



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

Processo n° 19740.000124/2008-15
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-003.665 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria Auto de Infração - GFIP
Recorrente IRB BRASIL RESSEGUROS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1996 a 28/02/2006

DECADÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF DOS ARTIGOS 45 E 46 DA Lei nº 8.212/91. CONTAGEM DO DE ACORDO COM O 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 (CTN).

Tratando-se de obrigação acessória aplica-se a regra decadencial prevista no artigo 173 inciso I do Código Tributário Nacional.

MULTA. GFIP. PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NO CURSO DA AÇÃO FISCAL E APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL

O pagamento das contribuições previdenciárias no curso da ação fiscal não tem o condão de *per si* afastar a multa da GFIP prevista à época dos fatos. Deveria o sujeito passivo ter formulado pedido de relevação da multa e entregue as GFIPs corrigidas dentro do prazo de impugnação.

Inaplicável o artigo 71 do Código Penal já que restrito a ocorrência de crimes e não infrações administrativas.

MULTA. RETROATIVIDADE.

Havendo beneficiamento da situação do contribuinte, incide a retroatividade 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 a multa lançada na presente autuação ser 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 11/2001, anteriores a 12/2001, nos termos do voto do (a) Relator (a); b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32-A, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente da turma), Damião Cordeiro de Moraes, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Trata-se de AI nº 37.129.615-3, cientificado ao contribuinte em 20/12/2007, o qual exige multa pelo fato de o sujeito passivo ter entregado GFIP sem a inclusão de todos os dados correspondentes aos fatos geradores das contribuições previdenciárias:

Segundo o Relatório Fiscal foram apurados os seguintes levantamentos: relativos a: i) adicional financeiro sobre folha de pagamento dos segurados empregados e contribuintes individuais; ii) transporte auxílio-creche; iii) pagamentos a cooperativas; iv) glosa de compensação; v) PLR pago a diretores não empregados; vi) complemento de auxílio doença não extensível a todos os empregados e vii) pagamentos efetuados em sede de reclamatória trabalhista recolhida em GPS código 2909.

A ora recorrente, devidamente intimada, apresentou sua impugnação alegando a decadência do direito do Fisco constituir seus créditos tributários e que a multa não pode ser aplicada a partir de dezembro de 2002, pois as contribuições previdenciárias apuradas na NFLD 37.129.614-5 foram pagas.

A DRJ do Rio de Janeiro julgou parcialmente procedente a impugnação, acolhendo a preliminar de decadência, com fundamento no artigo 173, inciso I do CTN.

A autuada apresentou recurso voluntário renovando os argumentos deduzidos anteriormente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso reúne as condições de admissibilidade e dele conheço.

Decadência

Por se tratar a decadência de matéria cujo reconhecimento prejudica o mérito da demanda administrativa, passo apreciar esse tema em sede de preliminar.

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.

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 na 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, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

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, na sistemática de recurso repetitivo, nos autos do Recurso Especial 973.733/SC, a qual deve ser atendida, por força do disposto no artigo 62-A Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra

da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

No caso desses autos não se cogita a aplicação do artigo 150, § 4º como pretende a recorrente, pois não há pagamento a ser homologado, uma vez que se trata de cumprimento de obrigação acessória, cujo prazo é aquele previsto no artigo 173, inciso I, do CTN.

Sabendo-se que a recorrente foi intimada da NFLD em 20/12/2007 estão decadentes, pela aplicação da regra insculpida no artigo 173, inciso I do CTN as competências até 11/2001, anteriores a 12/2001.

Mantida, pois, a decisão recorrida nesse mister.

Mérito

A legislação, à época dos fatos, assim descrevia a conduta:

"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." (grifamos).

O citado dispositivo impõe a obrigação às empresas para informar mensalmente em GFIP os dados relacionados aos fatos geradores da obrigação tributária, bem como a respectiva multa pelo descumprimento desse dever instrumental.

A autoridade administrativa, no curso da fiscalização, ao verificar que determinados valores foram pagos aos funcionários da recorrente entendeu que esses subsumiam-se ao conceito de remuneração e, portanto, lançou as contribuições previdenciárias devidas.

Partindo-se dessa premissa, qual seja, da configuração de salário, verificou que a recorrente não os informou em GFIP, descumprindo, desse modo, o dispositivo legal supra que, no meu entender, caracteriza, ou melhor, tipifica, a conduta aqui apurada.

Ademais, se o citado dispositivo determina que as informações deverão ser prestadas mensalmente, nada mais coerente do que a multa ser aplicada em cada mês em que se identificou a infração, não cabendo aqui falar-se em aplicação do artigo 71 do Código Penal, até porque esse dispositivo, como se extrai da sua redação, está restrito a crimes e não a infrações administrativas.

O fato de, no curso da ação fiscal, a recorrente ter quitado as contribuições previdenciárias que a seu ver não estavam abarcadas pela decadência não tem o condão de afastar a aplicação da multa em questão, como bem observou a decisão recorrida nos seguintes excertos:

*"28.4. De acordo com a legislação acima mencionada, conclui-se que a Impugnante poderia ter a multa que lhe foi imposta por descumprimento da obrigação acessória **atenuada** ou até mesmo **relevada**, se tivesse sido atendido ao disposto no § 1º do artigo 291 do RPS, qual seja: formulado o pedido de relevação da multa e corrigido a falta dentro do prazo de impugnação, ainda que não contestada a infração, desde que fosse o infrator primário e não tivesse ocorrido nenhuma circunstância agravante.*

28.5. Entretanto, a Impugnante não faz nenhuma menção referente A. correção da falta, nem tampouco consta dos autos quaisquer documentos que apontem uma possível retificação das GFIP que motivaram a autuação e a conseqüente aplicação da multa.

*28.6. A hipótese para que não fosse lavrado o Auto-de-Infração com a conseqüente aplicação da multa, seria se tivesse ocorrido a **denúncia espontânea da infração**, ou seja, se a Impugnante*

tivesse procedido a correção das GFIP entregues com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, antes do iniciado procedimento de fiscalização, o que não ocorreu”

Em relação à aplicação da tabela de segurados para o cálculo da multa, há de se registrar que o dispositivo legal da multa aplicada foi alterado pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, merecendo verificar a questão relativa à retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

A penalidade aplicada ao caso era a prevista no § 5º do artigo 32 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual previa multa de 100% (cem por cento) sobre o valor devido da contribuição não declarada, limitada pelo número de segurados. É certo que o artigo acima citado foi, no curso desse processo, revogado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, a qual instituiu uma nova multa para casos como esse ora analisado, previsto no novel artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 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.

Segundo as novas disposições legais, a multa prevista no recente dispositivo legal prevê multa de R\$20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas, tal como ocorre no caso.

Entendo que não se aplica ao caso a multa prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91 uma vez que esse se refere apenas ao lançamento de contribuições previdenciárias, não cabendo interpretação extensiva para incluir nesse dispositivo a “declaração inexata” do artigo 44 ao qual ele faz referência.

A meu ver houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade 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 Auto de Infração calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, incluído pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER o recurso voluntário e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO para que a multa aplicada seja calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, se mais benéfica à recorrente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator