



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

Processo n° 15983.000835/2008-86
Recurso n° 865.081 Voluntário
Acórdão n° 2401-01.720 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente IRINEU FLORÊNCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

AUTO DE INFRAÇÃO: OMISSÃO DE FATOS GERADORES NA DECLARAÇÃO DE GFIP.

Apresentar a GFIP sem a totalidade dos fatos geradores de contribuição previdenciária caracteriza infração à legislação previdenciária, por descumprimento de obrigação acessória.

ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO. MULTA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DA NORMA SUPERVENIENTE.

Tendo-se em conta a alteração da legislação, que instituiu sistemática de cálculo da penalidade mais benéfica ao sujeito passivo, deve-se aplicar a norma superveniente aos processos pendentes de julgamento.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

RETIFICAÇÃO DE DECLARAÇÕES PRESTADA PELO SUJEITO PASSIVO. REDUÇÃO OU EXCLUSÃO DE TRIBUTO DEVIDO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO FATO QUE DEU ORIGEM À RETIFICAÇÃO.

Somente podem ser acatadas as retificações, promovidas pelo sujeito passivo, em declarações por ele prestadas ao Fisco, as quais venham a reduzir ou excluir o tributo devido, quando haja justificativa plausível para a alteração dos dados.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NÃO RECONHECIMENTO.

A ocorrência da prescrição intercorrente não é reconhecida no processo administrativo fiscal.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE ENFRENTA TODOS OS PONTOS DA IMPUGNAÇÃO E FUNDAMENTA AS SUAS CONCLUSÕES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra nulidade, por cerceamento ao direito de defesa, na decisão que enfrenta os pontos suscitados pelo contribuinte e fundamenta satisfatoriamente as suas conclusões.

MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Não pode a autoridade fiscal ou mesmo os órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação da multa legalmente prevista, sob a justificativa de que tem caráter confiscatório.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado por unanimidade de votos: I) rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, dar provimento parcial do recurso, para que se recalcule o valor da penalidade nos termos do art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996, deduzidas as multas aplicadas sobre contribuições previdenciárias nas NLFD correlatas.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleuza Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, fls. 102/123, interposto pela empresa acima identificada contra decisão da DRJ em Campinas, fls. 93/97, que declarou procedente o Auto de Infração n. 37.152.585-3, posteriormente cadastrado sob o número de processo constante no cabeçalho.

A lavratura em questão diz respeito a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória que, nos termos do Relatório Fiscal da Infração, fls. 09/10, decorreu da conduta da empresa de deixar de declarar na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP a totalidade dos fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Asseverou o Fisco que a empresa deixou de informar na GFIP o total do montante pago a segurado contribuinte individual, conforme tabela junta às fls. 11.

A empresa apresentou impugnação, fls. 16/32, na qual, em síntese, alegou que:

a) falta ao AI os elementos que lhe possam conferir validade, por esse motivo o mesmo é nulo;

b) procedeu a retificação das declarações, de modo que passassem a refletir a realidade financeira da empresa;

c) o Agente Fiscal não lhe concedeu um prazo razoável para efetuar as mencionadas retificações;

d) comprovado que a empresa retificou equívocos cometidos quando da preparação de suas declarações, o AI deve ser nulificado;

e) o Fisco no presente lançamento está a tributar lucros e dividendos e não pró-labore, sendo injustificada a exigência;

f) o crédito tributário deve ser excluído uma vez que a exação está recaindo sobre rendimento distribuído ao proprietário da firma individual sobre a qual verifica-se a isenção, tanto das contribuições previdenciárias, quanto do imposto de renda;

g) a multa de mora deve ser reduzida, uma vez que foi aplicada em percentual além do permissivo legal e sem qualquer embasamento jurídico;

h) os documentos colacionados comprovam que a empresa cumpriu rigorosamente com suas obrigações previdenciárias.

Ao final pede que lançamento seja nulificado ou que seja determinada a exclusão do crédito correspondente.

