriormente, citado.

Porém, o presente crédito encerra contribuições do período de 02/2008 a 13/2008, Discriminativo de Débito - DD, de fls. 06 e 07.

Desta forma, para as competência anteriores a 12/2008, nos termos do artigo 144, *caput*, da Lei 5.172/66 a regra a ser aplicada e a do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, ou seja, a multa sobre a contribuição exigida variaria de 24% a 100% a depender da fase do processo administrativo.

Este deve ser o patamar de multa a ser aplicado, no período suscitado, salvo se a multa chegar a 80%, na fase de execução fiscal, ainda, que não citado o devedor, desde que não houvesse parcelamento, uma vez que nesta situação a multa do artigo 35 – A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, passa a ser mais benéfica, hipótese que esta deve ser aplicada, nos termos do artigo 106, II, “c”, da Lei 5.172/66, tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução.

No que tange a competência 12/2008 e 13/2008, a multa aplicado esta correto, pois é a do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, uma vez que já se encontrava em vigor o novo patamar, isto é, setenta e cinco por cento.

A multa do artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009 não tem aplicação ao presente caso, uma vez que o lançamento das contribuições constantes destes autos se deu de ofício, isto é, foram realizadas pelo fisco, o que atrai a aplicação do artigo 35-A, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, para 12/2008, em diante e o artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação das Lei 9.528/95 e 9.876/99.

No entanto, no que se refere à multa punitiva, a MP 449/2008 convertida na Lei 11.941/2009 determinou uma nova sistemática de cálculo da multa, ou seja, o novel instrumento jurídico, além de aglutinar as infrações mudou substancialmente a penalidade imposta, não podendo a meu ver ser aplicado ao entendimento exarado no Acórdão *a quo*.

Assim, não se há que falar, *mutatis mutandis* em *abolitio criminis*. Mas sim em criação de novo preceito secundário da norma, isto é, criação de nova pena.

O artigo 106, II, “c”, do CTN determina a aplicação retroativa de lei que comine penalidade menos severa, o que parece ser o caso, pois na redação anterior do artigo 32, parágrafos 4º, 5º, e 6º, da Lei 8.212/91 tínhamos as seguintes situações/autuações e as multa/penas.

- parágrafo 4º - NÃO APRESENTAÇÃO DE GFIP - Multa variável equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no caput do art. 283 do RPS, em função do número de segurados da empresa, acrescido de 5% por mês calendário ou fração de atraso, a partir do mês seguinte àquele em que o documento deveria ser entregue.
- parágrafo 5º APRESENTAÇÃO COM OMISSÃO EM FATOS GERADORES - 100% do valor devido relativo à contribuição não declarada, respeitado o limite, do parágrafo 4º.
- parágrafo 6º - ERRO DE PREENCHIMENTO – INEXATAS – OMISSAS – INCOMPLETAS - 5% do valor mínimo previsto no caput do art. 283 do RPS por campo omissos, incompleto ou incorreto, respeitado o limite máximo por competência.

O novo texto legal, artigo 32-A, da Lei 8.212/91, introduzido pela Lei 11.941/2009 trouxe novas multas que aparentam ser bem mais brandas, embora estabeleça valores mínimos para estas novas multas.

- NÃO APRESENTAÇÃO OU APRESENTAÇÃO FORA DE PRAZO – 2% ao mês ou fração do montante das contribuições informadas até 20%.
- APRESENTAÇÃO COM INCORREÇÕES OU OMISSÕES – R\$ 20,00 por cada grupo de 10 informações incorretas ou omitidas

No presente auto temos que comparar a situação dois, o artigo 32, § 5º, da Lei 8.212/91 com a situação dois do novo artigo 32-A, acrescentando pela lei 11.941/2009, a fim de estabelecermos a correspondência entre a infração antiga e a infração nova. Após apurada tal correspondência e que podemos e devemos verificar o patamar das multas a serem consideradas, apurando-se, assim, a mais benéfica entre a velha e a nova multa.

A metodologia estabelecida pelo artigo 3º, da Portaria Conjunta PGFN/RFB Nº 14/2009, não é consentânea com o que determina a lei em sua nova redação, pois determina para a apuração da multa benéfica a soma da multa moratória do antigo artigo 35, da Lei 8.212/91 aplicado na notificação fiscal (obrigação principal) a multa punitiva do antigo artigo 32 parágrafos 4º e 5º, da Lei 8.212/91 para após compará-los com o novo artigo 35-A, da Lei 8.212/91, ou seja, multa de ofício.

