



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

Processo nº 13985.000170/2007-84
Recurso nº 257.989 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.215 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de agosto de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente CONSTRUTORA SANTA LUCIA LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM FLORIANÓPOLIS-SC

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2005

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL.

Em face da inconstitucionalidade declarada do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 pelo Supremo Tribunal Federal diversas vezes, inclusive na forma da Súmula Vinculante n. 08, o prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, ou do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, conforme o modalidade de lançamento.

Em atenção ao Auto de Infração em questão, tratar-se de lançamento de ofício conforme estipula o art. 142, II do CTN, fundado em descumprimento de obrigação acessória de informação na forma da legislação tributária, aplica-se a contagem do prazo de 5(cinco) anos na forma do artigo 173, inciso I, do CTN.

LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INFRAÇÃO. GFIP. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO MESAL DA GFIP. Deixar de apresentar mensalmente a GFIP, com informações do fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias constitui infração ao artigo 32, Inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, e artigo 225, IV, do Decreto n. 3.048/1999.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO APRECIADA PELO CARF, ART. 62, DO REGIMENTO INTERNO.

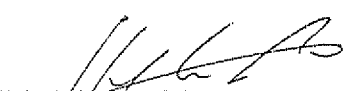
RETROATIVIDADE BENIGNA. GFIP. LEI N º 11.941/09. REDUÇÃO DA MULTA. As multas referentes a declarações em GFIP foram alteradas pela lei nº 11.941/09 o que, em tese, beneficia o infrator. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei n º 8.212/91. Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, deve-se aplicar a norma mais benígna ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Turma Especial** da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a).


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente


GUSTAVO VETTORATO - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

Relatório

A empresa foi autuada pela não apresentação mensal das Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP ao INSS, com os dados os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, nas competências de 02/1999, 08/2000, 09/2000, 01/2002, 02/2004, 06/2004/, 01/2005, 02/2005, 03/2005, 04/2005, 07/2005, 08/2005, 10/2005, 11/2005, 12/2005. O que teria infringido o disposto nos artigos 32, Inciso IV, §§ 3º e 9º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, e 225, IV, §§ 3º e 4º, do Decreto n. 3.048/1999, vigentes à época da ocorrência dos fatos e da lavratura. A multa foi aplicada conforme o disposto nos artigos 32, IV, §§4º e 7º, da Lei n. 8.212/1991, combinado com o art. 284, inciso I, §§ 1º e 2º, do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999, atualizada pela Portaria MPS nº 142/2007, conforme o art. 102, da lei 8.212/1991. Tudo conforme Auto de Infração e Relatório Fiscal (fls 01 a 03) e documentos anexos.

O contribuinte tomou ciência da autuação em 30/07/2007, apresentando impugnação tempestiva, em que alegou a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da multa, decadência do direito do Fisco em constituir o crédito em razão de prazo quinquenal, nulidade do auto de infração por extrapolação do prazo definido no Mandado de Procedimento Fiscal. Ainda, alegou que todas as contribuições que serviram de base para a lavratura foram recolhidas e pagas, mesmo que não tenham sido juntadas nos autos, e que as Certidões Negativas de débitos federais demonstram a regularidade fiscal da empresa. Por final, aduziu que eram feitas retenções de 11% sobre os serviços prestados pela recorrente, inclusive em valores superiores ao devido.

A DRJ-Florianópolis julgou procedente o lançamento. Por entender que a lavratura do Auto de Infração se deu dentro do prazo regulamentar para finalização dos atos previstos no MPF, que o prazo decadencial é decenal, que o julgador administrativo está vedado de afastar aplicação de lei ou decreto em razão de mera alegação de inconstitucionalidade na forma do art. 18, da Portaria da RFB n. 10.875/2007. Quanto à

regularidade na entrega das GFIP's, não houve qualquer indício de prova de que houve a entrega das informações ausentes. Já a apresentação de Certidões Negativas de Débito não impossibilitam a existência ou o levantamento de outras irregularidades, apenas representando que no momento de sua emissão, não havia irregularidades apontadas ou créditos tributários constituídos. Por final, quanto à alegação de retenção de 11% sobre serviços prestados, em nada afetaria o auto de infração, pois não se tratava objeto desse.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário tempestivo, alegando exatamente os mesmos argumentos da impugnação.

