



FC4-H

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

Processo nº 15956.000488/2007-38
Recurso nº 256.050 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.708 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES
Recorrente CENTRAL PARK COMÉRCIO REPRESENTAÇÕES E LOGÍSTICA LTDA
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM RIBEIRÃO PRETO/SP

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/2002 a 31/05/2003

Ementa:- DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer às disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito à prescrição e decadência.

Tratando-se de descumprimento de dever instrumental, aplica-se o prazo quinquenal previsto no artigo 173, inciso I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

MULTA - INCONSTITUCIONALIDADE - RETROATIVIDADE BENIGNA

Falece a esse órgão administrativo judicante competência para decidir pela inconstitucionalidade de lei. Houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea "c", do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada no Auto de Infração calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

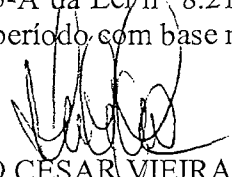
Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

1

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para adequar a multa ao artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, vencida a conselheira Bernadete de Oliveira Barros que aplicava o artigo 35-A da Lei nº 8.212/91 e, por unanimidade de votos, para reconhecer a decadência de parte do período com base no artigo 173, I do CTN.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


ADRIANO GONZÁLES SILVÉRIO – Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração nº 37.112.293-7, o qual exige multa decorrente do não cumprimento, nos termos legais, de obrigação acessória, conforme assim descrito no Relatório Fiscal:

“Autuo a empresa por ter deixado de incluir todos os fatos geradores em GFIP- Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações a Previdência Social, Infringindo a Lei n. 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inc. IV e § 50, também acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10/12/1997 combinado com o art. 225, inc. IV, § 40 do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n. 3048, de 06/05/1999.

No período verificado, envolvendo as competências mar/02 a mai/03, a empresa deixou de Incluir em GFIP os segurados relacionados no ANEXO II, em desacordo com a Lei n. 8.212/91, art. 32, inc. IV e § 30, acrescentados pela Lei n. 9.528/97.”

Devidamente intimada à empresa autuada apresentou sua impugnação alegando decadência parcial do crédito tributário, bem como a ilegitimidade da multa aplicada nos termos dos §§ 4º e 5º do artigo 32 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A DRJ de Ribeirão Preto proferiu acórdão mantendo integralmente a autuação fiscal, entendendo, em suma que, não houve decadência, em virtude do prazo decenal estipulado no artigo 45 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como que a multa fora aplicada dentro dos limites previstos na legislação, não cabendo à autoridade administrativa afastá-la sob a alegação de inconstitucionalidade.

A autuada, cientificada da decisão de primeira instância, apresenta presente recurso voluntário repisando os argumentos deduzidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ADRIANO GONZALES SILVÉRIO, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Preliminarmente alega a decadência do direito do Fisco utilizar o prazo decenal, previsto no artigo 45 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, cabendo, no caso, ser aplicado o prazo previsto no artigo 150 parágrafo quarto da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

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.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

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"

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade."

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I -- que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou"

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restou extinto os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, *in verbis*:

"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.

§1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

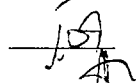
§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar às futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"





Afastado, pois, o prazo previsto originalmente no citado artigo 45, cabe agora verificar o prazo aplicável, se aquele do 150, § 4º ou 173, inciso I, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo **pagamento antecipado** por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150, § 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 989.421/RS, publicado no Diário da Justiça de 10 de dezembro de 2008:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OCORRÊNCIA. ARTIGO 150, § 4º, DO CTN.

(...)

5. A decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece à regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre à contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In. Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170)."

Ocorre que no caso dos autos a situação é distinta, pois não está se tratando de exigência de tributos não recolhidos integralmente ou parcialmente, mas de descumprimento de obrigação acessória por parte do sujeito passivo.

Nessa situação, não há que se cogitar em lançamento por homologação no qual há pagamento antecipado sujeito a posterior homologação pelo Fisco, mas tão somente o cumprimento ou não, pelo sujeito passivo, do dever instrumental que lhe é exigido por lei.

Figure-se, portanto, o lançamento de ofício embasado nas hipóteses do artigo 149 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, o qual se submete ao prazo previsto no artigo 173, inciso I desse mesmo diploma legal. Isto é, ao prazo quinquenal cujo *dies a quo* é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido levado a efeito.



Sabendo-se que na espécie o período verificado está compreendido entre março de 2002 a maio de 2003 e, subsumindo-se o fato ao dispositivo legal acima apontado, verifica-se que não padece a autuação de decadência.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de decadência.

No mérito, alega que a multa aplicada, calculada nos moldes dos §§ 4º e 5º do artigo 32 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 é vaga e deixa para o Poder regulamentar a cominação em si, arrematando que a norma não passa por um exame de constitucionalidade e legalidade.

Sustenta, ainda, que o cálculo da multa baseado no número de segurados viola os princípios da legalidade, ao delegar ao Decreto a competência para fixar o valor em Reais da penalidade, e o da isonomia.

Por fim, arremata no sentido de que “a multa aplicada é flagrantemente inconstitucional devendo a mesma ser anulada, quando menos deve se ater ao limite mínimo disposto no artigo em comento.”

Extrai-se do recurso que a recorrente pretende ver afastada a multa, então na sua redação original, sob o fundamento de inconstitucionalidade, seja pelo fato do dispositivo legal supra na sua visão, ter delegado para a via do decreto a fixação em Reais da multa, seja pelo fato de utilizar-se de fator de discrimen que, no seu ponto de vista, tolheria o princípio da isonomia.

Ocorre que a esse órgão judicante administrativo falece competência para declarar a inconstitucionalidade de lei, conforme reiterada jurisprudência desse Conselho, cristalizada na Súmula CARF nº 2, cuja redação é a seguinte:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Contudo, é certo que o artigo acima citado foi, no curso desse processo, alterado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, cabendo, portanto, analisar a viabilidade ou não da aplicação do que dispõe a alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

A meu ver houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada no presente AI calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER** o recurso, rejeitar a preliminar de decadência e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para que a multa seja fixada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010


ADRIANO GONZALES SILVÉRIO