



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

Processo n° 10120.003213/2008-46
Recurso n° 000000 Voluntário
Acórdão n° 2402-002.115 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de setembro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente COMERCIAL DE ALIMENTOS ITATICO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DESCUMPRIMENTO – INFRAÇÃO

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

NULIDADE – INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araújo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, no art. 32, inciso IV e § 5º, acrescentados pela Lei nº 9.528/1997 c/c o art. 225, inciso IV e § 4º do Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls. 6), a empresa deixou de registrar na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social - GFIP, o pagamento do décimo terceiro salário referentes aos anos de 2004, 2005 e 2006.

A autuada teve ciência do lançamento em 24/03/2008 e apresentou defesa (fls. 24/36) onde alega que autoridade competente aplicou multa por descumprimento de obrigações acessórias, sem entretanto, conceder qualquer prazo para a contribuinte proceder a regularização.

Argumenta que o Auto de Infração não cumpre as exigências obrigatórias previstas na Instrução Normativa/INSS nº 70/2002 e alterações posteriores, mais precisamente, no artigo 301, do referido diploma, relativos a hora da lavratura e intimação para cumprir a exigência no prazo de defesa, configurando ato arbitrário que deve ser revisto pela Impugnada.

Considera que existem inúmeras situações de nulidade do auto de infração, por exemplo, os defeitos da intimação do contribuinte, ou nos casos de procedimentos feitos por servidor incompetente em razão da espécie tributária, observando-se que se tratar de servidor competente, mas de domicílio tributário diverso do sujeito passivo, é caso em que há prorrogação de competência da autoridade e prevenção de jurisdição.

Também entende que se configura em nulidade a falta no auto de infração da determinação da matéria tributável ou o fundamento legal, restando o auto nulo de pleno direito, pois destitui o contribuinte da possibilidade de adequada defesa, inadmissível na ação fiscal porquanto representa violação constitucional.

No mérito, alega que inexistente infração, razão pela qual improcede totalmente a pretensão do Fisco Federal, em especial no que se refere à cobrança de multa de caráter punitivo. Isto porque, se o contribuinte em tela, não praticou ato ilícito, não se pode falar em punição.

Requer a redução da multa aplicada que considera confiscatória.

Pelo Acórdão nº 03-29.411 (fls. 59/73), a 5ª Turma da DRJ/Brasília (DF) considerou a autuação procedente em parte para adequar a multa aplicada à nova legislação trazida pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009.

Nesse sentido, verificou-se que a legislação posterior, no caso, o art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, acrescentado pela MP citada seria mais benéfico ao sujeito passivo, razão pela qual a multa foi recalculada com base neste dispositivo.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 80/87), onde alega que o crédito estaria com a exigibilidade suspensa e que estaria extinta a exigência de arrolamento de bens para a admissibilidade do recurso.

Tece considerações a respeito da função do Conselho de Recursos e alega que o lançamento efetuado pela autoridade administrativa não atendeu os requisitos mínimos para sua constituição. Além disso, questiona a aplicação da multa que considera confiscatória, bem como a Taxa Selic.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente foi autuada por deixou de registrar na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social - GFIP, o pagamento do décimo terceiro salário referentes aos anos de 2004, 2005 e 2006.

Com tal conduta a recorrente descumpriu o que determina o art. 32, inciso IV e § 5º da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época do lançamento:

Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS (...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente a multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior.

A recorrente alega a nulidade do lançamento, uma vez que a auditoria fiscal não observou os requisitos mínimos para sua constituição.

Da análise das peças que compõem os autos, verifica-se que a recorrente se equivoca ao fazer tal afirmação.

A presente autuação obedeceu todos os ditames legais para sua constituição.

Na folha de rosto do Auto de Infração, é informado à recorrente qual dispositivo legal não foi observado pela recorrente, bem como qual o fundamento legal para a aplicação da multa.

O Relatório Fiscal da Infração descreve com precisão qual conduta da recorrente levou à convicção de que esta teria descumprido obrigação acessória prevista em lei.

O sujeito passivo foi devidamente identificado, bem como lhe foram concedidos os prazos legais para manifestação em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, a auditoria fiscal efetuou o lançamento observando todos requisitos para sua validade. Sendo assim, a alegação da recorrente carece de fundamento e não é razão para desconstituição do lançamento.

No mérito a recorrente questiona a multa aplicada que considera confiscatória, como também manifesta inconformismo relativamente à taxa de juros SELIC.

Quanto à alegada aplicação da taxa de juros SELIC, vale dizer que mais uma vez a recorrente incorre em equívoco. O lançamento em questão refere-se à aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, situação em que não se aplica a taxa de juros SELIC.

No que se refere à alegação de que a multa aplicada teria caráter confiscatório é necessário esclarecer que a multa aplicada estava definida em legislação vigente à época do lançamento.

Além disso, com a alteração no cálculo da multa trazida pela Lei nº 11.941/2009, a primeira instância observou o princípio da retroatividade benigna da lei para recalcular a multa aplicada ao contribuinte, a qual restou reduzida em face da nova legislação ser-lhe mais favorável.

No entanto, se a recorrente entende que a lei determinou a aplicação de multa com caráter confiscatório ofendendo princípios constitucionais deve apresentar seu inconformismo perante o Poder Judiciário que detém a competência para apreciar a argüição a respeito da constitucionalidade das leis.

Assevere-se que não cabe à instância administrativa de julgamento manifestar-se ou afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que este seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se

assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

Assim sendo entendo que a autuação deve prevalecer.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso para NEGAR-LHE
PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira