



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

Processo nº 35013.002181/2006-48
Recurso nº 146.573 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.011 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de março de 2009
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente CONDOMÍNIO SHOPPING ITAIGARA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/2005

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE -
OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS - ART 173, I, CTN

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.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/2005

PREVIDENCIÁRIO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO
- MULTA

A apresentação de GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias sujeitará o infrator à penalização administrativa

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS -
CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

LEGISLAÇÃO POSTERIOR - MULTA MAIS FAVORÁVEL -
APLICAÇÃO

CONFERE COM O ORIGINAL

Deub 30/07/09

[Assinatura]

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: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/03/2005

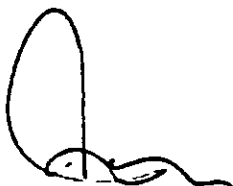
INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

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.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de decadência; II) Por maioria de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/1999, inclusive as incidentes sobre o 13º salário de 1999. Vencido o Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votou por declarar a decadência até a competência 10/2000 III) Por unanimidade de votos: a) em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; e b) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso para adequar o valor da multa ao disciplinado pela MP nº 449/2008.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado.

CONFERE COM O ORIGINAL
Sub
20/07/09

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 (fls. 18/19), a autuada teria deixado de informar em GFIP, a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais, bem como pagamentos efetuados a cooperativas de trabalho, cujos levantamentos constam das NFLDs nº 35.690.840-2 e 35.690.835-6.

A notificada apresentou defesa (fls. 103/112) onde alega que não houve qualquer erro no preenchimento da GFIP e solicita que a multa aplicada seja considerada improcedente.

Aduz que a autuação foi lavrada ao arrepio da legislação vigente e que a atividade administrativa é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

Alega que a multa aplicada é confiscatória e solicita as benesses da legislação em ter a penalidade aplicada atenuada, com possibilidade de relevação da multa, haja vista sua primariedade.

Finaliza com a solicitação de que haja revisão dos dados em confrontação documental, com realização de perícia n local do estabelecimento da autuada.

Pela Decisão-Notificação nº 04.401.4/0079/2006 (fls. 119/128), a autuação foi considerada procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 132/140) onde apresenta as mesmas alegações de defesa.

A SRP apresentou contra-razões (fls. 184/188), pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

CONFERE COM O ORIGINAL

Euclides

10/07/09

Q

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Inicialmente cumpre afastar a alegação de nulidade do auto de infração por suposta violação ao princípio da legalidade.

A autuação em referência foi efetuada na estrita observância das disposições que regem a matéria e que foram devidamente informadas ao sujeito passivo.

A auditoria fiscal, em ação fiscal realizada na recorrente, verificou que a mesma não incluiu em GFIP, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias, pois deixou de incluir toda a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais, bem como os valores pagos a cooperativas de trabalho.

A atuada alega que teria apresentado as GFIPs de acordo com a legislação, mas não faz prova de sua alegação e não se pode perder de vista o princípio da veracidade que reveste o ato administrativo.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento.

Embora não suscitada pela recorrente, não é possível deixar de verificar a ocorrência de decadência de parte da multa aplicada, à luz da Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

"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"

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos, 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

CONFIRMAÇÃO COM O ORIGINAL
Bou 10/07/09

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 seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art 45 da Lei nº 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Quanto ao lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

CONFERE COM O ORIGINAL
10/04/09



o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

Assevere-se que a questão foi objeto de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAT Nº 856/ 2008 aprovada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 01/09/2008, nos seguintes termos:

"Aprovo. Frise-se a conclusão da presente Nota de que o prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN."

Portanto, entendo que, no que tange à aplicação de multa pelo descumprimento da obrigação acessória, esta seria improcedente para o período de 01/1999 a 11/1999, inclusive o décimo-terceiro salário de 1999, uma vez que a autuação se deu em 25/11/2005, data da intimação do sujeito passivo.

A autuada alega que teria benefício de atenuação ou mesmo relevação da multa.

A atenuação da multa é possível ainda que não solicitada pelo sujeito passivo, quando ocorrida a circunstância atenuante consubstanciada na correção da falta até a decisão da autoridade competente conforme dispõe o inciso V do art. 292 do Decreto nº 3.048/1999.

A relevação de multa tem previsão no § 1º do art. 291 do mesmo decreto que versa o seguinte:

"§ 1º A multa será relevada, mediante pedido dentro do prazo de defesa, ainda que não contestada a infração, se o infrator for primário, tiver corrigido a falta e não tiver ocorrido nenhuma circunstância agravante."

Como se vê, embora a recorrente pleiteie os encimados benefícios, não comprovou ter preenchido os requisitos para tanto.

Quanto ao pedido de perícia, tal qual o julgador de primeira instância, entendo que o mesmo não se mostra necessário.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

CONFERE COM O ORIGINAL
30/07/09

D

"Art. 16 - A impugnação mencionará:

.....
IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. "

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia.

Quanto à alegação de que a multa aplicada seria confiscatória, não confiro razão à recorrente.

Pelo princípio da legalidade, não cabe ao julgador no âmbito administrativo deixar de aplicar dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico.

O controle da constitucionalidade no Brasil é 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 repete 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 expresso declare a sua recusa e

CONFERE COM O ORIGINAL

[Assinatura] 30/07/09

[Assinatura]

aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Por fim, no que tange à multa aplicada, cumpre observar a alteração trazida pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 que revogou os parágrafos 3º a 8º do art. 32 da Lei nº 8.212/1991 e acrescentou o art. 32-A com a seguinte redação:

"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 dois por cento ao mês-calendário ou fração, incidente 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 vinte por cento, observado o disposto no §3º; e

II- de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas

§1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I 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; e

II- R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos."

CONFERE COM O ORIGINAL



Conforme dispõe o art 106, inciso II, aliena "c" do Código Tributário Nacional, 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.

Assim, entendo que a superveniência de novo dispositivo legal alterando o cálculo da multa a ser aplicada nas infrações da espécie, cujo valor se revela mais favorável ao contribuinte deve ser considerado com amparo no citado artigo do *Códex* Tributário.

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 reconhecer que houve a decadência do direito de lançar a multa por descumprimento de obrigação acessória no período de 01 a 11/1999, inclusive 13º salário de 1999, bem como para que seja feita a adequação do cálculo da multa ao dispositivo instituído pela Medida Provisória nº 449/2008.

É como voto.

Sala das Sessões, em 3 de março de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

CONFERE COM O ORIGINAL
Bautista
30/07/09