



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

Processo n° 10865.003012/2010-50
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-001.753 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES
Recorrente FORUSI METAIS SANITÁRIOS LTDA EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/08/2005 a 30/11/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUSPENSÃO DO DIREITO DE LANÇAMENTO DO FISCO. INOCORRÊNCIA

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão acerca da exclusão do SIMPLES não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos.

RETROATIVIDADE BENIGNA. GFIP. LEI Nº 11.941/09. REDUÇÃO DA MULTA.

A multa referente à declaração em GFIP foi alterada pela lei nº 11.941/09 o que, em tese, beneficia o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A a Lei nº 8.212/91. Conforme previsto no art. 106 do CTN, deve-se aplicar a norma mais benigna ao contribuinte.

CONFISCO.

Não caracteriza confisco a multa aplicada nos termos da lei.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

A inconstitucionalidade de lei e de violação a princípios constitucionais são demandas cuja competência de julgamento é do Poder Judiciário. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10865.003012/2010-50
Acórdão n.º **2803-001.753**

S2-TE03
Fl. 260

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para retificar o valor da multa de ofício em razão da apresentação de GFIP com incorreções ou omissões, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Natanael Vieira dos Santos, Gustavo Vettorato, Andre Luis Marsico Lombardi e Paulo Roberto Lara dos Santos.

Relatório

DO LANÇAMENTO

O presente Auto de Infração de Obrigações Acessórias - AIOA nº 37.248.785-8/2010 foi lavrado em razão do contribuinte acima mencionado ter apresentado GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, competências 08/2005 a 11/2008, com dados não correspondentes a todos fatos geradores de contribuições previdenciárias, o que constitui infração às disposições contidas no art. 32, inc. IV, da Lei nº 8.212, de 24.07.91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

A penalidade estava prevista no art. 32, parágrafo 5º, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97 e art. 284. inc. II, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, na redação do Decreto nº 4.729/03, e atualizada pela Portaria Interministerial MPS/MF nº 333, de 29/06/2010 (DOU de 30.06.2010).

No entanto, em observância ao artigo 106, inc. II, "c", do CTN, que trata da retroatividade benigna de multa, comparou-se à multa imposta pela legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e a superveniente - Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, que alterou as penalidades aplicáveis tanto para o descumprimento de obrigações acessórias quanto de obrigações principais, no que decorreu para o período de 08/2005, 09/2006 a 10/2006, 12/2007 e 01/2008 a 11/2008, na aplicação da legislação vigente à época, pois se mostrou mais benéfica ao contribuinte. Já para as competências 01/2005 a 07/2005, 09/2005 a 08/2006, 11/2006 a 11/2007 e 13/2007, aplicou-se à multa prevista na novel legislação, razão pela qual não foram incluídas no presente AIOA, em consonância com o Anexo I, parte integrante do Relatório Fiscal, resultando a multa com fundamento na legislação vigente à época - art. 32, parágrafo 5º, da Lei nº 8.212/91.

Foi formalizado RFPF - Representação Fiscal para Fins Penais, em razão de constatação de fatos que, *em tese*, configuram o crime "Contra a Ordem Tributária", definido no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, referentes aos valores apurados no presente auto (AIOA) e no auto AIOP nº 37.248.782-3, com comunicação às autoridades competentes, para as providências cabíveis.

Não foram verificadas circunstâncias agravantes.

DA CIÊNCIA

O contribuinte foi cientificado do lançamento fiscal em 28/10/2010, fl. 18. Inconformado apresentou impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa julgou a impugnação improcedente e manteve a infração aplicada.

DO RECURSO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 06/07/2011, apresentando recurso voluntário em 05/08/2011, em síntese requer:

- apresentou recurso contra ato da Receita Federal que lhe excluiu do Simples, ainda não julgado;

- o auditor fiscal considerou que a recorrente está definitivamente excluída do simples, quando há recurso administrativo pendente de apreciação, assim deve haver a suspensão do processo administrativo. Eventuais créditos tributários constituídos com base em Auto de Infração originado de exclusão do SIMPLES devem permanecer suspenso, nos termos do artigo 151, III do CTN, bem como, o processo administrativo ora em discussão;

- a multa lavrada não se sustenta, haja vista que, todas as GFIPs apresentadas contêm exatamente os dados constantes nas Folhas de Pagamentos, conforme cópias por amostragem dos documentos anexos (doc. 02 da Impugnação). De forma que não poderia ser declarado o valor das contribuições previdenciárias apuradas de acordo com o regime geral, sendo que a Recorrente apura suas contribuições previdenciárias no regime simplificado do SIMPLES, ficando muito abaixo do que está consignado como contribuição não declarada no relatório fiscal (doc. 03);

- a ilegalidade dos efeitos retroativos na apuração do suposto crédito tributário. Apuração dos tributos desde 01 de agosto de 2004 quando o correto seria após a data do referido Ato Declaratório de Exclusão expedido em 23 de novembro de 2009;

- a multa é confiscatória;

- requer a intimação da decisão seja encaminhada aos procuradores da empresa e a anulação do auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator.

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

O Auto de Infração foi lavrado em razão do contribuinte ter apresentado GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, competências 08/2005 a 11/2008, com dados não correspondentes a todos fatos geradores de contribuições previdenciárias, o que constitui infração às disposições contidas no art. 32, inc. IV, da Lei nº 8.212, de 24.07.91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97. Isso se deu em razão de sua exclusão do sistema Simples. Os processos são distintos devendo os argumentos serem apreciados em separado e nos respectivos processos. Não há necessidade de suspensão dos autos para aguardar a conclusão do processo de exclusão do Simples.

As cópias dos documentos acostadas aos autos já foram examinados pela decisão de primeira instância administrativa que manteve o lançamento fiscal.

A exclusão do contribuinte do Simples se deu com efeitos a partir de 01/08/2004, conforme Ato Declaratório Executivo de Limeira - ADE nº 024 de 2009, publicado no DOU de 26/11/2009, exarado no processo nº 10865.003623/2009-64, mencionado na decisão recorrida. A contestação do contribuinte não foi suficiente para reverter sua exclusão do Simples, conforme destacado parcialmente na decisão recorrida:

Acórdão nº33.583, de 06 de maio de 2011:

"A contribuinte acima identificada foi excluída do Simples por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/LIM n.º 024, de 26 de novembro de 2009, com efeito a partir de agosto de 2004, tendo por situação excludente a existência de sócio ou titular participante de outra empresa com mais de 10% e o fato de a receita bruta global acumulada até 31/07/2004 (data da ocorrência) ter ultrapassado o limite legal de R\$ 1.200.000,00 então permitido para permanência na sistemática do Simples Federal. A exclusão foi fundamentada, entre outros dispositivos, nos artigos 9º, IX, 12, 13, II, "a", 14, I, e 15, II, da Lei nº9.317, de 05/12/1996.

...

*No que tange à legalidade da exclusão, cumpre assinalar que o Ato em questão foi baseado na inobservância da vedação estabelecida no inciso IX do art. 9º da Lei nº9.317, de 5 de dezembro de 1996, que remete aos limites do artigo 2º da mesma Lei, **in verbis** (redação vigente época da ocorrência do motivo da exclusão):*

(...)

Desse modo, no momento, não compete ao CARF avaliar eventual manifestação de inconformidade do sujeito passivo quanto sua exclusão do Simples.

Sob pena de responsabilidade funcional, o Auditor Fiscal da Receita Federal tem a obrigação de efetivar o devido lançamento quando presentes as condições legais para tanto. A discussão, em outro processo, acerca da exclusão do SIMPLES, não tem efeito suspensivo, não impedindo o fisco de lançar o que devido, inclusive evitando a decadência de eventuais créditos, senão vejamos jurisprudência deste Colegiado (CARF).

LANÇAMENTO DE OFÍCIO — ARGÜIÇÃO DE NULIDADE — DECISÃO DE EXCLUSÃO DO SIMPLES — CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA — DESNECESSIDADE — É desnecessário que o Fisco percorra todas as instâncias administrativas com o processo de exclusão do SIMPLES para só então, com a decisão final desfavorável ao contribuinte, proceder ao lançamento de ofício. A tramitação conjunta dos processos de exclusão do SIMPLES e do auto de infração evita a ocorrência da decadência tributária. Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente a autuação lavrada. (...).Processo n.º : 10166.016255/2002-25. Acórdão n.º :108-08.231 de 16.03.2005

Não cabe a esta Turma, neste processo, se manifestar acerca das razões da exclusão do SIMPLES – o que já esta sendo feito em processo próprio – cabendo-lhe somente decidir acerca da procedência ou não dos autos lavrados nesta ação fiscal.

Assim sendo, considerados os fatos geradores em período não alcançado pela regular opção ao SIMPLES, procedente o lançamento fiscal.

Destarte, o Ato Declaratório Executivo de Limeira - ADE nº 024 de 2009, publicado no DOU de 26/11/2009, devidamente fundamentado, não foi revogado, permanecendo vigente e legal. Estando o contribuinte excluído do Simples, são devidas as contribuições previdenciárias e de terceiros, bem como, as infrações por descumprimento de obrigação acessória (apresentação de GFIP com dados não correspondentes a todos fatos geradores de contribuições sociais).

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto de infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar a fiscalização na verificação do cumprimento da obrigação principal.

Decorre do art. 151, inciso III, do CTN, a suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário, impossibilitando o fisco de inscrever em dívida ativa. Destarte, a exigibilidade do crédito permanecerá suspensa enquanto não estiver definitivamente julgada na esfera administrativa.

