



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

Processo nº 10980.724043/2010-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.342 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente BRANCO GERENCIADORA DE SHOPPING CENTER S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

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.

ADESÃO AO SIMPLES - FACULDADE DO CONTRIBUINTE

A legislação que trata do SIMPLES é clara no sentido de que a adesão ao referido sistema simplificado de tributação é uma faculdade que pode ser exercida pelas empresas mediante opção formal que, após análise, poderá ser ou não deferida pela autoridade administrativa. Não há possibilidade de a empresa abster-se do recolhimento das contribuições abrangidas pelo SIMPLES, se não efetuou a opção.

ERROS DE ESCRITA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Meros erros de escrita contidos no Relatório Fiscal que não prejudicam a compreensão da origem do lançamento não são capazes de levar a sua nulidade.

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 rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, 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, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente justificadamente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.

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 autuada informou em GFIP a condição de optante pelo SIMPLES sem sê-lo e, além disso, deixou de informar valores pagos a contribuintes individuais.

A autuada teve ciência do lançamento em 08/10/2010 e apresentou defesa alegando que se enquadraria no SIMPLES Nacional e manifesta sua irrisignação por ter sido excluída do referido sistema por ato unilateral da administração.

Entende que é ônus do Fisco fazer prova de que a empresa optante pelo SIMPLES não exerce as atividades constantes do seu contrato social.

Questiona não ter sido intimada a apresentar ou prestar esclarecimentos sobre o ocorrido tendo somente sofrido a aplicação da multa de ofício de forma arbitrária e não lhe ter sido dada a oportunidade de utilizar o benefício previsto no inciso II, do § 2º do art. 32-A da Lei nº 8.212/1991.

Considera a legislação do SIMPLES inconstitucional e requer que o auto de infração seja extinto pelas razões apresentadas.

Pelo Acórdão nº 02-35.495, a 6ª turma da DRJ/Belo Horizonte considerou a autuação procedente.

Salienta a decisão de primeira instância que a fiscalização não relatou qualquer ato de exclusão da empresa do SIMPLES e, sim, que esta declarou indevidamente na GFIP ser optante pelo SIMPLES.

É informado que em consulta efetuada nos sistemas da Receita Federal, não consta a opção da impugnante pelo referido sistema simplificado de tributação.

Constata que teria ocorrido um erro de escrita no Relatório Fiscal, uma vez que este, indicou que a conduta da empresa caracterizou infração ao art. 32- A, “caput”, inciso II, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela MP 449/2008. Esclarece que tal erro não seria capaz de invalidar a autuação uma vez que, na folha de rosto do Auto de Infração foi lançada a fundamentação legal correta, conforme transcrito anteriormente, não dando margem a dúvidas quanto aos dispositivos legais nos quais se fundamentou a autuação, o que permitiu ao contribuinte compreender perfeitamente o lançamento efetuado.

Contra tal decisão, a autuada apresenta recurso tempestivo onde efetua a repetição das alegações de defesa e argumenta que apesar da decisão afirmar que não houve exclusão da empresa do SIMPLES uma vez que ela não teria optado por tal regime de tributação, não junta nenhum documento que possa comprovar o alegado.

Questiona o entendimento contido na decisão recorrida de que um erro de escrita no Relatório Fiscal não invalidaria o lançamento e conclui que se assim for, os contribuintes ficariam à mercê do Fisco nos autos de infrações que contém erro e que podem causar prejuízo.

Assim, afirma que o erro formal no relatório pode ser entendido como “fidel descrição do fato infringente” e que o auto de infração recorrido deve ser declarado nulo.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente centra sua argumentação no entendimento de que cumpre os requisitos para ser optante pelo SIMPLES e como tal não estaria obrigada ao recolhimento da contribuição patronal.

Por sua vez, a decisão recorrida esclarece que não houve qualquer menção, por parte da auditoria fiscal, de ato de exclusão da empresa do SIMPLES, além disso, verificou nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil que a recorrente não havia aderido ao referido sistema de tributação.

Não assiste razão à recorrente.

A Lei nº 9.317/1996 instituiu o SIMPLES e estabelecia o seguinte:

*Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, **poderá optar** pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. (.....)*

Art. 8º A opção pelo SIMPLES dar-se-á mediante a inscrição da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda - CGC/MF, quando o contribuinte prestará todas as informações necessárias, inclusive quanto:

I - especificação dos impostos, dos quais é contribuinte (IPI, ICMS ou ISS);

II - ao porte da pessoa jurídica (microempresa ou empresa de pequeno porte).

§ 1º As pessoas jurídicas já devidamente cadastradas no CGC/MF exercerão sua opção pelo SIMPLES mediante alteração cadastral.

§ 2º A opção exercida de conformidade com este artigo submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir do primeiro dia do ano-calendário subsequente, sendo definitiva para todo o período.

§ 3º Excepcionalmente, no ano-calendário de 1997, a opção poderá ser efetuada até 31 de março, com efeitos a partir de 1º de janeiro daquele ano.

§ 4º O prazo para a opção a que se refere o parágrafo anterior poderá ser prorrogado por ato da Secretaria da Receita Federal.

§ 5º As pessoas jurídicas inscritas no SIMPLES deverão manter em seus estabelecimentos, em local visível ao público, placa indicativa que esclareça tratar-se de microempresa ou empresa de pequeno porte inscrita no SIMPLES.

§ 6º O indeferimento da opção pelo SIMPLES, mediante despacho decisório de autoridade da Secretaria da Receita Federal, submeter-se-á ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003) (g.n.)

Como se vê, a opção pelo SIMPLES era uma faculdade concedida às empresas que atendessem aos requisitos, porém, o exercício dessa faculdade se daria por meio de pedido formal a ser submetido à apreciação da autoridade administrativa que poderia deferir-lo ou não.

A Lei nº 9.317/1996 foi revogada pela Lei Complementar nº 123/2006, entretanto, a nova legislação manteve a adesão ao SIMPLES como uma faculdade do contribuinte, conforme se percebe dos trechos abaixo transcritos.

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano-calendário.

§ 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar. (...)

§ 2º A opção de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o caput deste artigo.

*§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte **regularmente optantes pelo regime tributário** de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.*

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4º deste artigo.

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor. (g.n.)

A legislação que rege a matéria é clara no sentido de que o usufruto do sistema diferenciado de tributação é feito mediante opção por parte da empresa.

A decisão recorrida menciona que foi feita pesquisa no banco de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil e não consta que a empresa tenha optado pelo SIMPLES. A recorrente, por sua vez, põe em dúvida a informação, sob o argumento de que nenhuma prova do alegado teria sido juntada aos autos.

Cumprido dizer que a afirmação da autoridade julgadora de primeira instância merece fé. Ademais, toda a questão a respeito de uma suposta opção pelo SIMPLES foi trazida pela empresa em sua defesa e cabia a ela, então, trazer as provas da alegada opção.

A recorrente solicita que o lançamento seja declarado nulo em razão da menção equivocada no Relatório Fiscal do art. 32-A, “caput”, inciso II, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela MP 449/2008.

Tal qual afirmado na decisão recorrida, entendo que tal equívoco não é suficiente para invalidar a autuação, uma vez que, na folha de rosto do Auto de Infração foi lançada a fundamentação legal correta.

Pela razão acima, carece de fundamento a alegação da recorrente de que o lançamento deveria ser declarado nulo pela qual ausência da “fiel descrição do fato infringente”.

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.”

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

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.

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 seja efetuado o cálculo da multa de acordo com o art. 32-A da Lei nº 8.212/1991 e comparado ao cálculo anterior, para que seja aplicado o cálculo mais benéfico ao sujeito passivo.

É como voto.

Ana Maria Bandeira