



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

Processo nº 10580.728702/2009-78
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.545 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - GFIP FATOS GERADORES
Recorrente CONGREGAÇÃO DAS RELIGIOSAS DO SS SACRAMENTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

**MATÉRIA *SUB JUDICE* - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
- RENÚNCIA - LANÇAMENTO - POSSIBILIDADE**

1. Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

2. A submissão de matéria à apreciação do Poder Judiciário suspende a exigibilidade do crédito, porém, não impede a sua constituição

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.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR - MULTA MAIS FAVORÁVEL - APLICAÇÃO

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

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 para adequação da multa ao artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, caso mais benéfica.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Thiago Taborda Simões. Ausente, justificadamente, o Conselheiro 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, a entidade perdeu a isenção usufruída por meio do Ato Cancelatório nº 003/2007, a partir de 01/01/2001, por descumprimento ao inciso II, do art. 55 da Lei nº 8.212/1991.

No entanto, continuou informando em GFIP apenas as contribuições dos segurados, deixando de fora as contribuições patronais devidas. No caso, a entidade informou o código FPAS exclusivo para as entidades isentas quando não mais se encontrava nessa situação.

Com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, que alterou as multas aplicadas tanto no caso de descumprimento de obrigações acessórias como principais, a auditoria fiscal, sob o argumento de apurar a situação mais benéfica ao sujeito passivo com base no disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, efetuou o cálculo da multa pela legislação anterior e pela legislação superveniente, a fim de verificar a melhor situação para o contribuinte.

Para tanto, efetuou a soma da multa pelo descumprimento da obrigação acessória de declarar os fatos geradores em GFIP, prevista no art. 32, inciso IV e §§ 3º e 5º, Lei nº 8.212/1991, com a multa de mora do art. 35 da Lei nº 8.212/91 e comparou o resultado com a multa de ofício prevista na Lei nº 9.430/1996, art. 44, inciso I, que passou a ser aplicada por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, incluído pelo art. 26 da Lei nº 11.941/2009.

A multa aplicada foi calculada de acordo com a legislação anterior que, pela sistemática adotada pela auditoria fiscal, se revelou mais benéfica.

A autuada teve ciência do lançamento em 18/12/2009 e apresentou defesa onde informa sua natureza e finalidades.

Alega que organizou-se como entidade de caráter educacional e de assistência social e atua como colaboradora na missão do Estado.

Explica a origem e como são aplicados seus recursos e afirma que os membros de sua diretoria e do Conselho para Assuntos Econômicos e Fiscais não são remunerados.

Argumenta que eventual superávit constatado em seus registros contábeis foi aplicado em seus objetivos institucionais e que promoveu gratuidade na prestação de serviços educacionais.

Alega que mantém sua escrituração contábil devidamente formalizada e que tipifica-se a todas as normas constitucionais e legais que lhe asseguram o reconhecimento à imunidade das contribuições sociais previdenciárias e manutenção do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS.

Informa que impetrou Mandado de Segurança nº 1999.3300007004-6 e lhe foi concedida a segurança, em parte, para que fosse mantida a exigência do cumprimento do disposto no art. 55 da Lei nº 8.212/1991, consoante a regência do art. 14 do Código Tributário Nacional, sem as alterações da Lei nº 9.732/1998, para a manutenção da imunidade quanto ao pagamento da cota patronal da Previdência Social.

Segundo a autuada, o INSS apelou de tal decisão e o Tribunal Regional Federal negou provimento à apelação, tendo a decisão transitada em julgado.

Argumenta que não perdeu definitivamente o CEBAS, uma vez que não houve decisão definitiva na Justiça para o período de 2000 a 2002 em face de Ação Declaratória junto à Justiça Federal.

Entende que possui direito adquirido à imunidade e solicita que seja restabelecida a isenção, desconstituído o lançamento e observada a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

Pelo Acórdão nº 15-27.930, a 6ª Turma da DRJ/Salvador considerou a autuação procedente, porém, retificou a multa para excluir os valores relativos às competências 13/2005 e 13/2006.

Tal exclusão se deu em razão de a entidade ter entregue as GFIPs após a edição da Medida Provisória nº 449/2008, precisamente em 22/05/2009.

Assim, a multa aplicada nestas competências deveria obedecer à legislação vigente, no caso, o inciso I, do art. 32-A da Lei nº 8.212/1991.

Como a aplicação da multa fundamentou-se na legislação anterior, a primeira instância considerou a existência de vício insanável, razão pela qual os valores de multa relativos àquelas competências foram excluídos da autuação.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo, onde efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente teve a isenção cancelada, pela emissão do Ato Cancelatório Ato Cancelatório nº 003/2007, a partir de 01/01/2001, por descumprimento ao inciso II, do art. 55 da Lei nº 8.212/1991, ou seja, não possuir o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS..