A DRJ em Campinas julgou integralmente procedente o lançamento, tendo o acórdão carregado a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 29/08/2008

NULIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL

Rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada contra o procedimento administrativo fiscal, quando não é provada nenhuma violação aos arts. 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 e o processo obedece às determinações legais, garantindo ao Contribuinte o contraditório e a ampla defesa.

LANÇAMENTO COM BASE NA DIRF - Declaração de Imposto Retido na Fonte

A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento. Art. 147, § 10 do CTN.

PREVIDENCIÁRIO - INFRAÇÃO - APRESENTAÇÃO DE GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES A TODOS OS FATOS GERADORES

Apresentar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, constitui infração ao art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91

CONEXÃO

O instituto da conexão se aplica subsidiariamente ao contencioso administrativo, sendo facultado ao julgador a reunião dos mesmos para apreciação e julgamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário, no qual alega que a decisão recorrida não pode subsistir, posto que plenamente alicerçada nas informações constantes no relato do Fisco, o qual está longe de condizer com a realidade, uma vez que a empresa cumpriu integralmente com as suas obrigações tributárias.

Afirma que ocorreu a prescrição do direito da Fazenda de exigir as contribuições, posto que transcorreu o lapso de cinco anos entre a ocorrência dos fatos geradores e o início do ano de 2010.

A partir de então, passa a repetir as mesmas alegações já apresentadas na defesa.

Ao final requer o pleno provimento do seu recurso, conforme as alegações acima expostas.

Processo nº 15983.000835/2008-86
Acórdão n.º **2401-01.720**

S2-C4T1
Fl. 153

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira De Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Nulidade

Protesta a recorrente pela nulidade da decisão recorrida, por lhe faltar fundamento. Esse argumento me parece que não deve ser acolhido. É que o órgão *a quo* enfrentou todos os pontos aventados no recurso, sopesando as provas acostadas e apresentando toda a fundamentação jurídica que embasou as suas conclusões.

Ademais, a empresa apenas alega que a DRJ efetuou o julgamento apenas se baseando no conteúdo do AI, o qual contém afirmações que destoam da realidade. De fato, o órgão de primeira instância, ao enfrentar o mérito da causa, inexoravelmente vai aderir a uma das teses seja da defesa ou do ataque, posto que ao julgador, estando o processo em condições julgamento, não é dado se abster de emitir sua decisão.

Na situação sob testilha, se a tese vencedora foi a da procedência do lançamento, fatalmente a DRJ teria que se basear nos fatos trazidos ao mundo pela Auditoria Fiscal. Uma vez expostas as peças de ataque de defesa, tem o julgador que se posicionar, pondo fim na lide naquela instância, desde que o faça com esteio nas provas e na legislação aplicável ao caso.

Ponderar se a decisão foi ou não acertada é o que deve fazer o órgão *ad quem* quando do enfrentamento das questões de mérito, mas a princípio não enxergo nenhum vício que pudesse tornar nulo o decisório da DRJ.

O Decreto n. 70.235/1972, quando trata das nulidades, prevê:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Por não enxergar na decisão recorrida qualquer das hipóteses acima listadas, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

Prescrição

A ocorrência da prescrição intercorrente é outra questão trazida à baila no recurso. Afirma a recorrente que tendo os fatos geradores ocorrido no exercício de 2004 e estando em janeiro de 2010 (momento da protocolização do recurso) o processo ainda pendente

de julgamento, teria ocorrido o transcurso do prazo prescricional previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

A conclusão acerca da improcedência dessa alegação não exige maiores esforços, é que existe súmula do CARF afastando tal pretensão, vejamos:

Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

Da concessão de prazo pelo Fisco para apresentação de documentos

Afirma a empresa que o Fisco não lhe oportunizou prazo razoável para que pudesse comprovar que não estava em débito para com a Seguridade Social, não lhe permitindo apresentar os elementos que justificariam a sua posição.

Esse argumento é descabido. A Auditoria solicitou a documentação da empresa e deu-lhe prazo para apresentação da mesma. De posse dos elementos fornecidos formou sua convicção quanto a necessidade de aplicar a multa em razão do descumprimento de obrigação acessória.

O Relatório Fiscal indica inclusive os documentos em que se baseou para efetuar sua apuração, documentos esses fornecidos pela empresa, não havendo razão para que agora se alegue que não houve prazo para apresentação documental.

Da retificação das declarações

Assevera a recorrente que, tendo requerido a retificação de suas declarações, perante a RFB, nenhuma medida que importasse em exigência de contribuições incidentes sobre os fatos geradores objeto da retificação poderia ser implementada.

Para comprovar essa alegação foram acostadas guias retificadoras da DIRF e da DIPJ relativas ao ano calendário de 2004, onde se verifica que os valores pagos ao segurado Irineu Florêncio foram ajustados e os pagamentos de pró-labore passaram a coincidir com aqueles declarados na GFIP.

Justificou a empresa que a correção dos dados tornou-se necessária quando ficou constatada a ocorrência de erro de digitação.

Uma primeira observação que me parece pertinente é que na espécie não se verificou a retificação da GFIP, apenas foram retificados os dados da DIRF, de modo que os valores de pró-labore pagos ao Sr. Irineu Florêncio passaram a coincidir com aqueles declarados na guia informativa da Previdência.

A solução da lide, leva-me a perquirir acerca da possibilidade de se retificar, após o início da ação fiscal, guias declaratórias apresentadas pelo sujeito passivo, de modo a reduzir ou excluir o valor do tributo lançado, com base nas informações prestadas.

Um primeiro ponto a ser levado em conta é que a empresa foi cientificada do início da ação fiscal em 24/06/2008, e que promoveu a retificação da DIRF em 25/09/2008, portanto após ter sido cientificada de que estava sob procedimento fiscal.

A princípio, nos termos do art. 7.º, § 1.º do Decreto n. 70.235/1972, o sujeito passivo estaria impedido de efetuar a retificação da DIRF, uma vez que já teria perdido a espontaneidade. Porém, há de se ter em conta que o tributo objeto da ação fiscal não estava relacionado diretamente à referida declaração. Quanto à retificação da GFIP, inquestionavelmente teria o contribuinte sido atingido pela perda da denuncia espontânea, porém quanto à declaração relativa ao Imposto de Renda Retido na Fonte, não há de se considerar esse efeito.

Nesse sentido, entendo cabível a retificação da DIRF mesmo após o início de procedimento fiscal, posto que esse tinha como desiderato verificar a regularidade fiscal do contribuinte quanto ao recolhimento das contribuições para a Seguridade Social.

Pois bem, aceitando-se como lícita a retificação levada a cabo pelo sujeito passivo, há de se investigar se os novos dados declarados merecem ser acolhidos pelo Fisco. Ao tratar dessa problemática, o Código Tributário Nacional – CTN prescreve que as correções de informações prestadas pelo contribuinte, que visem reduzir o valor do tributo devido, somente devem ser aceitas quando satisfatoriamente justificadas. Eis o texto legal:

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando uni ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

§ 1. A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.

§ 2. Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.

Tal dispositivo visa a impedir que o sujeito passivo promova, sem justificativa plausível, retificações nas declarações prestadas ao fisco, no intuito de suprimir o recolhimento de tributos.

No caso concreto, tenho que o procedimento adotado pela empresa, não deve ser acatado, uma vez que o seu alibi para alterar os dados informados foi o mero erro de digitação, esqueceu-se porém que as conclusões do fisco foram alicerçadas não somente nas guias declaratórias, mas também no Livro Caixa apresentado. Quanto a esse a empresa não trouxe qualquer prova no sentido de que o tivesse alterado, providência imprescindível para que se acatasse a tese recursal.

Devo então dar razão ao órgão recorrido, uma vez que os argumentos utilizados no recurso para justificar a retificação da DIRF são frágeis, carecendo de maiores comprovações.

