



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

Processo nº 13617.000269/2007-74
Recurso nº 000000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.186 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente COMERCIAL PAIZÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

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.

DECADÊNCIA – ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE – STF – SÚMULA VINCULANTE – OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS – ART 173, I, CTN

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA – ENFRENTAMENTO DE ALEGAÇÕES – CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTÊNCIA

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica cerceamento de defesa na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

PERÍCIA – NECESSIDADE – COMPROVAÇÃO – REQUISITOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova

CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE – INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

DECLARAÇÃO EM GFIP – DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – A empresa tem a obrigação de declarar em GFIP todos os fatos geradores de contribuição previdenciária, inclusive os valores relativos ao décimo terceiro salário. Na ausência de elaboração de GFIP correspondente à competência 13, as empresas estavam obrigadas a informar os valores do décimo-terceiro salário na GFIP da competência 12 ou na correspondente à competência de desligamento do empregado em caso de rescisão contratual

INFRAÇÃO CONTINUADA – ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO – INEXISTÊNCIA

Não há que se reconhecer a aplicação do instituto da infração continuada no âmbito das contribuições previdenciárias uma vez que a legislação específica não trata da matéria

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: Julio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Walter Murilo Melo Andrade 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. 25), a empresa informou de forma inexata (a menor) ou omissa (não informou), nos campos "Remuneração (sem parcela do 13º salário)" e/ou "Remuneração 13º salário (somente parcela do 13º salário)" da GFIP (ou, em sendo o caso, GRFP), no período de 01/1999 a 13/2006, valores pagos a segurados empregados e segurados contribuintes individuais (pessoa física sem vínculo empregatício), extraídos das folhas de pagamento apresentadas à fiscalização, resultando em apuração a menor do valor devido correspondente às Contribuições Previdenciárias, conforme demonstrado nos **"ANEXOS III — Segurados empregados e IV — Contribuintes Individuais"**, que integram os autos.

A autuada foi intimada em 10/05/2007 e apresentou defesa (fls. 147/183) onde alega que as multas e as contribuições previdenciárias, foram apuradas para os mesmos negócios jurídicos o que configuraria enriquecimento ilícito do INSS.

Informa que a empresa Comercial Paizão Ltda, possuía dois estabelecimentos - (matriz e filial - com endereços na Av. Dom Pedro II, 436 e Praça Mauá, 200) todos na cidade de Curvelo/MG.

Em 25/09/2000 o Sr. Antônio Heleodoro dos Santos Júnior fez um adiantamento para futuro aumento de . capital social. O novo sócio seria admitido na empresa proprietária das quotas da notificada de nome Palhares Participações e Empreendimentos Ltda, assumindo, de imediato, a direção e administração do estabelecimento localizado na Av. Dom Pedro II, 436 - Centro - Curvelo/MG.

O Sr. Antônio Heleodoro dos Santos Júnior, constituiu, em 31/10/2000 - a empresa Comercial Santos e Mourão Ltda - CNPJ/MF n. 04.173.740/0001-80.

Com a cisão da Comercial Paizão Ltda, a empresa Comercial Santos e Mourão Ltda assumiu o estabelecimento localizado na Av. Dom Pedro II, 436 - Centro - Curvelo/MG, continuando a exploração do comércio varejista de supermercado;

Posteriormente - (05/09/2002 e 17/10/2002) – a empresa Comercial Santos e Mourão Ltda foi transferida para o Sr. José Abílio Prates e para a empresa Paiva Simões e Prates Ltda.

Em 14/10/2005 foi decretada a falência da Comercial Santos e Mourão Ltda e em 22/05/2006 decretou-se, também, a falência da empresa Paiva Simões e Prates Ltda

Após a cisão, a notificada (Comercial Paizão Ltda), ficou com o estabelecimento localizado na Praga Mauá, 200 - Centro - Curvelo/MG.

Argumenta que a empresa que resultar de fusão, transformação, incorporação ou cisão é responsável pelo pagamento das contribuições sociais previdenciárias e das contribuições destinadas as outras entidades ou fundos, devidas pelas empresas fusionadas, transformadas, incorporadas ou cindidas, ate a data do ato da fusão, da transformação, da incorporação ou da cisão.

Apresenta preliminar de decadência.

