



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

Processo nº 13826.000204/2007-63
Recurso nº 262.039 Voluntário
Acórdão nº 2402.001.497 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria Auto de Infração
Recorrente IRMÃOS MURARO LTDA
Recorrida DRJ SANTA MARIA (RS)

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/08/2004

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.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/11/2001 a 31/08/2004

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade 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 ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para redução da multa aplicada, nos termos do artigo 35-A da Lei nº

Processo nº 13826.000204/2007-63
Acórdão n.º **2402.001.497**

S2-C4T2
Fl. 112

8.212/91, vencido o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes que votou pela aplicação do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (Presidente), Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Igor Soares.

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 deixou de informar através das GFIP's - Guias de Recolhimento ao FGTS e Informações a Previdência Social -, nas competências 11 e 12/2001, 04/2002 e 02/2003 a 08/2004, as remunerações dos empregados da matriz e também do empregador.

Nas competências autuadas a empresa efetuou o envio das GFIP's da matriz através da Conectividade Social com código de recolhimento (115), porém não apresentou o comprovante de recolhimento. No entanto, efetuou a entrega das GFIP's da filial no período autuado.

A autuada apresentou defesa (fls. 22/33) onde alega que na feitura do Auto de Infração, não poderá a autoridade fundar-se em presunções, é preciso especificar com clareza o dispositivo infringido, não sendo este passivo de mera retificação capaz de dar validade a todo processo administrativo.

Tece considerações a respeito de multa e juros e considera que não pode a penalidade tornar inviável ao infrator retomar ao caminho da regularidade, deixando-o sem o necessário para sua realização pessoal, nem pode destruir a pessoa do infrator, ou torná-la inviável como no caso da impugnante que é uma pessoa jurídica.

Pelo Acórdão nº 18-8.860(fl. 40/41) a 3ª Turma da DRJ/Santa Maria (RS) considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso onde em nada inova.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira

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

Inicialmente, cumpre afastar a alegação de que o auto de infração em tela foi lavrado com base em presunções.

A autuada sofreu a autuação por não ter declarado em GFIP a totalidade dos fatos geradores, infração cujo descumprimento foi devidamente verificado pela auditoria fiscal com base na apuração dos fatos geradores contidos em folha de pagamento, os quais não foram integralmente declarados em GFIP.

Assevere-se que a auditoria fiscal informa que a auditoria fiscal informa nas competências em questão, a autuada apresentou GFIP no código 115 e não efetuou o recolhimento do FGTS o que demanda a desconsideração da entrega, uma vez que o código em questão é restrito à hipótese de entrega de GFIP com o correspondente recolhimento do FGTS.

Se a recorrente pretendia não efetuar o recolhimento da contribuição ao FGTS deveria ter entregue a GFIP em código apropriado para tal conduta, no caso, o código 905 aplicável à hipótese de entrega de GFIP sem o recolhimento ao FGTS.

Portanto, não há que se falar em lançamento por presunção.

Quanto às alegações de ofensa aos princípios da razoabilidade e capacidade contributiva, vale ressaltar que a multa aplicada obedeceu às estritas disposições legais e que não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

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 expreso 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, 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”.

Entretanto, a Lei nº 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“Art. 35-A - Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996”.

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata “

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.

Assim, é necessário recalculer o valor da multa, de acordo com o disciplinado no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/1996, deduzindo-se os valores levantados a título de multa nas NFLD correlatas e verificar qual situação é mais favorável ao sujeito passivo

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 o valor da multa seja recalculado, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, deduzidos os valores levantados a título de multa nas NFLD correlatas, se for o caso.

É como voto.

Processo nº 13826.000204/2007-63
Acórdão n.º **2402.001.497**

S2-C4T2
Fl. 117

Ana Maria Bandeira - Relatora