



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

Processo nº 36750.002575/2006-25
Recurso nº 159.709 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.331 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente PA CONFECÇÕES LTDA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 13/04/2006

GFIP. ERROS NOS DADOS RELACIONADOS AOS FATOS GERADORES. INFRAÇÃO.

Constitui infração, punível na forma da Lei, a apresentação de Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme disposto na Legislação.

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

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.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para excluir, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, os fatos utilizados para o cálculo da multa, até 11/2000, anteriores a 12/2000, inclusive 13/2000, nos termos do voto do relator. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para, no mérito, determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, Art. 44, da Lei 9430/1996 (Art. 35-A, Lei

8.212/1991), deduzidos os valores a título de multa nos lançamentos correlatos, e que esse cálculo seja comparado com a multa já aplicada, a fim de se utilizar o cálculo mais benéfico à recorrente, nos termos do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA
Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Nereu Miguel Ribeiro Domingues.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), Campo Grande / MS, que julgou procedente a autuação motivada por descumprimento de obrigação tributária legal acessória, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), a partir das fls. 016, a autuação refere-se a recorrente ter apresentado Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme disposto na Legislação, no período de 07/1999 a 01/2006.

Os motivos que ensejaram a autuação estão descritos no RF e nos demais anexos da autuação.

Em 13/04/2006 foi dada ciência à recorrente da autuação, fls. 059.

Contra a autuação, a recorrente apresentou impugnação, a partir das fls. 061, acompanhada de anexos, onde alegou, em síntese, que:

1. A autuação é nula, pois inexistiu sucessão da empresa Letice Comercial Ltda pela empresa PA Confecções Ltda ME;
2. Solicita a atenuação ou a relevação da multa;
3. Afirma que, em vários pontos, a autuação é contrária à Constituição Federal;
4. A multa não pode ser aplicada com efeito cascata;
5. A Taxa SELIC não pode ser aplicada para a correção de débitos tributários;
6. Requer, por fim, em síntese, o provimento das razões presente na impugnação.



Diante dos argumentos da defesa, foram solicitados esclarecimentos à fiscalização, fl. 0436.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, a partir das fls. 0437.

Os pronunciamentos fiscais foram encaminhados à recorrente e foi reaberto seu prazo para defesa, fl. 0440.

A recorrente apresentou novas argumentações, fls. 0444 a 0446, acompanhada de anexos.

A Delegacia analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, a partir das fls. 0460.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0487 a 0499, acompanhado de anexos, onde reitera os argumentos já apresentados na impugnação.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 0502.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized loop followed by a short horizontal stroke.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR

Quanto às preliminares, a recorrente alega que a autuação é nula, pois inexistente sucessão da empresa Letice Comercial Ltda pela empresa PA Confeções Ltda ME.

O Fisco concluiu que a PA Confeções era sucessora da Letice Comercial pelos seguintes motivos:

1. As empresas Letice Comercial Ltda e PA Confeções Ltda Me situam-se no mesmo espaço físico;
2. As duas empresas atuam sob o mesmo nome fantasia: "Lojas Centauro";
3. Os sócios fazem parte de uma mesma família;
4. A empresa PA Confeções Ltda ME foi constituída no mesmo local da empresa Letice Comercial Ltda;
5. As duas empresas atuam no mesmo ramo de atividade comercial;
6. Os empregados de Letice Comercial Ltda trabalham, de fato, para PA Confeções Ltda, ao lado dos empregados desta;

Com todos esses indícios, somados aos depoimentos dos responsáveis pelas empresas, fica claro que há um processo de sucessão da Letice pela PA.

Esse processo não pode acarretar extinção de obrigações tributárias a serem adimplidas, pois a legislação busca resguardar os créditos tributários.

CTN:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I. integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;



II subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. “

Portanto, como se verifica, a legislação resguardou o direito do Fisco em cobrar da sucessora, que adquiriu a sucedida por qualquer título, os créditos devidos.

Nessa mesma linha aponta o Poder Judiciário:

"EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PARA O FGTS -- RESPONSABILIDADE, CIL! ART. 133, CLT, ART. 448.

1 - A responsabilidade, por sucessão, em obrigações de natureza fiscal ou trabalhista independe de fusão ou incorporação das sociedades. O direito positivo pôs em relevo, para fixação da responsabilidade em tais casos, não os aspectos formais da constituição da sociedade, e sim os aspectos concretos da exploração da empresa, assim considerada a atividade economicamente organizada. 2 - Recurso desprovido" (TRF 4 Região, Ap. Cv. 91.04.18996-5-RS, 2º Turma, Juiz Teori Albino Zavasceli, DL 15.06.94.)

Portanto, não há razão no argumento da recorrente.

Quanto às preliminares, a recorrente alega que há exigências no lançamento que são inconstitucionais.

Esclarecemos à recorrente que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Poder Judiciário pela Constituição Federal.

