



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

Processo nº 11516.006474/2009-18
Recurso nº 000000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.536 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE SANTA CATARINA - UDESC
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

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

LEI TRIBUTÁRIA. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE. IRRETROATIVIDADE.

Com a revogação do art. 41 da Lei 8.212/1991, operada pela Medida Provisória (MP) nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, os entes públicos passaram a responder pelas infrações oriundas do descumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária. Tratando-se de regra que impõe responsabilidade, não é possível a sua aplicação retroativa.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar 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, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Ewan Teles Aguiar 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. 31/33), a autuada deixou de informar em GFIP os valores de auxílio alimentação pagos e pecúnia aos segurados empregados, os quais foram considerados como base de cálculo de contribuição previdenciária.

A autuada é uma fundação pública estadual, que possui servidores vinculados ao IPREV (Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina) e ao RGPS (Regime Geral de Previdência Social), estes ocupantes de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público.

Embora lei estadual estabeleça o pagamento de auxílio alimentação em pecúnia aos servidores vinculados ao regime próprio sem incidência de qualquer contribuição, a autuada forneceu tal auxílio aos servidores vinculados ao RGPS e não fez incidir a contribuição previdenciária.

A auditoria fiscal esclarece que a autuada não possui inscrição no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador e nem poderia uma vez que tal programa não prevê o fornecimento de alimentação em pecúnia entre as modalidades de fornecimento possíveis.

A autuada não declarou tais valores em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, no entanto, a partir de janeiro de 2009, o órgão passou a fazer incidir contribuição previdenciária sobre o pagamento do auxílio-alimentação, declarando como fato gerador em GFIP e recolhendo as contribuições em GPS.

A auditoria fiscal informa que com a superveniência da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, foi incluído na Lei nº 8.212/1991, o artigo 35-A que, fazendo referência ao art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, estabeleceu a multa de ofício não existente na legislação anterior.

Assim, com o objetivo de verificar a situação mais benéfica ao sujeito passivo, a auditoria fiscal efetuou a comparação entre as multas aplicadas na legislação anterior, quais sejam, multa de mora prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 somada à multa pelo descumprimento da obrigação acessória por não declaração dos fatos geradores em GFIP conforme determinado pelo art. 32 § 5º da mesma lei e a multa de ofício de 75% prevista na legislação atual.

Levando-se em consideração a multa mais benéfica, este auto de infração somente é aplicado nas competências em que a planilha *"Saias — Comparação de Multas"*

traz na coluna "Multa Benéfica" a expressão "**Anterior**" (ANEXO IV deste relatório), o que significa que a multa fundamentada nesta autuação é mais benéfica que a atualmente aplicada para os fatos geradores ocorridos a partir de publicação da MP nº 449.

A autuada teve ciência do lançamento em 07/12/2009 e apresentou defesa (fls. 63/68) onde alega que não há falar em aplicação da pena administrativa do art.32, IV, e § 5º da Lei nº 3.212/91 porquanto o dispositivo que fundamenta a exação foi revogado expressamente pela Lei nº 11.941/2009.

Argumenta que seria incabível a cumulação de duas penalidades acerca da mesma suposta infração fiscal. Contra o Estado já foram lançados todos os valores referentes ao vale alimentação **acrescidos estes da multa punitiva** (Auto de Infração nº 37.218.170-8 e nº 37.233.260-9).

O mesmo se poderia dizer com relação à multa aplicada no Auto de Infração nº 37.233.264-1.

Assim, entende a autuada que de tal fato resulta claro que se está diante de caso de dupla aplicação de penalidade administrativa, ou o que também se denomina de *bis in idem*, situação que o Direito repele.

No mérito, alega a inexistência de fato gerador de contribuição previdenciária em face do disposto na Lei Estadual nº 11.647 de 28/12/2000 e seu Decreto regulamentador nº 1989 de 29 de dezembro de 2000, que trata do Auxílio Alimentação para o Servidor Público o qual estabelece que o mesmo não será incorporado ao vencimento, remuneração ou pensão, não será configurado como rendimento e nem sofrerá incidência de contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor Público. Igualmente não será caracterizado como salário utilidade ou prestação salarial "*in natura*".

Menciona jurisprudência a respeito e afirma que o impedimento de adesão ao PAT pelo fato de ser o pagamento efetuado em dinheiro, não pode impor condição diferenciada prejudicial ao Serviço Público, face à equivalência de objetivo, o de prestar assistência adicional ao Corpo de Funcionários.

Requer a decretação da nulidade do lançamento.

Pelo Acórdão nº 07-20.443 (fls. 100/104), a 5ª Turma da DRJ/Florianópolis considerou a autuação procedente.

Inconformada, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 107/120) onde repete as alegações de defesa reforçando seus argumentos ao alegar que o auxílio alimentação é verba que não é devida aos aposentados e pensionistas e como tal não deve sofrer incidência de contribuição previdenciária. Menciona a Súmula nº 680 do Supremo Tribunal Federal.

Tece considerações a respeito das formas de interpretação da lei e questiona como pode uma Lei Federal isentar de contribuição previdenciária o auxílio alimentação dos servidores públicos com regime próprio de previdência e tributar os servidores vinculados ao mesmo órgão apenas por estarem abrangidos pelo Regime Geral.

Entende que a Lei 8.212/91 está desatualizada e em desacordo com o restante do ordenamento jurídico (princípios), não devendo por essa razão ser aplicada ao caso concreto.

Argúi sobre isenção e não incidência tributária.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para a apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente, fundação de direito público foi autuada pelo descumprimento de obrigação acessória 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.

A infração ocorreu no período de 01/01/2005 a 30/11/2008.

Cumprе lembrar que sendo a recorrente uma fundação de direito público, anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, a responsabilidade por infrações cabia ao dirigente, conforme dispunha o art. 41 da Lei nº 8.212/1991, revogado pela citada Medida Provisória, *in verbis*:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição

Como se vê até a edição da Medida Provisória nº 449/2008, de 03/12/2008, publicada no D.O.U. em 04/12/2008, não havia previsão para aplicação de multa ao órgão público, sendo que esta obrigação cabia ao dirigente por disposição legal.

Quanto à aplicação da lei, a regra geral estabelecida no Código Tributário Nacional em seu artigo 144 é a seguinte:

Art. 144. 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.

Portanto, a regra geral é que a legislação a ser aplicada é aquela vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Assim, até a publicação da Medida Provisória nº 448/2008, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória era responsabilidade do dirigente e não do órgão.

O CTN traz ainda a possibilidade de aplicação retroativa da lei, conforme pode ser verificado em seu art. 106 que dispõe o seguinte:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - 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.

Observa-se que, no que tange à responsabilização do dirigente, aplica-se a retroatividade benigna da lei, especificamente, a alínea “c” do inciso II do art. 106, acima transcrito.

Ocorre que a auditoria fiscal, diante da impossibilidade de agora atribuir responsabilização ao dirigente, imputou à recorrente a obrigação em período anterior à revogação do art. 41 da Lei nº 8.212/1991, quando não existia responsabilidade para o órgão, ou seja, na lavratura do presente auto de infração, efetuou aplicação retroativa da lei, cujo efeito foi atribuir penalidade não existente à época dos fatos geradores, contrariando o ordenamento jurídico.

Assim, embora a recorrente não tenha alegado, pelo princípio da autotutela e da estrita legalidade, há que se reconhecer que a infração não pode prevalecer em face da ilegitimidade passiva da recorrente.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO por ilegitimidade passiva da autuada.

É como voto.

Ana Maria Bandeira

Processo nº 11516.006474/2009-18
Acórdão n.º **2402-002.536**

S2-C4T2
Fl. 128

CÓPIA