Alega que houve cerceamento de defesa pelo fato de o levantamento fiscal ter sido efetuado em conjunto, englobando a antiga filial e a matriz. Isso impossibilitou a notificada de impugnar quaisquer valores uma vez que possui somente os documentos com endereço da Praça Mauá, 200 - Curvelo/MG.

Considera que os relatórios fiscais não explicitaram suficientemente os fatos, dificultando a defesa.

Aduz que a fiscalização fez apreensão de diversos documentos, que embasaram as autuações e notificações fiscais. Entretanto, lembra que a notificada não tem nenhuma ligação com os documentos apreendidos, uma vez que conforme consta no próprio Termo de Apreensão, foram apreendidos com o Sr. "José Abílio Prates - Adquirente de filial dessa empresa no endereço: "Praça Targino de Figueiredo, 759, Timbira - Curvelo/MG.

Esclarece que desde setembro/2000, a notificada não tem acesso ou controle das atividades desenvolvidas pela empresa Comercial Santos e Mourão Ltda.

Alega que os documentos apreendidos foram elaborados única e exclusivamente pelas pessoas que detinham sua posse e que em tais documentos não constam assinaturas, nem a grafia dos administradores da notificada.

Assim, seriam documentos gerados unilateralmente pelos detentores de sua posse, não merecendo fé. Além disso, documentos sem assinaturas nada comprovariam, pois poderiam ser simplesmente rascunhos das folhas de pagamentos, não servindo como provas.

Considera que se alguém é responsável pelas ilegalidades citadas no trabalho fiscal, certamente não é a notificada e que se a empresa Comercial Santos e Mourão Ltda e/ou seus diretores utilizaram o nome da Comercial Paizão Ltda, foi por sua conta e sem a autorização da notificada, assumindo o risco de suas atitudes.

Tece considerações a respeito de outras autuações efetuadas na mesma ação fiscal e conclui que as pegs fiscais foram lavradas com base em ficções e presunções, o que não é permitido por lei.

Alega que a multa aplicada seria confiscatória e que no auto de infração, foram aplicadas diversas multas, da mesma origem e natureza, praticadas nas mesmas condições, apuradas em uma única apuração fiscal. Entretanto, deveria ser aplicar uma única sanção, por se tratar de infração de natureza continuada.

Argumenta que o INSS está exigindo cumprimento de obrigação impossível, uma vez que é sabido que no próprio sistema computadorizado versão 7.0 de 21/10/2004, fornecido pelo INSS/Caixa Econômica Federal, no campo "AJUDA DO SEFIP FI" consta a informação de que o campo Base de Cálculo 13º Salário Previdência Social - Referente à Competência do Movimento também pode ser preenchido na competência 13, com o valor integral da remuneração do 13º salário (todas as parcelas), a fim de gerar-se a GPS desta competência. Esta opção visa apenas a geração de GPS da competência 13, caso a empresa

queira utilizar-se dessa facilidade do SEFIP. Não existe GFIP de competência 13. Ao efetuar-se um movimento com a competência 13, o SEFIP gera apenas a GPS.

Solicita a realização de perícia.

Pelo acórdão nº 02-19.103 (fls. 231/238) a 6ª Turma da DRJ/Belo Horizonte (MG) considerou o lançamento procedente em parte ao reconhecer a decadência do direito de aplicação de parte da multa com fundamento no art. 173, Inciso I, do Código Tributário Nacional haja vista a edição da súmula vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 252/276) onde mantém o argumento de que até 31/12/2004, não existia SEFIP para 13º salário, conforme consta nas próprias orientações do INSS.

Menciona o Informativo n. 005, de 22/07/2005 denominado "Novo Modelo da Gfip" o que informa que a partir do ano de 2005, torna-se obrigatória a entrega de GFIP para a competência 13, a fim de informar o 13º salário anual pago aos trabalhadores (1º e 2º parcelas somadas).

Além disso, o mesmo informativo afirma que será facultativa a entrega da GFIP da competência 13 para os anos de 1999 a 2004.

Quanto à decadência, alega que deve ser observado o disposto no § 4º do art. 150 do CTN.

Considera que houve cerceamento de defesa, uma vez que o julgador de primeira instância não analisou a totalidade dos argumentos apresentados, como também indeferiu o pedido de perícia sob o argumento de que esta seria desnecessária o que não se verifica.

No mais efetua a repetição das alegações de defesa.