Os autos vieram ao 2º Conselho de Contribuintes, o qual teve as competências atribuídas à 2ª Secção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, distribuído à presente Turma Recursal.

É o relatório.

Voto

Conselheiro GUSTAVO VETTORATO, Relator

II - Como primeira preliminar a ser enfrentada, em face do suposto extrapolamento do prazo para finalização dos procedimentos de fiscalização contidos no Mandado de Procedimento Fiscal, remete-se ao externado pela decisão recorrida, ao qual não teria ocorrido intempestividade. Pois, o Fisco teria concluído no dia 26.07.2007, um dia antes do final do prazo (27.07.2007).

Ademais, é entendimento de ampla maioria dos julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, seguindo a orientação dos antigos Conselhos de Contribuintes, de que o Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pelo Decreto n. 3.969/2001, é apenas um instrumento de natureza jurídica administrativo-gerencial, que não afeta o lançamento de ofício. Isso porque o lançamento de ofício é o ato administrativo vinculado para constituição do crédito tributário, baseado na competência do agente, objeto/conteúdo, forma, finalidade e motivo, conforme determinado pela lei tributária de natureza ordinária, que não pode ser afastado por ato infralegal, que não lhe atribui tais efeitos. Tudo isso em observância ao artigos 100, 142, 145 e 149 do CTN. (Precedente: Acórdão n. 202-19.208, de 03.06.2008, 2º CC/MF). Tanto que o MPF não tem o condão de interromper a decadência, como faz a ciência da NFLD que consubstancia o ato de lançamento do crédito tributário.

Ressalta-se o fato que os atos do processo administrativo tributário federal, somente serão nulos no caso estabelecidos no art. 59, do Decreto n. 70235/1972 (com força de lei ordinária). Ou seja, a nulidade somente seria decretada nos caso que os atos e termos fossem lavrados por pessoa incompetente, ou despachos e decisões que preterissem a defesa. No caso, não houve qualquer preterição de defesa. Defesa que foi oportunizada, bem como em face da constituição do crédito.

Dessa forma, entendo pelo não acolhimento desta preliminar.

III - Quanto à questão preliminar relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser parcialmente reconhecida.



O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante n.º 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".

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

Observando que o lançamento de crédito tributário oriundo de descumprimento de obrigação instrumental decorre de lançamento de ofício, em especial nos casos de declarações que não tenham sido prestadas, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária (art. 149, II, do CTN). Assim, no presente caso, as regras de decadência do crédito tributário a serem aplicadas não são as definidas para os casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação de pagamento (art. 150, § 4º e art. 156, VII, do CTN), mas das regras destinadas a reger a decadência dos créditos tributários sujeitos ao lançamento de ofício, devendo assim ser observado o disposto nos arts. 156, V, e 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o direito de constituição do crédito tributário será extinto ao termo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Essa é inclusive a orientação jurisprudencial de vários julgados do 2º Conselho de Contribuintes e da 2ª Sessão de Julgamento do CARF/MF, a exemplo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1998

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL

O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário, ou do 173 do mesmo Diploma Legal, no caso de dolo, fraude ou simulação comprovados, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's n.ºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante n.º 08, disciplinando a matéria. In casu, tratando-se de Auto de Infração por descumprimento de obrigação

accessória, aplica-se o artigo 173, inciso I, do CTN, uma vez que a contribuinte omitiu informações ao INSS, caracterizando lançamento de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. (Ac. 2401-00.567, Rel. Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira da 1ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF/MF, sessão de 03.12.2009 – no mesmo sentido Ac. Ac. 206-01.698 do 2ª CC)

No presente caso, em que a aplicação da sanção é feita de acordo com cada mês de competência que não foi apresentada a GFIP, considerando que a ciência do Auto de Infração impugnado foi no dia 30.07.2007, pela contagem do prazo do art. 173, I, do CTN, 5(cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao que o crédito poderia ser lançado, todos os créditos constituídos nas competências anteriores à 11/2001, incluindo essa e a 13/2001, estão caducos.

