



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

Processo nº 12268.000259/2007-83
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-002.610 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2012
Matéria ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS
Recorrente FÓRMULA COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2005 a 01/12/2006

Consolidada em 12/12/2007

PRAZO - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL, segue a determinação da Portaria RFB nº 4.066 de maio de 2007, artigo 12 e 13. No presente caso verifica-se que a autoridade fiscalizadora obedeceu as determinações legais.

RELATÓRIO FISCAL - FALTA DE DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO VALOR AUTUADO. NULIDADE POR INCOMPLETUDE DO RELATÓRIO FISCAL

Quando há conversão em diligência, cuja finalidade é juntada de planilha demonstrativa de cálculo da multa aplicada, e, ato contínuo, a parte tem oportunidade de impugnar, não há de se falar em nulidade, como ocorreu no caso.

GRADAÇÃO DAS MULTAS - ARTIGO 292 DO RPS

O artigo 292 do RPS que trata da gradação das multas no caso de agravantes, determina a aplicação do valor mínimo para as multas estabelecidas nos incisos I e II no § 3º do artigo 283 e nos artigos 286 e 288, desde que inexistam agravantes. Como ocorreu no caso em testilha.

JUROS, MULTA E TAXA SELIC

Taxa SELIC há previsão legal para sua aplicação.

Multa - Aplicação da mais benéfica. No presente caso apresenta-se a do artigo 32-A da Lei 8.212 de 1991.

INCOSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Esta Corte administrativa, como todas as demais, inclusive judicial, exceto o Supremo Tribunal Federal, não têm competência para distribuir, analisar e julgar inconstitucionalidade de lei.

No presente caso deseja a recorrente discutir inconstitucionalidade de lei, o que não é permissível.

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, 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). Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou 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; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira –Presidente

(assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Oliveira, Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Mauro José Silva, Damião Cordeiro de Moraes e Leonardo Henrique Pires Lopes

Relatório

Trata-se de **Auto de Infração (AI)** materializada pelo nº 37.128.896-7, consolidada em 12/12/2007, em desfavor da empresa Recorrente por deixar de incluir na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIP, os fatos geradores de contribuição previdenciária.

De acordo com o **relatório fiscal da infração** (fl. 04), essas contribuições se referem, aos pagamentos de salários por meio de créditos, na modalidade de cartão premium card, administrados pela empresa Incentive House S/A.

Ademais, consta no relatório, que a empresa deixou de incluir na GFIP as remunerações “extra folha” pagas aos segurados, lançados como despesas gerais na conta contábil nº 353039 – Condução e locomoção.

Adiante, consta no **relatório fiscal de aplicação da multa** (fl. 05) que a empresa está sendo autuada pela infração ao artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º, da Lei nº 8.212/91, motivo pelo qual enseja a aplicação do artigo 284, inciso II, do Decreto nº 3.048/99. *In verbis*:

“Art.284. A infração ao disposto no inciso IV do caput do art. 225 sujeitará o responsável às seguintes penalidades administrativas:

II - cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no inciso I, pela apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores, seja em relação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições, ou do valor que seria devido se não houvesse isenção ou substituição, quando se tratar de infração cometida por pessoa jurídica de direito privado beneficente de assistência social em gozo de isenção das contribuições previdenciárias ou por empresa cujas contribuições incidentes sobre os respectivos fatos geradores tenham sido substituídas por outras;”

Sendo assim, a multa aplicada foi calculada com base de 100% do valor da contribuição devida e não declarada, limitada ao valor resultante da multiplicação do valor mínimo previsto na legislação, totalizando, assim, o montante de R\$ 101.905,57 (Cento e um mil, novecentos e cinco reais e cinquenta e sete centavos), referente ao período de ago/2005 a dez/2006.

Irresignada com a autuação e com a multa aplicada, a Recorrente apresentou sua impugnação tempestiva (fls.33/62) onde, em síntese, requer a insubsistência do lançamento, pelos seguintes motivos:

Pela nulidade do procedimento administrativo fiscal, sob o argumento de que a conclusão da fiscalização extrapolou o prazo indicado no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF;

Pela incompletude do relatório fiscal, sob o argumento de que o fiscal não demonstrou, objetivamente, como concluiu o valor total de R\$ 101.905,57 (Cento e um mil, novecentos e cinco reais e cinquenta e sete centavos);

Pela gradação das multas, tendo em vista o que dispõe o artigo 292 do RPS.

Pela impossibilidade de aplicação retroativa dos valores definidos pela Portaria MPS 142/2007;

Pela impossibilidade de cumulação de penalidades em face de um mesmo fato gerador, motivo pelo qual argúi ofensa ao princípio do não confisco.

Pelo elevado percentual da multa aplicada, frente à estabilidade econômica do país, argumenta, ainda, que a aplicação de multas em percentuais iguais ou superiores a 20% do valor principal, possuem caráter confiscatório.

Nesse sentido, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba (PR), por meio do Acórdão nº 00062 proferido pela 6ª Turma da DRJ/CTA (fls. 88/89), com fundamento no artigo 18 do Decreto nº 70.235/72, baixou os autos em diligência a fim de que a Fiscalização juntasse a planilha demonstrativa dos cálculos apurados da multa aplicada.

Após a diligência ser devidamente realizada, a Recorrente apresentou, tempestivamente, petição (fl. 95) reconhecendo que foi sanada a irregularidade ventilada no item III da impugnação, ou seja, o item que previa a incompletude do relatório fiscal, bem como ratificou os demais itens expostos na impugnação.

Em seguida, os autos retornaram a DRJ/CTA para o seu devido julgamento (fls. 101/114) e, por meio do Acórdão nº 06-19.397 proferido pela 6ª Turma da DRJ/CTA, julgou o lançamento fiscal procedente, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 12/12/2007

MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE E PLANEJAMENTO.

O MPF é instrumento interno de planejamento e controle das atividades de fiscalização, sem constituir-se em ato essencial A validade do procedimento fiscal, implicando apenas sanções disciplinares A autoridade responsável.

MPF. PRORROGAÇÃO. INFORMAÇÃO PELA INTERNET. VALIDADE.

É válida a prorrogação do MPF por intermédio de registro eletrônico, efetuado pela autoridade outorgante, ficando essa informação disponível na Internet para o contribuinte.

GFIP. INFORMAÇÃO DEFICIENTE DE FATOS GERADORES. CÁLCULO DA MULTA. VALOR MÍNIMO. ATUALIZAÇÃO ATÉ A DATA DA LAVRATURA.

A Lei nº 8.212, de 1991, estabelece expressamente a multa aplicável pela infração ao seu artigo 32, inciso IV e § 5º, da Lei nº 8.212, de 1991, adotando como limite máximo o previsto no seu § 40, que utiliza para o seu cálculo o valor mínimo previsto no artigo 92, devidamente atualizado, como autoriza artigo 102, sendo legalmente determinado que o valor mínimo aplicável será o vigente na data da lavratura do auto de infração.

GFIP. INFORMAÇÃO DEFICIENTE DE FATOS GERADORES. MULTA. PREVISÃO EXPRESSA. INTERPRETAÇÃO. EQÜIDADE. ANALOGIA. INAPLICABILIDADE.

Diante da disposição expressa sobre a multa por informação deficiente de fatos geradores em GFIP, resta inaplicável a utilização da eqüidade e da analogia para interpretar a legislação aplicável.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO.

É vedado aos órgãos do Poder Executivo afastar, no âmbito administrativo, a aplicação de lei, decreto ou ato normativo, por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Lançamento Procedente”

Inconformada com a aludida decisão, a Recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário (fls. 118/142) alegando, em síntese, exatamente todos os argumentos e fundamentos já expostos na impugnação.

Eis o relato dos fatos.

Voto

Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa, Relator

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame do mérito.

PRAZO – MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL

Alega a Recorrente que há nulidade do procedimento administrativo fiscal, sob o argumento de que a conclusão da fiscalização extrapolou o prazo indicado no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

Não assiste razão.

A Portaria RFB nº 4.066 de maio de 2007, artigo 12 e 13, assim rezam:

Art. 12. Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Art. 13. A prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.

§ 1º A prorrogação de que trata o caput poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7-5-; inciso VIII. (GN)

A lei não deixa dúvida da possibilidade de prorrogação, tantas quantas necessárias, sendo que a sua publicação poderá ser realizada pela internet.

A Recorrente não se insurgiu contra uma possível anomalia na publicação da prorrogação, mas tão somente contra esta, o que inadmissível, conforme legislação acima, sendo que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda já se pronunciou há muito tempo da matéria:

PRELIMINAR - MPF - FALTA DE CIÊNCIA DE PRORROGAÇÃO – A regulamentação do Mandado de Procedimento Fiscal estabelece que a prorrogação dos mesmos será controlada na Internet, não sendo necessária a ciência pessoal das mesmas.

(Acórdão nº 102-48623. Processo nº 18471.001003/2004-11. DOU de 23-11-2007. p. 153)

Como dito na decisão singular, a Impugnante tomou ciência do MPF-F nº 09418917F00, pessoalmente, em 31 de agosto de 2007, fls. 8, no qual consta o código de acesso que permite a verificação da exatidão das informações e as eventuais prorrogações

efetuadas, a serem efetuadas no sítio informado (<http://www.receita.fazenda.gov.br>), bem como consta no MPF o nome, endereço e telefone do Chefe de Equipe de Fiscalização. E, às fls. 30 pode-se observar que houve duas prorrogações, o que permissível por lei.

Então, também neste quesito não assiste razão a Recorrente.

RELATÓRIO FISCAL – FALTA DE DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DO VALOR AUTUADO. NULIDADE POR INCOMPLETUDE DO RELATÓRIO FISCAL

Vê-se nos autos do processo que houve a conversão em diligência, cuja finalidade foi a juntada de planilha demonstrativa de cálculo da multa aplicada, e, ato contínuo, teve a parte que figura no pólo passivo oportunidade de impugnar, respeitando, portanto, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Esta oportunidade de manifestação foi reconhecida às fls. 95, sendo que a Recorrente verificou o saneamento da irregularidade antes praticada.

Diante desta observação, ou seja, de respeito a todos os princípios constitucionais, não há de existir qualquer nulidade processual.

Sem razão a Recorrente, também neste quesito.

GRADUÇÃO DAS MULTAS - ARTIGO 292 DO RPS

Também, aos argumentos recursais, não assiste razão a Recorrente.

É que o o artigo 292 do RPS que trata da graduação das multas no caso de agravantes, determina a **aplicação do valor mínimo para as multas estabelecidas nos incisos I e II no § 3º do artigo 283 e nos artigos 286 e 288, desde que inexistam agravantes.**

Atento ao inciso I do artigo 292 do RPS vê-se reportar a penalidades distintas da prevista no artigo 284, incisos I e II, que é o objeto do Auto de Infração em comento.

Assim, como há clareza na lei, que não atende ao caso, não há de se aplicar o artigo 292 do JRPS, conforme deseja a Recorrente.

JUROS, MULTA E TAXA SELIC

Quanto a desejada exclusão dos juros e multa, e da dita ilegalidade na aplicação da taxa SELIC, não assiste razão a Recorrente, porque a fiscalização não inventou as suas aplicações. Ao contrário, é determinação da legislação previdenciária.

Nesse sentido, o art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe que a contribuição social previdenciária está sujeita à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso, *verbis*:

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

Também, mister se diga que não caráter de confisco a exigência da multa moratória, já que a legislação prevê no art. 32 da Lei n.º 8.212/1991 o caso de não recolhimento em tempo certo.

Em não sendo recolhido no tempo adequado, o contribuinte ‘atrasado’ tem que honrar com a sua desídia ou outra razão qualquer, que não importa ao fisco. Mas, o certo é que, tal exigência serve para não permitir a agressão ao princípio da isonomia, tão bem defendida pela Carta Cidadã, uma vez que o contribuinte que não recolher no prazo fixado, não pode ter o mesmo tratamento daquele outro que cumpri regularmente as suas obrigações fiscais.

Quanta as ditas aplicações ilegais dos juros, urge verificar que a sua utilização está disciplinada no artigo 34, da Lei n.º 8.212/91:

“Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)”

Em 18 de setembro de 2007 o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou a SÚMULA Nº 3, com o seguinte teor, que põe uma pá de cal na argumentação defensiva, ‘ex vi’:

“SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

E, também é correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com base na inteligência do artigo 34, da Lei nº 8.212/91, e bem assim da multa moratória, nos termos do artigo 35, do mesmo Diploma Legal.

De atualização monetária, urge dizer que há extinção para os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1995, conforme a Lei n.º 8.981/95.

Sendo assim, não há dúvida que, em caso de inadimplência com o fisco, o sujeito passivo é devedor do principal com os acréscimos legais na forma da legislação hodierna, Lei 9.430/96, artigo 61, se mais benéfica ao contribuinte. ‘Ex vi’ artigo em tela:

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

Diante de todo o exposto, quanto aplicação de multa, tenho que o artigo que mais beneficia o contribuinte deverá ser aplicada, ou seja, a do Artigo 32-A da Lei nº 8.212 de 1991

RETROATIVIDADE ARTIGO 106, II DO CTN

Há que se observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II do CTN.

A responsabilidade pessoal do dirigente tinha fundamento legal expresso no art. 41 da Lei nº 8.212 de 1991; entretanto tal dispositivo foi revogado por meio do art. 79 da Lei nº 11.941 de 2009.

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. (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Conforme previsto no art. 106, inciso II do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, 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.

Conforme previsão expressa do Código Tributário Nacional, em seu art. 106, alíneas “a” e “c”, a Lei nova deverá retroagir e ser aplicada a ato ou fato pretérito, na hipótese de ato não definitivamente julgado, quando deixe de defini-lo como infração, *verbis*:

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.

Corroborando com entendimento suso aludido, segue abaixo o entendimento dos Tribunais Superiores Pátrios acerca da questão, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTA - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, "C", DO CTN - 1- A posterior alteração do valor da multa aplicada à cobrança de tributos, mais benéfica ao contribuinte, deve retroagir. Aplicação do art. 106, II, "c", do CTN. Precedentes do STJ. 2- Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg-REsp 922.984 - (2007/0023457-2) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 11.03.2009 - p. 309)

*TRIBUTÁRIO - MULTA - ART. 61, DA LEI Nº 9.430/96 - PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEX MITIOR - 1- A ratio essendi do art. 106 do CTN implica que as multas aplicadas por infrações administrativas tributárias devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução, pelo que, independentemente de o fato gerador do tributo tenha ocorrido em data anterior a vigência da norma sancionatória. 2- **A Lei que determina a multa pelo não recolhimento do tributo deve ser menor do que a anteriormente aplicada, a novel disposição beneficia as empresas atingidas e por isso deve ter aplicação imediata**, vedando-se, conferir à Lei uma interpretação tão literal que conflite com as normas gerais, obstando a salutar retroatividade da Lei mais benéfica. (Lex Mitior). 3- In casu, não se revela obstada a aplicação do art. 61, da Lei nº 9.430/96, se o fato gerador decorrente da multa tenha ocorrido em período anterior à 01.01.1997, pelo que, ante o disposto no art. 106, inc. II, letra "c", em se tratando de norma punitiva, aplica-se a legislação vigente no momento da infração. 4- O Código Tributário Nacional, ao não distinguir os casos de aplicabilidade da Lei mais benéfica ao contribuinte, afasta a interpretação literal do art. 61, da Lei nº 9.430/96, que determina a redução do percentual alusivo à multa incidente pelo não recolhimento do tributo, no caso, de 30% para 20%, por ter status de Lei Complementar,. 5- A redução da multa aplica-se aos fatos futuros e pretéritos por força do princípio da retroatividade da lex mitior consagrado no art. 106 do CTN. 6- Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-AI 902.697 - (2007/0137134-1) - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 19.06.2008 - p. 153)*

*TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - REDUÇÃO DA MULTA FISCAL - ART. 35 DA LEI 8.212/91 E ART. 106, II, C, DO CTN - APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA AO DEVEDOR - ACÓRDÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA - CDA - REQUISITOS - APRECIACÃO - SÚMULA 7/STJ - 1- **Inexiste contradição em acórdão que fixa o entendimento pela***

necessidade de pagamento para que ocorresse a retroatividade benigna em favor do contribuinte quando a fundamentação do aresto segue no mesmo diapasão. 2- Inviável na sede extraordinária perquirir a presença dos requisitos formais de validade de certidão de dívida ativa, ainda mais quando já declarada válida pela instância ordinária. Inteligência da Súmula 7/STJ. 3- Ainda não definitivamente julgado o feito, o devedor tem direito à redução da multa, nos termos do art. 35 da Lei 8.212/91, com a nova redação dada pela Lei 9.528/97. 4- No confronto entre duas normas, aplica-se a regra do art. 106, II "c" do CTN, por ser a dívida previdenciária de natureza tributária. 5- Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp 1.053.735 - (2008/0095239-0) - 2ª T. - Relª Eliana Calmon - DJe 26.11.2008 - p. 1032)

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - REDUÇÃO DA MULTA - APLICAÇÃO DO ART. 106, II, "C", DO CTN - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - 1- "É plenamente aplicável lei superveniente que preveja a redução de multa moratória dos débitos tributários. Aplicação do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional." (REsp 624.536/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJ 06.03.2007 p. 248). 2- Recurso Especial não provido. (STJ - REsp 628.077 - (2004/0013099-0) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 17.10.2008 - p. 637)

Entendo que há cabimento do art. 106, inciso II, alíneas "a" e "b" do CTN. A Lei nº 11.941 de 2009, ao revogar o art. 41 da Lei nº 8.212, implica a não responsabilização do dirigente nas omissões e ações que geram o descumprimento de obrigações acessórias.

A aplicação de uma penalidade terá como componentes a conduta, omissiva ou comissiva, o responsável pela conduta e a penalidade a ser aplicada (sanção). Se em qualquer desses elementos houver algum benefício para o infrator, a retroatividade deve ser reconhecida em função de ser cogente o caput do art. 106 do CTN.

Em relação ao dirigente do órgão público, a Lei nº 11.941, de 2009, deixou de definir o ato como descumprimento de obrigação acessória, como ato infracional. Basta uma análise singela, caso a fiscalização fosse autuar o Prefeito de Ferraz de Vasconcelos – SP na data de hoje, por fatos pretéritos, não poderia fazê-lo em função justamente do art. 79 da Lei nº 11.941 de 2009. Assim, em relação ao dirigente a referida Lei é, sem dúvida, mais benéfica; se antes a autuação era em nome do dirigente, após a vigência da Lei nº 11.941/09 não cabe tal autuação.

Além do mais, a Lei nº 11.941/09 deixou de tratar o ato do dirigente como contrário à exigência de ação ou omissão.

Portanto, com relação a multa a ser aplicada, com a retroatividade mais benigna, deverá ser a do artio 32-A, se mais benéfica.

INCOSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Esta Corte administrativa, como todas as demais, inclusive judicial, exceto o Supremo Tribunal Federal, não têm competência para distribuir, analisar e julgar inconstitucionalidade de lei.

Deve-se ater o Recorrente ao entendimento anotado no Parecer CJ 771/97 que: **“O guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”**.

De forma que, ainda que seja uma vírgula mal distribuída num parágrafo da lei anatematizada pelo Recorrente, o caminho a postular inconstitucionalidade e perquirir direitos é o Pretório Excelsior, e não esta via.

CONCLUSÃO

O Recurso é tempestivo e atende as demais condições extrínsecas para sua admissibilidade, e no mérito julgo-lhe parcialmente procedente tão somente para reconhecer que deverá ser aplicada a multa, com base ao artigo 32-A, da lei 8.212/91, por afigurar-se como mais benéfica ao Contribuinte.

(assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Correa - Relator