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

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Embora a decisão de primeira instância já tenha reconhecido a decadência até a competência 11/2001, a recorrente mantém seu inconformismo por entender que o dispositivo aplicável para o cômputo da decadência seria o § 4º do art. 150 do CTN.

De fato, a decadência deve ser e foi verificada considerando-se a Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art 45 da Lei nº 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Quanto ao lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

Assevere-se que a questão foi objeto de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAT Nº 856/ 2008 aprovada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 01/09/2008, nos seguintes termos:

“Aprovo. Frise-se a conclusão da presente Nota de que o prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.”

Nesse sentido, concordo com o julgador de primeira instância de que o direito de aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação acessória encontra-se decaído até a competência 11/2001, inclusive, uma vez que a ciência do sujeito passivo ocorreu em 10/05/2007.

Assim, a multa aplicada até a competência citada deverá ser excluída da presente autuação.

A recorrente também alega que houve cerceamento de defesa pelo fato de o julgador de primeira instância não haver apreciado todas as questões trazidas.

Cumprir informar que a recorrente efetuou uma única peça de defesa para todas as autuações que sofreu, onde trata de assuntos relacionados a todas as autuações.

O julgador de primeira instância, com base nas informações fornecidas pela auditoria fiscal e razões de defesa apresentadas pela recorrente decidiu pela procedência parcial do lançamento pelos motivos que elenca, excluindo apenas a multa correspondente ao período abrangido pela decadência.

Cumprir ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

“RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 – Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.

1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido.”

“REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 – Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)”

De igual forma, a recorrente alega cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - *A impugnação mencionará:*

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

Art.18 - *A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.*

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade da mesma.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que se considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Portanto, rejeito a preliminar apresentada

De igual sorte, a recorrente insiste na existência de cerceamento de defesa, desta vez sob o argumento de que o levantamento fiscal teria sido efetuado em conjunto, englobando a antiga filial e a matriz, o que impossibilitaria à notificada de impugnar quaisquer valores uma vez que possui somente os documentos com endereço da Praça Mauá, 200 - Curvelo/MG.

Além disso, afirma que por causa da cisão, os documentos do estabelecimento com endereço na Av. Dom Pedro II, 436 - Centro - Curvelo/MG - ficaram com a empresa Comercial Santos e Mourão Ltda.

Não há razão no argumento.

Se a recorrente observar atentamente os documentos que compõem os autos, poderá verificar que a auditoria fiscal elaborou planilha denominada Anexo III (fls. 36/127) onde informa por estabelecimento e competência, os segurados e os valores recebidos por cada um deles declarados e não declarados em GFIP.

Do referido anexo pode-se constatar que a auditoria fiscal somente incluiu segurados que laboravam na filial até a competência 03/2001. Ou seja, o lançamento

remanescente que é objeto do recurso interposto não se reporta a qualquer valor relativo à filial, a qual passou à administração de terceiros em razão da cisão ocorrida conforme informado pela própria recorrente.

Como se trata de valores apurados junto à matriz, não há que se falar que a empresa teve seu direito de defesa cerceado em razão da auditoria fiscal ter efetuado o lançamento englobado e esta não ter tido acesso aos documentos da filial.

Aliás, o que se observa é que a auditoria fiscal não efetuou lançamentos contra a recorrente relativamente a fatos geradores ocorridos na filial após a alegada cisão.

A recorrente ainda questiona os relatórios fiscais que fiscais não teriam explicitado suficientemente os fatos, dificultando a defesa.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, multa por descumprimento de obrigação acessória pela omissão de fatos geradores em GFIP, apurados da comparação entre os valores constantes das folhas de pagamento e aqueles declarados em GFIP pela recorrente.

Tais valores foram pormenorizadamente informados pela auditoria fiscal nos anexos que compõem a presente autuação, bem como toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica na folha de rosto do Auto de Infração em tela.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

Cumpra também afastar a alegação de que as multas e as contribuições previdenciárias, foram apuradas para os mesmos negócios jurídicos, o que configuraria enriquecimento ilícito do órgão.

De fato, a recorrente sofreu outras autuações mas todas com fundamento diverso da presente autuação.

A recorrente alega que foi autuada pelo não cumprimento de obrigação impossível, pois somente a partir de 2005 as empresas passaram a ser obrigadas a apresentar GFIP para a competência 13, contendo o 13º salário pago aos empregados, sendo que até 2004, a entrega de GFIP para esta competência era uma faculdade.

Assevere-se que a recorrente não foi autuada pela não entrega de GFIP relativa à competência 13, mas pelo fato de não ter informado nas GFIPs entregues o valor do 13º salário pago aos segurados empregados.

De fato, somente a partir de 2005, as empresas passaram a ser obrigadas a elaborar e entregar GFIP distinta correspondente à competência 13 o que ao significa que estas não estivessem obrigadas a informar os valores dos 13º salários pagos, uma vez que a legislação é clara ao dispor a respeito de tal obrigação acessória, conforme se verifica no art. 32, IV e parágrafo 5º da Lei nº 8.212/1991, na redação vigente à época dos fatos geradores.

Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

IV – informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social– INSS , por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de

contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará 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 anterior.

De acordo com o dispositivo legal todos os fatos geradores de contribuição previdenciária devem ser declarados em GFIP e em razão de o 13º salário sofrer a incidência de contribuição previdenciária deve ser informado em GFIP.

Assim, ainda que não houvesse a obrigação de elaborar uma GFIP específica para a competência 13, os valores correspondentes ao 13º salário deveriam ser declarados na GFIP correspondente à competência 12 juntamente com os fatos geradores correspondentes à citada competência (ver itens 2.11 e 2.12 do Capítulo III do Manual da GFIP SEFIP 7). Sendo que no caso de rescisão tal informação deveria constar na GFIP da competência de desligamento do empregado.

2.11 - DECLARAÇÃO PARA O INSS - COMPETÊNCIA 13 - Contribuição descontada dos segurados Informar, na GFIP da competência 12, o valor da contribuição descontada dos segurados incidente sobre a remuneração do 13º salário - competência 13. O valor informado neste campo é somado ao descontado dos segurados na competência 12, sendo que este novo total será o constante da GFIP.

NOTA: O empregador/contribuinte deve descontar a contribuição da segurada empregada sobre o 13º salário, ainda que pago diretamente pelo INSS, correspondente ao período de licença-maternidade, e deve efetuar o recolhimento no documento de arrecadação da Previdência - GPS da competência 13, ou na competência em que houver rescisão de contrato de trabalho ou outro afastamento definitivo.

2.12 - DECLARAÇÃO PARA O INSS - COMPETÊNCIA 13 - Valor devido à Previdência Social Informar, na GFIP da competência 12, o valor devido à Previdência Social incidente sobre a remuneração do 13º salário - competência 13. O valor informado neste campo é somado ao devido à Previdência Social na competência 12, sendo que este total será o constante da GFIP.

NOTAS:

1. As contribuições incidentes sobre o 13º salário, exceto no caso de rescisão, devem ser recolhidas até o dia 20 de dezembro, informando-se no documento de arrecadação da Previdência - GPS a competência 13 e o ano correspondente, ainda que a última parcela seja paga ao trabalhador antes do mês de dezembro.

2. O valor a ser informado neste campo é o total das contribuições devidas à Previdência Social, incidentes sobre o

13º salário, assim considerado o somatório da contribuição descontada dos segurados, da contribuição da empresa, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - RAT, e das destinadas a outras entidades e fundos (terceiros), deduzidos os valores de 13º salário correspondentes ao período da licença-maternidade pagos pelo empregador/contribuinte e eventuais compensações.

A recorrente argumenta que deveria ter sido aplicada uma única sanção em razão de tratar-se de infração continuada e menciona o Regulamento do IPI que trata a questão para demonstrar que a própria Fazenda reconhece a possibilidade de reconhecer a ocorrência da infração continuada.

Cumpra dizer que tal instituto é originário do Código Penal, no entanto, entendo que a menos que a legislação específica que trata das contribuições previdenciárias trate de forma expressa sobre a consideração da existência de infração continuada, o entendimento não pode ser aplicado.

E como é sabido tanto a Lei nº 8.212/1991 como o seu Regulamento nada trazem a respeito do tema.

Portanto, afasta-se a alegação.

Quanto à alegação de que a multa seria confiscatória, vale lembrar que esta foi aplicada de acordo com a legislação vigente à época do lançamento.

No que tange à multa aplicada, vale ressaltar 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, 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, 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 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;

II- R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos”.

Diante da alteração trazida pela Lei nº 11.941/2009, há que se verificar a aplicabilidade do princípio da retroatividade benigna da lei previsto no art. 106 do CTN, *in verbis*:

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.”

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 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