Para reforçar o meu ponto de vista, vou transcrever aqui ementa de julgado trazido aos autos pela recorrente, em que fica assentado que a comprovação do pagamento de distribuição de lucros e de rendimento do trabalho (pró-labore) não pode prescindir da correta escrituração em Livro Caixa para as empresas optantes pelo SIMPLES:

APELAÇÃO CÍVEL N" 2002.71.07.005427-8/RS

RELATOR : Des. Federal DIRCEU DE ALMEIDA SOARES

APELANTE : LUPEME IND. METALÚRGICA LTDA

ADVOGADO : Zenaide Ferrari dos Santos e outro

APELADO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO : Sibelegina Luz Grecco EMENTA

SIMPLES. LUCRO PRESUMIDO. ESCRITA CONTÁBIL. LIVRO CAIXA. DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. PRÓ-LABORE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

1. O contribuinte optante pelo SIMPLES, sofrendo tributação pelo lucro presumido, não está obrigado à manutenção de escrita contábil, mas tão-somente de Livro Caixa. 2. Aos sujeitos privados é dado fazer tudo que a lei não proíbe, pelo que não é possível que se exija do contribuinte que faça algo de que a lei expressamente o dispensa - escrituração contábil -, sujeitando-o, à autuação e tributação. 3. Valores recebidos a título de distribuição de lucros não configuram pagamento de natureza salarial, sendo ilegítima a incidência da contribuição social sobre esses valores. 4. Para a verificação da natureza dos valores lançados, basta que o contribuinte mantenha Livro Caixa discriminando contabilmente os lançamentos decorrentes do trabalho (pró-labore), sobre os quais incide a contribuição previdenciária, e os lançamentos referentes à distribuição dos lucros. 5. À lei é indiferente que a distribuição de lucros tenha se procedido, em algumas competências, em meses subsequentes. Tal circunstância não se configura ilegal, nem enseja conclusão inequívoca de evasão fiscal. (grifei)

Diante da ausência de provas quanto à necessidade de retificação da DIRF, entendo que deva ser mantido o lançamento, considerando-se como pró-labore os valores apontados pelo Fisco, os quais foram lançados na declaração original com o código "0561", que corresponde a rendimentos do trabalho assalariado.

A partir dessa conclusão, é inconteste que tais quantias deveriam ter sido declaradas na GFIP, conforme prevê a Lei n. 8.212/1991, *verbis*:

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 a multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (...)*

Descabida, portanto, a alegação de que o crédito tributário deveria ser excluído em razão dos fatos narrados pelo fisco não se amoldarem a hipótese de incidência prevista na norma legal.

Da multa aplicada

Arguiu a recorrente a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que uma vez definido o patamar da quantificação da penalidade pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no *quantum* previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da infração - fato incontestável - aplicou a multa no patamar fixado na legislação, conforme muito bem demonstrado no Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, fl. 07, em que são expressos o fundamento legal e os critérios utilizados para a gradação da penalidade aplicada.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. A esse respeito, trago a colação súmula do CARF que carrega a seguinte redação:

SÚMULA NO 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

No entanto, há um reparo a ser feito quanto à aplicação da penalidade. É que ocorreu alteração do cálculo da multa para esse tipo de infração pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009. Nessa toada, deve o órgão responsável pelo cumprimento da decisão recalcular o valor da penalidade, posto que o critério atual é mais benéfico para o contribuinte, de forma a prestigiar o comando contido no art. 106, II, “c”, do CTN, *verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Deve-se, então, limitar a multa do presente AI ao valor calculado nos termos do art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996 (75% do tributo a recolher), deduzidas as multas aplicadas sobre contribuições previdenciárias nas NLF D correlatas.

Processo n.º 15983.000835/2008-86
Acórdão n.º **2401-01.720**

S2-C4T1
Fl. 156

Diante de todo o exposto, voto por afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, pelo provimento parcial do recuso, para que se recalcule o valor da penalidade nos termos do art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996 (75% do tributo a recolher), deduzidas as multas aplicadas sobre contribuições previdenciárias nas NLFD correlatas.

Kleber Ferreira de Araújo