No Capítulo III, do Título IV, da Constituição Federal, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconheçam a constitucionalidade de normas jurídicas é infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional. ”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos



administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) se auto-impôs regra nesse sentido:

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências):

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007 (Art. 73, Portaria Ministerial 256/2009):

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

Portanto, não há razão no argumento.

Ainda nas preliminares, devemos verificar a questão da decadência.

Os motivos da autuação estão descritos no RF: apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme disposto na Legislação, no período de 07/1999 a 01/2006.

Primeiramente, cabe esclarecer que a autuação foi motivada por descumprimento de obrigação acessória tributária.

A finalidade do ato é que define a regularidade da obrigação imposta pela Administração aos administrados. No caso da presente obrigação acessória a finalidade, na esfera tributária, é a verificação do adimplemento quanto à obrigação principal.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a 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.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, ou na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Aplica-se a regra do § 4º, Art. 150 do CTN a lançamentos por homologação, quando houve recolhimento parcial.

Já a regra do I, Art. 173 do CTN aplica-se a lançamento de ofício, sem recolhimento parcial efetuado.

Esse posicionamento possui amparo em decisões do Poder Judiciário.

"Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN" (STJ. REsp 395059/RS Rel.: Min. Eliana Calmon 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347)

“Ementa: ... Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. ...

... Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. ...” (STJ EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184)

Como não se trata de lançamento por homologação, pois não há recolhimentos há homologar, aplica-se a regra do lançamento de ofício, já que por ser autuação sua natureza sempre será de ofício.

CTN:

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.”

Portanto: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

Na presente autuação, a ciência do sujeito passivo ocorreu em 04/2006 e os fatos geradores ocorreram nas competências 07/1999 a 01/2006.

Logo, a recorrente não poderia ter sido autuada pelos motivos anteriores a 12/2000, pois o direito do Fisco nas competências até 11/2000 já estava extinto.

Esclarecemos que a competência 12/2000 não deve ser excluída do cálculo da multa porque a exigibilidade das informações sobre essa competência somente ocorrerá a partir de 01/2001, não decadente, quando poderia ter sido efetuada a autuação.

Por todo o exposto, acato parcialmente as preliminares, para excluir do cálculo da multa os motivos anteriores a 12/2000, devido a decadência, nos termos do voto, e passo ao exame de mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, a recorrente solicita a atenuação ou a relevação da multa.

Esclarecemos à recorrente, como detalhadamente já demonstrado anteriormente no processo, que as falhas não foram sanadas, ao contrário, houve agravamento da situação, tendo por motivo o fato de que não foram informados os dados corretos anteriores juntamente com os dados a corrigir, tendo por consequência a perda dos registros que estavam corretos.

Há o esclarecimento nas normas da GFIP que as GFIP retificadoras substituem as já entregues, tornando-se substitutas.

Portanto, conforme as orientações vigentes à época, inclusive anexadas pela recorrente, a retificação de informações se faz pela apresentação de todos os registros, aqueles corretos e aqueles que se retifica ou altera.

Assim, não há razão no argumento.

Sobre a multa ser aplicada com efeito cascata, também não há razão no argumento.

Como demonstra de forma detalhada o anexo “Relatório Fiscal da Multa Aplicada”, fls 028, a aplicação da multa seguiu rigorosamente o que determina a legislação, sendo aplicada de forma direta, sem efeito cascata algum.

Por fim, a recorrente insurge-se contra a utilização da Taxa SELIC. Esclarecemos à recorrente que não há utilização da Taxa SELIC no presente processo.

Portanto, não há razão em seu argumento.

Ainda quanto ao mérito, devemos analisar questão.

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, com o surgimento do Art. 35-A na Lei 8.212/1991.

Nesse sentido, deve o órgão responsável pelo cumprimento da decisão recalculer o valor da penalidade, posto que o critério atual pode ser mais benéfico para a recorrente, 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.

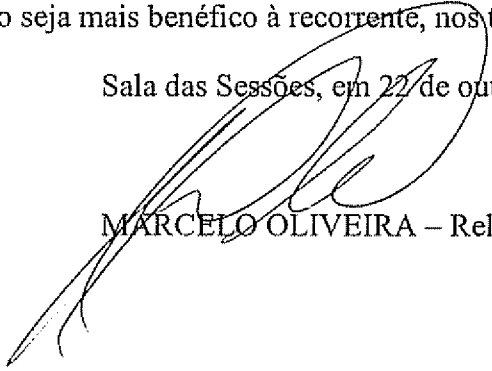
Deve-se, então, calcular a multa da presente autuação nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzidas as multas aplicadas nos lançamentos correlatos e utilizar esse valor, caso seja mais benéfico à recorrente.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso, para, nas preliminares, excluir do cálculo da multa, devido à decadência, os motivos anteriores a 12/2000, nos termos do voto. Quanto ao mérito, voto pelo provimento parcial do recurso, 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, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 22 de outubro de 2010



MARCELO OLIVEIRA – Relator





MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 36750.002575/2006-25

Recurso nº: 159.709

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-01.331

Brasília, 29 de novembro de 2010

MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional