

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

Processo nº 13896.001251/2010-04
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.352 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de junho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MOVIMENTA MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS LTDA. E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/03/2010

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTAS QUALIFICADA. DOLO COMPROVADO.

É devida a qualificação de multa quando comprovada omissão dolosa. Considera-se a omissão quando o fiscalizado devidamente intimado não fornece informações à administração, ou presta informações inexatas e imprecisas.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. MULTA AGRAVADA. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS. CABIMENTO.

Cabível a aplicação da multa agravada sempre que o contribuinte deixar de, nos prazos estipulados, prestar esclarecimentos em resposta a intimações da autoridade fiscal realizadas consoante o permissivo legal (Lei 9.430, de 1996, art. 44, § 2º, I).

MULTA PREVIDENCIÁRIA. FATOS GERADORES ANTERIORES À MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449, DE 2008, NÃO DECLARADOS EM GFIP. RETROATIVIDADE BENIGNA. CRITÉRIO. OBSERVÂNCIA ÀS NORMAS INFRALEGAIS.

Aos processos de lançamento fiscal dos fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, e não declarados em GFIP, aplica-se a multa mais benéfica, obtida pela comparação do resultado entre: (a) a soma da multa vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (obrigação principal) e da multa por falta de declaração em GFIP vigente à época da materialização da infração (obrigação acessória), com (b) a multa de ofício (75%) prevista no artigo 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (a) pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos períodos de apuração até 11/2008 (inclusive); vencidos os conselheiros Wesley Rocha (relator), Juliana Marteli Fais Feriato e Marcelo Freitas de Souza Costa, que entendiam aplicável, a esses períodos, multa de mora, nos termos do voto vencido; (b) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos períodos de 12/2008 em diante; vencidos os conselheiros Wesley Rocha (relator) e Juliana Marteli Fais Feriato, que davam provimento parcial para desagrar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 150%. Designado por redigir o voto vencedor o conselheiro Antônio Sávio Nastureles.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

(assinado digitalmente)

Antônio Sávio Nastureles - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior, João Maurício Vital, Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa, Antônio Savio Nastureles, Juliana Marteli Fais Feriato e Wesley Rocha.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa *MOVIMENTA MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS LTDA. E OUTROS*, contra o Acórdão de Julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas (6ª Turma da DRJ/CPS), que julgou improcedente as impugnações e manteve o crédito tributário lançado, inclusive a sujeição passiva solidária dos sócios da empresa, Sr. BRUNO GUILHERMINO e Sr. AMÉRICO MATHIAS.

O Auto de Infração nº 37.276.2883 foi lavrado para a constituição do crédito relativo às contribuições previdenciárias de que tratam os incisos I a III do art. 22 da Lei nº 8.212/91, incidentes sobre as remunerações pagas pela empresa aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços no período de apuração de 01/01/2006 a 31/03/2010.

Consoante o relatório fiscal (REFISC) anexado às fls. 399 a 409, e descrições lançadas no relatório da DRJ de origem, os fatos que originam as infrações foram as seguintes:

1º) O Auto de Infração é composto pelos levantamentos "EM", relativo às remunerações aferidas diretamente a partir dos valores constantes da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP; "DTI", relativo ao 13º Salário do ano de 2006, cujo montante foi objeto de aferição

indireta, com base nas remunerações informadas na GFIP da competência 12/2006, considerando-se o número de meses trabalhados individualmente por cada empregado, conforme demonstrado no Anexo III; e "RA" e "RAI" relativos às remunerações não informadas em GFIP e, por conseguinte, aferidas indiretamente com base nos dados da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS;

2º) O desdobramento da exigência fiscal em diversos lançamentos se deu em virtude do advento da Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, e da consequente obrigatoriedade de observância do disposto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, de forma que no levantamentos "RA" prevaleceu o valor da multa aplicada com base na legislação anterior a dezembro de 2008, enquanto no "RAI" foi aplicada a multa com base na legislação atual, embora os fatos geradores tenham ocorrido em competências anteriores a dezembro/2008;

3º) Todas as GPS recolhidas sob os códigos "2100" e "2003" foram consideradas no presente lançamento;

4º) Conforme dados extraídos do - SIVEX — Sistema de Vedações e Exclusões do SIMPLES, a empresa foi excluída do Simples Federal em 13/08/2004 pelo ADE 006567967, com data efeito em 01/01/2003, por receita bruta no ano-calendário 2002 incompatível com o porte, tendo a ciência do ato de exclusão sido tomada por Edital gerado em 02/02/2005, por não ter sido o contribuinte localizado no endereço constante do cadastro do CNPJ;

5º) Embora, após a exclusão acima noticiada, a empresa não tenha retornado ao Simples Federal, nem aderido ao Simples Nacional de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, ela entregou todas as GFIP do período de 01/2006 a 03/2010 com o preenchimento do campo referente ao "Simples" com o código "2 OPTANTE", ou, nas competências 01, 06, 07, 08, 09 e 10/2006, com o código "6 - OPTANTE - FATURAMENTO ANUAL SUPERIOR A R\$ 1.200.000,00 - EMPRESAS COM LIMINAR PARA NÃO

RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - LC Nº 110/2001", além de ter efetuado recolhimentos de parte das contribuições devidas com a utilização, nas respectivas GPS, do código de pagamento "2003 - SIMPLES";

6º) Tanto a ocultação do endereço real da empresa, descrita nos itens 2.3 e 2.7, quanto a informação incorreta de opção pelo Simples na GFIP, configuram sonegação, conforme artigo 71 da Lei 4.502/64, motivo pelo qual a multa descrita no item 4.4 foi duplicada na forma do § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96;

7º) Nas competências em que não foi aplicada a multa prescrita na legislação da época dos fatos geradores, a falta de apresentação dos esclarecimentos descritos no item 8 do Termo de Intimação Fiscal, de 26/05/2010, e dos arquivos digitais

descritos no item 5 do mesmo documento, motivou o agravamento da multa descrita no item 4.4 em 50%, com base no § 2º do mesmo artigo 44 da Lei 9.430/96; e quis

8º) Pela falta de apresentação de documentos, arquivos digitais e esclarecimentos solicitados pela fiscalização, assim como pela informação incorreta do endereço da empresa e do campo relativo a opção pelo SIMPLES na GFIP - comportamentos estes que configuram infração ao disposto nos incisos III e IV do art. 32 da Lei 8.212/91 -, foram emitidos TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA em nome dos sócios Bruno Guilhermino e Américo Mathias, administradores da sociedade entre janeiro de 2006 e março de 2010, com supedâneo no inciso III do artigo 135 do CTN.

A recorrente devidamente intimada, bem como os seus sócios, apresentam razões de seus recursos, conforme transcreve-se abaixo.

i) Das razões do Recurso voluntário da empresa Movimenta (fls. 162/191):

A autuada não apresentou preliminares.

Quanto ao mérito a empresa alega que, deveriam ser consideradas, para fins de aplicação da penalidade do presente auto de infração, as informações prestadas nas GFIPs, no sentido de considerar que houve prestação de informações ao fisco dos recolhimentos, ainda que imprecisos ou inexatos. Nesse sentido, a recorrente discorda da imputação de dolo em seus atos, uma vez que no seu entendimento *"a auditora fiscal, não avaliou positivamente a transparência de procedimentos praticados pela empresa consubstanciados pela apresentação das respectivas GFIPs e RAIS. Desta feita, não pode prosperar a afirmação de que a empresa agiu com dolo, "artifícios."* Pediu, ainda, a descaracterização de Sonegação fiscal de que trata o artigo 71, da lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1.964, cancelando-se o crédito constituído por meio do Auto de Infração nº 37.276.289-1, no tocante ao agravamento dos lançamentos de ofício (§1º artigo 44 da Lei 9.430/96). Solicitou, ainda, a irretroatividade de Lei ao caso concreto, ante a aplicação dos artigos 32 e 35 da lei 8.212/ 91, com alterações trazidas pela Medida Provisória 449/2008 e Lei 11.941/2009, bem como o benefício da retroatividade prevista no CTN, artigo 106, inciso II, "c".