VALOR DA MULTA NÃO É CONFISCATÓRIO

O auto de infração em tela encontra fundamento de validade na Lei nº 8.212/91 e na Portaria Ministerial que se limita a atualizar o valor da multa já anteriormente prevista naquele diploma legal. O valor estabelecido como pena pecuniária não é confiscatório porque o cálculo desta está previsto na Lei nº 8.212/91, sendo o valor da multa, como visto na

fundamentação mencionada, não é relativo, mas sim absoluto. Este é o entendimento do Tribunal Federal – TRF2 quanto ao assunto, cujos transcritos seguem:

Processo AC 200150010069641AC - APELAÇÃO CIVEL – 375867, Relator(a) Desembargadora Federal SANDRA CHALU BARBOSA, Sigla do órgão TRF2, Órgão julgador TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Fonte E-DJF2R - Data::12/11/2010 - Página::279/280

***Ementa ;** TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA COM BASE NA LEI 8.212/91. NÃO VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFISCO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Trata-se de apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido de desconstituição do auto de infração nº 35.135.127-2, a fim de que seja anulado o decorrente débito fiscal. 2. Inicialmente, é de se dizer que o próprio INSS já reconheceu que o depósito judicial realizado pela autora é suficiente para garantir o crédito tributário em questão, de modo que se mostra desnecessário novo esclarecimento acerca do pagamento integral da dívida em debate. 3. No mérito, cabe consignar que, como bem observou a sentença, “existe fundamento legal para a autuação imposta à autora. Com efeito, encontra-se no artigo 32 da Lei 8.212/91, com as alterações empreendidas pela Lei 9.528/97, a obrigação de as empresas apresentarem mensalmente informações relativas às contribuições exigidas pelo INSS, por meio da chamada GFIP”. Por outro lado, também aduziu corretamente a sentença que a Portaria 6.211/00, do Ministério da Saúde e Previdência Social, não criou “embasamento infralegal para a obrigação acessória em tela”, mas sim atualizou “o valor da multa por seu descumprimento”, e que não houve violação ao “princípio da irretroatividade da lei tributária”, eis que a Portaria em questão “foi utilizada pelo agente fiscal para fins de fixação do valor da multa, uma vez que já se aplicava no momento da autuação, nos moldes do § 8º do mesmo artigo 32, Lei 8.212/91”. Outrossim, preciso foi o entendimento do juízo a quo no sentido de que “em relação ao valor da multa aplicada, temos que o que fez o agente administrativo foi apenas aplicar os dispositivos legais transcritos nesta decisão, mediante atividade plenamente vinculada”; de que “o seu valor não é relativo, tomado com base em percentual do montante da obrigação principal, mas absoluto, levando em conta o porte da empresa, com base na quantidade de segurados”; e de que a autora se limitou a pedir a anulação do débito fiscal, não tendo formulado pedido para “a atenuação da multa aplicada”. 4. Oportuno reforçar que o entendimento contido no parecer do Ministério Público Federal é análogo ao da sentença supra especificada, ou seja, que o auto de infração em tela encontra fundamento de validade na Lei nº 8.212/91, e não na Portariano 6.211/00; que a referida portaria se limitou a “atualizar o valor da multa já anteriormente prevista naquele diploma legal”; que o valor estabelecido como*

pena pecuniária não é confiscatório porque o cálculo desta está previsto no artigo 32, inciso IV, e §§ 4º e 7º da Lei nº 8.212/91; e que o valor da multa, como visto na sentença, não é relativo, mas sim absoluto. 5. Não obstante os fortes argumentos supra defendidos tanto na sentença quanto no parecer ministerial, vale colacionar os seguintes julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca do tema: STJ, REsp 1182354/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJe 30/06/2010; REsp 899.895/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 05/08/2009. 6. Recurso conhecido e desprovido.

Data da Decisão 26/10/2010, Data da Publicação 12/11/2010

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário. A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições. Assim, 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, nos termos do art. 26-A e parágrafo único, do Decreto n. 70.235/72, bem como, art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria GMF n.º 256, de 22 de junho de 2009. No mesmo sentido é o que discorre a Súmula nº 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 115, todos do CTN, com a descrição da infração e dispositivo legal infringido, o valor da multa aplicada e sua fundamentação legal, período apurado, relatório fiscal da infração e da aplicação da multa, a Instrução para o Contribuinte – IPC; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, e demais informações constantes dos autos, bem como, lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

Indefere-se o pedido no sentido de que as intimações sejam efetuadas em nome do patrono ou advogado, pois na atual fase do procedimento elas são feitas por via postal, endereçadas ao domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, nos termos do Decreto n.º 70.235, de 1972, art. 23, § 4º, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.196/2005.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Quanto à multa aplicada na autuação fiscal em epígrafe, há que se observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II do CTN.

As multas em GFIP foram alteradas pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009, sendo mais benéficas para o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei nº 8.212, nestas palavras:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei 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.

Desse modo, resta evidenciado, que a conduta de apresentar a GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitava o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo 4º do artigo 32 da Lei n.º 8.212 de 1991. Agora, com a Lei n.º 11.941/2009, a tipificação passou a ser: “apresentar a GFIP com incorreções ou omissões”, com multa de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas.

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

No caso em debate não há dúvida de que o art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN é plenamente aplicável.

Processo nº 10865.003012/2010-50
Acórdão n.º 2803-001.753

S2-TE03
Fl. 268

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, para retificar o valor da multa de ofício em razão da apresentação de GFIP com incorreções ou omissões, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Relator.