Em seu recurso, a recorrente centra sua argumentação na tentativa de demonstrar que cumpre os requisitos necessários ao gozo da isenção.

Ocorre que tal questão está submetida à apreciação do Poder Judiciário nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.33.00.00.7004-6.

A matéria em questão encontra-se *sub judice* e relativamente à tal fato tem-se o seguinte:

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.”

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (*trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública*):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

"Art.126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

No entanto, a existência de discussão judicial com o objeto de afastar a cobrança de determinada contribuição não impede a Fazenda Pública de efetuar o lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

Nesta instância administrativa, tal questão já se encontra definida na Súmula nº 01 do CARF, publicada no DOU de 07/12/2010

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo

administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

No caso, a recorrente pretende que o Poder Judiciário confirme sua condição de entidade isenta, situação em que o lançamento da contribuição patronal não poderia prevalecer.

Portanto, como se trata de matéria sub judice, não cabe sua apreciação no âmbito administrativo.

A recorrente menciona a Súmula Vinculante nº 08, do STF que declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, prevalecendo, portanto, para o compute da decadência, as disposições do CTN.

Ocorre que, mesmo pela aplicação do art. 150 § 4º do CTN, não haveria que se falar em decadência, uma vez que o período do lançamento compreende as competências de 01/2005 a 12/2006 e este ocorreu em 18/12/2009.

A recorrente afirma ser portadora do CEBAS, no entanto, para o período de 2000 a 2002, não era detentora do citado certificado, o que levou ao cancelamento da isenção.

Segundo informação da recorrente, ainda não teria havido decisão definitiva na Justiça para o período de 2000 a 2002 em face de Ação Declaratória junto à Justiça Federal, o que leva a inferir que também a questão de ser detentora do CEBAS está *sub judice*.

A recorrente afirma que tem direito adquirido ao gozo da isenção da quota patronal de previdência social, reconhecida pela própria Lei nº 8.212/91. Sobre tal questão, é conveniente efetuar breve histórico da situação que ensejou o direito adquirido mencionado no § 1º do art. 55 da Lei nº 8.212/91;

A concessão de isenção de contribuições previdenciárias teve início com a Lei nº 3.577, de 04/07/1959 e abrangia as entidades de fins filantrópicos, reconhecidas como de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias não percebessem remuneração;

Posteriormente, com a edição do Decreto-Lei nº 1.572 de 01/09/1977 que revogou a Lei nº 3.577/1959, ficou resguardado o direito à isenção das entidades que tinham sido reconhecidas como de utilidade pública pelo Governo Federal até a data de publicação do citado Decreto-Lei e que fossem portadoras do certificado de entidade de fins filantrópicos com validade por prazo indeterminado;

Ressalte-se que as entidades filantrópicas criadas após a publicação do Decreto-Lei nº 1.572 de 01/09/1977 não puderam fazer jus à isenção por falta de amparo legal;

Em 1988, a Constituição Federal veio disciplinar sobre a isenção de contribuições previdenciárias em seu art. 195, § 7º, dispondo que serão isentas de tais contribuições as entidades beneficentes de assistência social que atendam às condições estabelecidas em lei;

A lei que estabeleceu as condições para que uma entidade fosse isenta das contribuições previdenciárias foi a Lei nº 8.212/91 que dispôs em seu art. 55 os requisitos para o benefício;

Portanto, a entidade que, em 1º de setembro de 1977, data da vigência do Decreto-Lei nº 1.572, detinha Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, era reconhecida como de Utilidade Pública Federal, encontrava-se em gozo de isenção e cujos diretores não percebiam remuneração, nos termos da Lei nº 3.577, de 04 de julho de 1959, teve garantido o direito à isenção até 31/10/1991, independente de qualquer outro requisito. A partir daí, para a manutenção da isenção passou a ser obrigada a observar os requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212/91.

Nesse sentido, está equivocada a recorrente quando entende que poderia gozar de isenção indefinidamente independente do cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei.

No que tange à multa aplicada, observa-se que a Lei nº 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art.32-A.O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

No caso em tela, trata-se de infração que agora se enquadra no art. 32-A, inciso I.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106. inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, qual a situação mais benéfica ao contribuinte.

Vale salientar que considero equivocada a sistemática de cálculo da multa adotada pela auditoria fiscal, ao comparar multas de naturezas diversas, de mora somada à multa por descumprimento de obrigação acessória com a multa de ofício.

A meu ver, o princípio da retroatividade benigna aplica-se no caso de multas por infração. Já quanto à multa de mora, aplica-se o art. 144 do CTN, segundo o qual, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que a multa seja calculada de acordo com o art. 32-A da Lei nº 8.212/1991 e comparada ao cálculo anterior, para que seja aplicado o valor mais benéfico ao sujeito passivo.

É como voto.

Ana Maria Bandeira