Registra-se que a contribuinte não recorreu aos demais pontos da decisão de primeira instância.

ii) das Razões recursais dos sócios solidários AMÉRICO MATHIAS (fls. 107/127) e BRUNO GUILHERMINO (fls. 128/148).

Os recorrentes reproduzem as mesmas argumentações do recurso da empresa contribuinte, acrescentando apenas que não houve nenhuma intenção dos sócios em lesar o fisco por alguma atitude dolosa que pudesse configurar sonegação, tendo em vista não terem se ocultado para receber intimações para apresentar documentos e informações, aduzindo que apresentaram, mesmo que de forma imprecisa as informações em GFIP/RAIZ.

Por fim, pedem aplicação de multa mais benéfica em razão da retroatividade benigna das normas vigentes.

Diante dos fatos, é o relatório.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Wesley Rocha - Relator

Os recursos voluntários apresentados estão revestidos do quesito formal da tempestividade. Portanto, deles o conheço.

Cumprе registrar que o auto de infração cumpre os requisitos formais da legislação tributária e do PAF, estando de acordo com as normas legais.

DELIMITAÇÃO DA LIDE EM FASE RECURSAL

Diante dos recursos apresentados, para fins de análise de mérito, tomo por unificar o julgamento dos recursos apresentados.

De todo o julgamento proferido pela DRJ de origem, bem como do auto de infração os recorrentes alegam somente que deveriam ser consideradas, para fins de aplicação da penalidade do presente auto de infração, as informações prestadas nas GFIPs, no sentido de considerar que houve prestação de informações ao fisco dos recolhimentos, ainda que imprecisos ou inexatos, bem como aduzem que não houve sonegação fiscal. Quanto aos demais temas relacionados a empresa recorrente não apresentou novas argumentações, o que entendo estar superado e acabado o que não foi alegado em recurso, tendo, portanto, matéria preclusa quanto à concordância das devidas contribuições sociais.

Cabe mencionar também que a argumentação trazida pelos recorrentes sobre as GFIPs são no sentido de que a informação prestada de forma equivocada não poderia ser motivo de penalidade maior.

Nesse sentido, passo a analisar a aplicação das multas e do dolo apontado.

DA MULTA QUALIFICADA E A MULTA AGRAVADA

Como se depreende do relatório fiscal, a qualificação da multa de 75% para 150% se deu em virtude de: *i)* da ocultação do endereço da empresa; e *ii)* da informação incorreta de opção pelo Simples na GFIP, enquanto o agravamento desse acréscimo de 150% para 225% resultou de ter a autuada deixado de prestar os esclarecimentos e de apresentar os arquivos digitais descritos, respectivamente, nos itens 8 e 5 do Termo de Intimação Fiscal emitido em 26/05/2010.

A multa qualificada está prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, nos casos previstos nos art. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. Referidos dispositivos tratam das figuras da sonegação, fraude e conluio, nos seguintes termos:

"Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72".

Já os percentuais para a multa agravada encontram-se prescritos nos §1º e 2º, do art. 44 da referida Lei:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

.....
§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I prestar esclarecimentos;

II apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei".

Dos fatos narrados no relatório fiscal, entendo que podem constituir convicção de multa qualificada. Porém, entendo que deve ser afastada a possibilidade de aplicação de multa agravada.

Isso porque compreendo que nem todo silêncio deve ser penalizado de forma agravada. Explico.

No item 5.2 do relatório fiscal, a auditora notificante esclarece que “A falta de apresentação dos esclarecimentos descritos no item 8 do Termo de Intimação Fiscal de 26/05/2010 e dos arquivos digitais descritos no item 5 do mesmo documento motivaram o agravamento da multa descrita no item 4.4 em 50%, conforme § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/96, nas competências em que não foi aplicada a multa prescrita na legislação da época dos fatos geradores”.