Assim esta sistemática manda juntar multas distintas e comparar com multa que não existia na época da lavratura deste auto de infração, o que não pode ser aceito, devendo ser afastada a aplicação da citada PT 14/2009, pois compara multas distintas e aplica retroativamente multa nova, o que não se coaduna com nosso ordenamento jurídico.

Desta forma, determino a aplicação da nova multa prevista no artigo 32-A, inciso I, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, caso mais benéfica ao contribuinte.

A utilização da taxa SELIC é absolutamente admitida e normal na esfera tributária. O artigo 34, da Lei 8.212/91, assim o determinava, bem como é admitida pela Súmula 4 do CARF e pelos nossos tribunais superiores – STJ e STF.

Aliás, o próprio CARF tem Súmula sobre o assunto.

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.*

O STJ assim se posiciona, sendo inclusive compatível com o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66 para este tribunal superior.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula

7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. **A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o crédito tributário a partir de 1º.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN.** 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010) (grifo meu).

A SELIC em recente julgamento do STF no sistema da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, foi considerada cabível e compatível com a seara tributária, conforme sua página de notícias, assim pensa, também, o STJ, observe-se os textos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) ratificou, ontem, quarta-feira (18), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguary Engenharia, Mineração e Comércio Ltda. contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que entendeu que a inclusão do valor do ICMS na própria base de cálculo do tributo – também denominado “cálculo por dentro” – não configura dupla tributação nem afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

No caso específico, a empresa contestava a aplicação, pelo governo de São Paulo, do disposto no artigo 33 da Lei paulista nº 6.374/89, segundo o qual o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

Súmula Em 23 de setembro de 2009, o Plenário do STF reconheceu **repercussão geral** à matéria suscitada no RE. Após a

decisão do RE, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, propôs que fosse editada uma súmula vinculante para orientar as demais cortes nas futuras decisões de matéria análoga. Assim, uma comissão da Corte vai elaborar o texto da súmula para ser posteriormente submetido ao Plenário.

O caso A decisão da Justiça paulista afastou a alegação da empresa de que o artigo 13, parágrafo 1º, da Lei Complementar (LC) nº 87/96 (que prevê a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo), bem como o artigo 33 da lei paulista nº 6.374/89, no mesmo sentido, conflitariam com a Constituição Federal (CF) no que diz caber a lei complementar definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

Considerou legítima, ainda, a aplicação da taxa Selic e da multa de 20% sobre o valor do imposto corrigido. (grifos meus).

Esta casa de justiça vem assim decidindo.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ESCLARECIMENTOS. Em se tratando de situação concreta a reclamar esclarecimentos, impõe-se prover os declaratórios sem o empréstimo de eficácia modificativa. TAXA SELIC – DÉBITO TRIBUTÁRIO. O Tribunal, na sessão plenária de 18 de maio de 2011, apreciando o Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, assentou a legalidade da aplicação da taxa Selic para fins tributários. (AI 760894 AgR-ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RET v. 15, n. 85, 2012, p. 139-141) (realce meu)

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente, salvo quanto a aplicação da retroatividade benigna da multa moratória do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação velha, relativamente as competências 08/2008 e 09/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0001-02 e para a competência 02/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0002-85.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para determinar:

I - a aplicação da multa moratória do artigo 35, da Lei 8.212/91 na redação velha, relativamente as competências 08/2008 e 09/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0001-02 e para a competência 02/2008, levantamento FP1, para o estabelecimento CNPJ 00.808.967/0002-85, limitando essa ao patamar de setenta e cinco por cento do artigo 35-A, da Lei 8.212/91 na redação da Lei 11.941/2009, caso atingido esse patamar tudo a depender da época do pagamento, parcelamento ou execução;

II - aplicação da nova multa prevista no artigo 32-A, inciso I, da Lei 8.212/91, na redação da Lei 11.941/2009, caso mais benéfica ao contribuinte a ser verificado à época do pagamento, parcelamento ou execução, em relação ao DEBCAD 37.223.583-2.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.