Logo, a preliminar de decadência deve ser parcialmente acolhida, excluindo-se da NFLD o lançamento dos créditos com base nas competências 02/1999, 08/2000, 09/2000.

IV – Quanto ao mérito, auto de infração foi lavrado com fundamento legal da infringência artigos 32, Inciso IV, §§ 3º e 9º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, e 225, IV, §§ 3º e 4º, do Decreto n. 3.048/1999, vigentes à época da ocorrência dos fatos e da lavratura. A multa foi aplicada conforme o disposto nos artigos 32, IV, §§4º e 7º, da Lei n. 8.212/1991, combinado com o art. 284, inciso I, §§ 1º e 2º, do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999, atualizada pela Portaria MPS nº 142/2007, conforme o art. 102, da lei 8.212/1991. Tais procedimentos atendem os preceitos legais estabelecidos nos arts. 115, 142, 145 e 149 do CTN.

Ainda, os artigos 92 e 102, da Lei n. 8.212/1991, autorizam ao Poder Executivo Federal, mediante Decreto, cominar as penalidades às infrações aos dispositivos do mesmo diploma legal, que não tenham previsão de sanção específicas, respeitados os valores máximos e mínimos nele estabelecidos. Tais valores ainda podem e devem ser atualizados por portaria ministerial.

É prerrogativa do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil zelar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, ficando o contribuinte obrigado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados, bem como, exibir todos os documentos e livros. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, sem prejuízo da penalidade cabível (auto de infração), o fisco pode lançar de ofício a importância devida por intermédio do lançamento, nos termos do art. 33, §§ 1º a 3º e § 7º, e art. 37, da Lei nº 8.212/91, bem como, disposto no art. 113, §§ 2º e 3º, do CTN.

Nos autos não há qualquer prova em contrário de que as informações dos períodos que não foram informados foram realmente apresentadas. Prova essa que foi oportunizada com o momento de impugnação, ou posterior. (art. 16, do Dec. 70.235/19972)

Sob a mera alegação de inconstitucionalidade (inclusive confisco) e ilegalidade de tais dispositivos legais que fundamentam o auto de infração não tem o condão de autorizar ao Administrador Público, agente fiscal ou julgador do contencioso administrativo, de afastar a sua aplicação. No caso dos conselheiros do CARF, tal impedimento está disposto no art. 62, do seu Regimento Interno. Dessa forma, salvo exceções estabelecidas no mesmo dispositivo.

 5

Está caracterizada a infração, bem como a regularidade da autuação, nos termos dos artigos 142, 147 e 149 do CTN.

Todavia, houveram alterações legislativas recentes que obrigam à Administração Fiscal a observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, do CTN, que determina a aplicação da lei a ato ou fato pretérito, 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.

Recentemente, as normas sancionatórias relativas à GFIP foram alteradas pela lei n.º 11.941/09, e provavelmente beneficiam a Recorrente. Foi acrescentado o art. 32-A à Lei n.º 8.212, *in verbis*:

Art. 32-A O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei 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. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

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. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

§ 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. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).


§ 2o Observado o disposto no § 3o deste artigo, as multas serão reduzidas: (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício, ou (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação. (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

§ 3o A multa mínima a ser aplicada será de: (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária, e (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).



II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Destarte, o presente auto de infração deve ser re-analisado para se aplicar a norma mais benígna, inclusive, atentando para a necessidade de análise em conjunto com as demais autuações sofridas pelo contribuinte, registradas em informação fiscal, desde que realmente haja correlação entre elas.

V – Quanto às alegações de que por ter havido pagamento das contribuições previdenciárias dos períodos não informados pela Recorrente por GFIP, excluir-se-ia a aplicação de multa, deve-se anotar uma diferença entre as obrigações do Direito Privado e do Direito Público, especificamente, do Direito Tributário. Enquanto no direito privado as obrigações acessórias acompanham a principal, no Direito Tributário, por força do art. 113, do CTN, as obrigações acessórias são autônomas em relação às principais. A função das obrigações acessórias, mais acertadamente denominadas obrigações instrumentais, é de auxiliar a Fazenda Pública na fiscalização, controle e arrecadação dos tributos, independentemente se há ou não tributos (obrigação principal) a arrecadar. Ou seja, indiferentemente, o pagamento do crédito tributário principal, não exime o contribuinte de cumprir suas obrigações instrumentais, no caso presente de informar.

A verdade de tal entendimento é encontrada no próprio art. 32, §9º, da Lei 8.212/1991, é claro em estabelecer que a empresa deverá apresentar o documento de informação ao Fisco, indiferentemente da ocorrência de fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Dessa forma, o simples pagamento dos créditos tributários oriundos de obrigações principais, não elide o contribuinte de cumprir as obrigações instrumentais ou acessórias de informação.

IV – Quanto ao argumento de que teria a Recorrente sido retida em 11% sobre o valor dos serviços prestados a terceiros. Ao caso concreto não afeta o presente Auto de Infração e suas cominações. Primeiro, por este tratar de descumprimento de obrigação acessória, acima explicitado, segundo pela própria não influência de tal retenção no cálculo da multa.

Na redação do art. 32, §§4º e 7º, da Lei n. 8.212/1991, vigente à época do lançamento e das infrações, o valor da multa aplicada era decorrente do número de segurados da contribuinte, indiferente do valor do crédito tributário informado, pago ou satisfeito. Já na aplicação do art. 32-A, II, do mesmo diploma, conforme incluso pela Medida Provisória n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, as multas são aplicadas com base nos valores informados relativos aos créditos tributários constituídos, indiferentemente se foram satisfeitos ou não.

Logo, não há correlação a ser feita entre as supostas retenções e o cálculo da penalidade constituída.

VII – Por último, quanto à possibilidade de emissão de Certidões Negativas de Débitos ou de Regularidade Fiscal como prova de ausência total de irregularidades, remete-se ao afirmado na decisão recorrida. A emissão delas não impossibilitam a existência ou o levantamento de outras irregularidades, apenas representando que no momento de sua emissão, não havia irregularidades apontadas ou créditos tributários constituídos. A atividade de

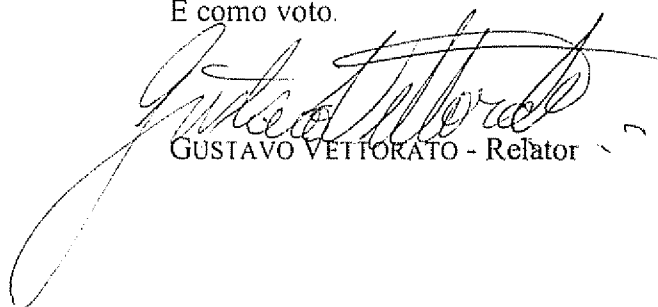


fiscalizar, apurar e constituir créditos tributários em face do não cumprimento das obrigações tributárias é ato vinculado (art. 142, do CTN). Assim, caso a fiscalização vislumbre tal irregularidade não pode esquivar-se de praticar os devidos atos, indiferentemente que há ou não Certidão Negativa emitida com base de uma posição anterior a tais atos.

Dispositivo de Voto

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL, reformando à decisão recorrida e o respectivo Auto de Infração, no sentido de declarar a decadência dos créditos tributários lançados com base nas competências de 02/1999, 08/2000, 09/2000, bem como que a multa ser calculada leve em consideração as disposições da Lei n.º 8.212 de 1991, art. 32-A, na redação conferida pela Lei n.º 11.941/09 e aplicado o que for mais benéfico ao contribuinte, inclusive, atentando para a necessidade de análise em conjunto com as demais autuações sofridas pelo contribuinte desde que haja correlação entre ela.

É como voto.



GUSTAVO VETTORATO - Relator