



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

Processo nº 12963.000391/2008-29
Recurso nº 904.425 Voluntário
Acórdão nº **2402-001.798 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de junho de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP OUTROS DADOS
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE GUAXUPÉ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/01/2007

Ementa: 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.

CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS – ISENÇÃO – NÃO COMPROVADA

Incidem as contribuições patronais sobre as remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais se a entidade não teve o reconhecimento da isenção por meio de ato declaratório da autoridade administrativa

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade 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 Provido em Parte

Processo nº 12963.000391/2008-29
Acórdão n.º **2402-001.798**

S2-C4T2
Fl. 200

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para redução da multa aplicada, nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, caso mais benéfica.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo.

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 (fl. 09), a empresa, que gozava de isenção de contribuições previdenciárias patronais até 31/12/00, teve esta isenção cancelada conforme Ato Cancelatório De Isenção De Contribuições Sociais nº 11.428.4/003/2003.

Posteriormente, a recorrente teve novamente reconhecido o direito à isenção a partir de 11/01/2007, conforme Ato Declaratório nº 11431/005-2007.

A empresa, no período de maio/05 a janeiro/07, remunerou segurados empregados devidamente registrados e contribuintes individuais a seu serviço.

As remunerações, (base de cálculo) de cada segurado foram devidamente declaradas em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com o código FPAS de 639, ou seja, como se gozasse do direito de isenção de contribuições previdenciárias patronal, GILRAT e "terceiros".

Concluiu a auditoria fiscal que as bases de cálculo de contribuições previdenciárias foram corretamente lançadas em GFIP mas, por outro lado, aos "valores devidos à Previdência Social" foram computados apenas as contribuições descontadas dos segurados.

A notificada teve ciência do lançamento em **23/09/2008** e apresentou defesa (fls. 16/20) onde alega que o Senhor Auditor Fiscal da Receita, usou de forma abusiva a Lei n. 8.212/91 além de outras normas legais, uma vez que não demonstrou a forma explícita das apurações, tais como: se por glosa, descaracterização e / ou aferição, o que sem sombra de dúvida, comina com o cerceamento de defesa da autuada.

Argumenta que a autuada é entidade beneficente de fins filantrópicos, reconhecida como de utilidade pública e não remunera seus diretores, nos termos da Lei n. 3.577/59, portanto, tem direito adquirido à imunidade das contribuições previdenciárias e o, conseqüente, direito de utilizar-se do código FPAS n. 639.

Afirma que não teve a intenção de burlar a previdência social, tanto é que efetuou a entrega de todas as informações complementares, o que está explicitado e corroborado pelo próprio relatório do Senhor Auditor da Receita Federal.

Pelo Acórdão nº 09-23.778 (fls. 158/167), a 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora (MG) considerou o lançamento procedente.

Processo nº 12963.000391/2008-29
Acórdão n.º **2402-001.798**

S2-C4T2
Fl. 202

O Relator da decisão recorrida, no que tange às alterações no cálculo da multa trazidas Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, entendeu que a aplicação retroativa do cálculo da multa previsto na MP 449/2008 não se aplicaria ao presente processo, uma vez que trata-se de ação fiscal encerrada anteriormente a publicação desta MP onde houve lançamento da obrigação principal, dentro de um procedimento diferente do agora previsto.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 175/197) 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 alega que tem direito adquirido à imunidade das contribuições previdenciárias e, conseqüentemente, o direito de utilizar-se do código FPAS n. 639.

Sobre tal questão, é conveniente efetuar um breve histórico.

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.

Para corroborar o entendimento de que os requisitos a serem cumpridos pelas entidades beneficentes de assistência social são os estabelecidos pela Lei nº 8.212/91, artigo 55, transcrevo trecho extraído do voto do Ministro do STF Moreira Alves no julgamento do Mandado de Injunção nº 232/RJ impetrado em razão da mora em que se encontrava o Congresso Nacional em cumprir a obrigação de legislar decorrente do art. 195, 7º da Constituição Federal:

“Sucedee, porém, que, no caso, o parágrafo 7º do art. 195 não concedeu o direito de imunidade às entidades beneficentes de assistência social, direito esse que apenas não pudesse ser exercido por falta de regulamentação, mas somente lhes outorgou a expectativa de, se vierem a atender as exigências a ser estabelecidas em lei, farão nascer, para si, o direito em causa, o que implica dizer que esse direito não nasce apenas do preenchimento da hipótese de incidência contida na norma

constitucional, mas, depende, ainda, das exigências fixadas pela lei ordinária, como resulta claramente do disposto no referido parágrafo 7º.”

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.

Com a verificação de que a entidade não cumpria as exigência, foi emitido Ato Cancelatório de isenção e, embora, posteriormente, a recorrente tenha retomado o uso da isenção, não usufruía o benefício no período do lançamento.

A recorrente alega a inconstitucionalidade da Lei n. 9732 de 11/12/98, modificou o inciso III do art. 55 da Lei 8212/91.

Cabe esclarecer que não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo 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.

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.

Em primeira instância o julgador entendeu que a aplicação retroativa do cálculo da multa previsto na MP 449/2008 não se aplicaria ao presente processo, uma vez que trata-se de ação fiscal encerrada anteriormente a publicação desta MP onde houve lançamento da obrigação principal, dentro de um procedimento diferente do agora previsto.

A meu ver, o entendimento constante da decisão recorrida está equivocado.

O fato da ação fiscal ter se encerrado anteriormente à publicação da MP e ter como consequência o lançamento de obrigação principal não altera o direito do sujeito passivo em ter a multa recalculada de acordo com a nova legislação e comparada à multa anterior.

A Lei nº 11.941/2009 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, ou seja, informação de FPAS equivocado.

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