



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

Processo nº 10166.722449/2009-30
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.712 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - GFIP - OUTROS DADOS
Recorrente EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA - EMBRAPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/12/2005 a 31/12/2005

LEI TRIBUTÁRIA. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE.
IRRETROATIVIDADE.

Com a revogação do art. 41 da Lei 8.212/1991, operada pela Medida Provisória (MP) nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei 11.941/2009, os entes públicos passaram a responder pelas infrações oriundas do descumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária. Tratando-se de regra que impõe responsabilidade, não é possível a sua aplicação retroativa.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, vencida a relatora. Apresentará voto vencedor Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Ronaldo de Lima Macedo - Redator Designado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 15/06/2012 por ANA MARIA BANDEIRA, Assinado digitalmente em 15/06/2012 p

or ANA MARIA BANDEIRA, Assinado digitalmente em 20/06/2012 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digi

talmente em 16/07/2012 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 16/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Ewan Teles Aguiar.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/91, no art. 32, inciso IV e §§ 3º e 9º, acrescentados pela Lei nº 9.528/97 c/c art. 225, inciso IV e parágrafos 2º, 3º e 4º do caput do Decreto nº 3.048/99, que consiste em a empresa deixar de informar mensalmente ao INSS por intermédio da GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo.

A autuação se deu pelo AI nº 37.236.686-4 e segundo o Relatório Fiscal da Infração, a autuada deixou de apresentar GFIP para a competência 13/2005.

Como a autuação ocorreu já na vigência da Lei nº 11.941/2009 que alterou a forma de cálculo das multas em auto de infração, bem como instituiu a multa de ofício de 75% prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, a auditoria fiscal apurou a situação mais benéfica ao sujeito passivo da seguinte forma:

Calculou a multa pelo descumprimento da obrigação acessória de acordo com o previsto no art. 32, inciso IV, §§ 4º e 7º da Lei nº 8.212/1991. Somou tal valor à multa de 24% estabelecida do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 aplicada no lançamento da obrigação principal e comparou o resultado à multa de 75% prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996.

Da comparação resultou mais favorável ao sujeito passivo a multa aplicada de acordo com a legislação vigente à época do fato gerador ou seja, multa pelo descumprimento da obrigação acessória mais multa de mora.

A autuada teve ciência do lançamento em 16/11/2009 e apresentou defesa alegando que a aplicação da multa não atendeu ao princípio da razoabilidade.

Argumenta que o crédito tributário relativo à obrigação principal já se encontra quitado e baixado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Considera que a multa aplicada tem efeito de confisco. Solicita o afastamento da multa aplicada e, alternativamente, sua redução sob pena de violação ao art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Pelo Acórdão nº 03-39.931, a 5ª Turma da DRJ Brasília considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo onde reforça as alegações já apresentadas em defesa, porém, inova no argumento de que a multa deveria ser relevada, com base no princípio da equidade, em razão da autuada não ter agido de má fé.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

O cerne do recurso apresentado repousa no inconformismo da recorrente quanto à multa aplicada.

A recorrente alega que a multa seria confiscatória, o que afrontaria a Constituição Federal.

Considero que argumentação a respeito da constitucionalidade de dispositivos legais aplicados não pode ser aceita no âmbito do contencioso administrativo fiscal para desconstituição do lançamento. Isto porque a prerrogativa de discutir a constitucionalidade da lei é o Poder Judiciário.

A impossibilidade acima decorre do fato de ser o controle da constitucionalidade no Brasil 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 aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível

n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífica na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

A autuada também inova em recurso com o argumento de que a multa deveria ser relevada face à ausência de má fé em sua conduta.

Assevere-se que, tal alegação não foi apresentada na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

Porém, a título de informação, cumpre dizer que a relevação era possibilidade previsto no art. 291, § 1º do Decreto nº 3.048/1999, desde que cumpridos os requisitos ali estabelecidos.

No entanto, tal possibilidade não mais existe, uma vez que o referido dispositivo foi revogado pelo Decreto 6.727, de 12/01/2009.

Quanto à multa aplicada, tenho a dizer que o cálculo efetuado pela auditoria fiscal para apuração da situação mais benéfica ao sujeito passivo, não me parece a mais adequada.

Informa a auditoria fiscal que em razão das alterações introduzidas na Lei nº 8.212/1991 pela Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, a qual estabeleceu a aplicação da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 e considerando o inciso II, do art. 106 do Código Tributário Nacional que estabelece a possibilidade de retroatividade da lei no caso sistemática mais benéfica ao contribuinte, foi efetuado cálculo comparativo para definição da multa a ser aplicada.

Para tanto, a auditoria fiscal considerou os valores correspondente à multa de mora mais a multa acessória calculadas de acordo com a Legislação vigente à época dos fatos geradores e comparou-as com a multa de ofício prevista na legislação atual.

Entendo que o procedimento utilizado pela auditoria fiscal ao considerar multas de naturezas diversas (de mora, por descumprimento de obrigação acessória e de ofício) não encontra respaldo no arcabouço jurídico existente.

À época dos fatos geradores, o cálculo da multa de mora e pelo descumprimento da obrigação acessória de não entregar a GFIP era efetuado de acordo com os arts. 35 e 32 da Lei 8.212/1991, respectivamente, com a redação abaixo:

Lei nº 8.212/1991:

Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS; (...)

§ 4º A não apresentação do documento previsto no inciso IV, independentemente do recolhimento da contribuição, sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente a multa variável equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no art. 92, em função do número de segurados, conforme quadro abaixo(...)

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (...)

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

Como se vê da leitura dos dispositivos, a multa prevista no art. 35 tinha natureza moratória e era devida inclusive no caso no recolhimento espontâneo por parte do contribuinte. Já a multa prevista no art. 32, inciso IV, § 4º tinha natureza punitiva, haja vista o descumprimento da obrigação acessória de não entrega de GFIP.

A Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei nº 03/12/2008, além de alterar a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, revogou todos os seus incisos e parágrafos e incluiu na mesma lei o art. 35-A. Também revogou o § 4º do art. 32 e inseriu o artigo 32-A. Os novos dispositivos têm as seguintes redações:

Lei nº 8.212/1991

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 R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes 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 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, 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 deste artigo, 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 75% (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.()

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os dispositivos da Lei 9.430/1996, por sua vez dispõem o seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

A Lei nº 9.430/1996 traz disposições a respeito do lançamento de tributos e contribuições cuja arrecadação era da então Secretaria da Receita Federal, atualmente Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Depreende-se das alterações trazidas pela MP 449, a instituição da multa de ofício, situação inexistente anteriormente.

A auditoria fiscal ao fazer as comparações entre multa de mora mais multa por descumprimento de obrigação acessória e multa de ofício de 75% busca amparo no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN que trata das possibilidades de retroação da lei. Tal artigo dispõe os seguinte:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

A meu ver, o dispositivo em questão não se aplica ao caso, uma vez que a multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 tem natureza diversa da multa de ofício prevista na legislação atual.

Assim, entendo que no lançamento da obrigação principal deve-se cumprir o que dispõe o artigo 144 do CTN, segundo o qual o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Portanto, não há que se falar em aplicação de multa de ofício para fatos geradores ocorridos em períodos anteriores à edição da Medida Provisória 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009.

Quanto à multa pelo descumprimento de obrigação acessória, por se tratar de penalidade, cabe a aplicação do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, já transcrito.

A não entrega de GFIP é infração cuja multa atualmente é calculada de acordo com o art. 32-A inciso II da Lei nº 8.212/1991, observado o § 3º do mesmo artigo.

Diante do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para que a multa seja calculada de acordo com o art. 32-A, inciso II, da Lei nº 8.212/1991 e comparada à multa aplicada, a fim de se verificar a situação mais benéfica ao sujeito passivo.

É como voto.

Ana Maria Bandeira.

Voto Vencedor

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Redator Designado

Analisando o voto proferido pelo i. Conselheiro Relator, especificamente no que tange à autuação do ente público na vigência do art. 41 da Lei 8.212/1991, competências até 10/2008, entendendo que há impossibilidade de aplicação retroativa da multa pelo descumprimento de obrigação acessória. Isso está em consonância com os princípios da autotutela e da legalidade objetiva.

Inicialmente, quanto ao descumprimento da obrigação acessória, no que tange a órgão ou entidade da administração pública, a redação original do art. 41 da Lei 8.212/1991 atribuía a responsabilidade pela prática de tal infração ao seu dirigente, não recaindo sobre a pessoa jurídica qualquer responsabilidade, em virtude de infração dessa natureza, cometida por seus agentes.

Posteriormente, com a edição da Medida provisória (MP) nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, o art. 41 supracitado foi revogado e, por consectário lógico, a responsabilidade pela infração à legislação previdenciária no âmbito da administração pública deixou de ser do dirigente. Para tais infrações, passou a ser aplicada a regra geral, ou seja, a partir da vigência da MP supracitada, a pessoa jurídica na qual está inserido o órgão público ou o próprio ente da administração é quem deve responder pelas infrações perpetradas contra a legislação previdenciária.

Vejamos o artigo 65, I, da referida MP nº 449, de 04 de dezembro de 2008:

Art.65. Ficam revogados:

I – (...) os arts. 38 e 41, (...) da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (grifos nossos);

Vejamos também o art. 79 da Lei 11.941/2009, de 27 de maio de 2009:

Art. 79. Ficam revogados:

I – (...) os arts. 38 e 41, (...) da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (grifos nossos);

Era exatamente o preceito estabelecido no art. 41 da Lei 8.212/1991 que permitia ao Fisco alcançar pessoalmente os dirigentes de órgãos públicos pelas infrações à legislação previdenciária, que assim dispunha:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição.

Sabemos que o procedimento administrativo do lançamento, em regra, deve-se reportar sempre a lei vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se

pela lei então vigente, conforme dispõe art. 144 do Código tributário Nacional (CTN). Contudo, há situações em que o próprio CTN, especificamente em seu art. 106, autoriza excepcionalmente que fatos pretéritos sejam regulados pela legislação futura, tratando-se de retroatividade benigna (retroatividade benéfica).

Vejam as disposições do art. 106 do CTN:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação da penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(a) quando deixe de defini-lo como infração;

(b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

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

Assim, em consonância com os incisos I e II do art. 106 do CTN, veem-se as hipóteses que estipulam, no plano da hermenêutica, a retroação para uma lei interpretativa e para uma lei mais benéfica ao sujeito passivo tributário, respectivamente.

Esse inciso II do art. 106 do CTN, aproximando-se do campo afeto às sanções tributárias, permite que se aplique retroativamente a lei nova, quando mais favorável ao sujeito passivo, comparativamente à lei vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Na realidade, o CTN consagra a regra da retroatividade da Lei mais favorável, autorizando assim que a penalidade seja readequada para seguir o tratamento mais benéfico ao contribuinte.

Com a referida mudança legislativa, a questão que se levanta é a possibilidade de aplicá-la a infrações cometidas em período anterior a sua vigência. Em razão de se tratar de legislação tributária, sua interpretação deverá ser orientada pelo art. 106 do CTN, susomencionado.

Com a revogação do art. 41 da Lei 8.212/1991, pela MP nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, os entes públicos passaram a responder pelas infrações decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária.

Esta nova regra, entretanto, deve ser aplicada às infrações ocorridas a partir do início da sua vigência, ou seja, para as infrações ocorridas após a MP nº 449, de 04 de dezembro de 2008. Tratando-se de regra que impõe responsabilidade, não é possível a sua aplicação retroativa, a qual somente deverá ocorrer nas hipóteses específicas do art. 106 do CTN, retromencionado.

Por sua vez, entendo que a Recorrente deverá ser enquadrada como empresa pública exploradora de serviço público – conforme a lei que autoriza a sua criação e o seu estatuto, juntados aos autos –, e não empresa pública exploradora de atividade econômica – conforme art. 173, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Com isso, a expressão **entidade da administração federal**, registrado no art. 41 da Lei 8.212/1991, abarca também a Recorrente. Esse entendimento está em consonância com o art. 4º do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública federal.

Decreto-Lei 200/1967:

Art. 4º. A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

Depreende-se do art. 173 da Constituição Federal que a empresa pública exploradora de atividade econômica, que não é o caso da Recorrente, está sujeita ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações tributárias e trabalhistas, salvo se a lei estabelecer estatuto jurídico especial para a empresa nos termos do § 1º desse artigo.

Constituição Federal de 1988:

*Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica** pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º **A lei estabelecerá o estatuto jurídico** da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)*

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

*§ 2º **As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.** (g.n.)*

A empresa pública prestadora de serviço público, que é o caso da Recorrente, está submetida ao regime jurídico administrativo híbrido, sendo que este deverá dar prevalência as normas públicas. Assim, para a exploradora de serviços públicos, em que pese a personalidade de direito privado, o seu regime se aproxima do direito público, até porque não poderá ser afastado o conceito de serviços públicos.

Também entendo que essa empresa exploradora de serviço público tem como norma matriz constitucional o disposto no art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual o Poder Público prestará os serviços públicos diretamente ou por meio do regime de concessão ou permissão, sempre precedido de licitação, formalizando-se com um contrato administrativo.

Constituição Federal de 1988:

*Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos.** (g.n.)*

No presente Auto, a multa foi aplicada em razão de infração cometida na competência 13/2005, conforme Relatório Fiscal.

A infração em tela consuma-se no momento em que a empresa não apresentou a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), que deveria conter os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse da Previdência Social, até o dia 07 (sete) do mês seguinte àquele a que se referirem os dados e as informações (conforme o art. 225, inciso IV e § 2º, do Regulamento da Previdência Social - RPS). Sendo assim, resta claro que a infração relativa à competência 13/2005, ocorreu em período anterior à vigência da MP nº 449, ocorrida em 04/12/2008. Logo, a responsabilidade pela multa não poderia ter sido atribuída ao órgão ou entidade pública, pois isto implica dar eficácia retroativa à revogação do art. 41 da Lei 8.212/1991, operada pela MP nº 449/2008.

Diante desse contexto fático e jurídico, entendo que a multa aplicada deverá ser excluída, eis que os entes públicos passaram a responder pelas infrações decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias, previstas na legislação previdenciária, somente após a vigência da MP nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO**, para reconhecer que sejam excluídos, em sua totalidade, os valores da multa aplicada, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.