Há também a informação que a autoridade procedeu pela aferição direta no lançamento, em razão do descumprimento das informações mencionadas, mas que ao meu ponto de vista o não cumprimento não impediu que a fiscalização pudesse, com base nos elementos trazidos pelo conjunto probatório, realizar o lançamento tributário.

Dos elementos trazidos pela autoridade fiscal, entendo que o fato da empresa e os sócios recorrentes entregarem parcialmente a lista de documento exigida para a fiscalização não pode ser motivo de aplicação da multa agravada, pois não verifico ação ou omissão tendente a lesar o fiscal de forma agravada, mas sim como já decorrido pela DRJ de forma qualificada.

Outro argumento do fisco para qualificar e agravar a multa, gira em torno da procuradora da autuada. Em que pese existir divergências de datas sobre a entrega de documentos na Delegacia da Receita Federal para a procuradora constituída, mas que não teria poderes para recebimento dos documentos emitidos pela fiscalização, uma vez que não constava essa possibilidade na procuração, verifico que houve a tentativa da recorrente em obter informações sobre o procedimento fiscal, o que entendo que por si só não poderia gerar elemento fático para agravar a multa aplicada.

A possível sonegação pode ter ocorrido pela não comunicação para Receita Federal sobre a troca de endereço da empresa, mas que as informações prestadas de maneira incorreta no sistema de processamento de dados da GFIP (SEFIP), em que a recorrente teria alegado estar no regime de recolhimento do SIMPLES, não seria motivo de motivo de agravante, mas sim de multa qualificada¹.

O fato é que, a situação dos autos de **que a autuada não teria dado atendimento à intimação da Fiscalização não inviabilizou o lançamento do tributo**.

O conjunto probatório levantado pelo fiscal permitiu sem sombra de dúvidas lançar o tributo devido, sem que as omissões ou ações da contribuinte pudesse prejudicar o lançamento. Com isso entendo, como já dito, que nem todo silêncio deve ser levado em consideração para agravar a multa, em que pese a legislação previdenciária atribuir efeito agravante para a não entrega dos documentos necessários à fiscalização. Compreendo que deve ser analisado caso a caso, e que nesse auto de infração, pouco se constatou pelo fisco de atitudes para atribuir o gravame imposto.

Em conteúdo didático, produzido pelo jurista Fábio Piovezan Bozza, que já foi Conselheiro deste Tribunal, verifica-se que: *"dolo, fraude ou simulação, refere-se a um conjunto de vícios produzidos intencionalmente pelo contribuinte que, de má-fé, cria uma situação falsa ou de mera aparência e inebria o julgamento do Fisco sobre uma relação tributária já existente, de modo a eliminá-la, reduzi-la ou postergá-la"* (in *Planejamento Tributário e Autonomia Privada*. Série doutrina tributária v. XV. São Paulo: Quartier Latin, 2015, página 199).

¹ Nesse sentido, transcrevo a decisão da DRJ de origem, onde constata-se que a empresa foi excluída do SIMPLES, com ciência ficta em 2005, e nos anos seguintes optou pela tributação do lucro presumido, mas seguiu informando estar enquadrada dentro do SIMPLES (fl.1.279): "De fato, veja-se que nas DIPJ relativas aos anos calendário 1998 a 2003, entregues antes de 01/03/2005, a empresa qualificou-se como optante pelo SIMPLES, enquanto nas correspondentes aos anos calendário subsequentes, entregues após a referida data, apresentou-se como optante pela tributação com base no lucro presumido – é dizer, como pessoa jurídica não optante pela referida sistemática simplificada".

Nesse sentido, entendo ser caso de interpretação do art. 112 do CTN, onde utiliza-se de dispositivo mais favorável ao acusado quanto restar dúvidas quanto à autoria, imputabilidade ou punibilidade a determinado caso concreto, conforme dispositivo transcrito abaixo:

"Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação".

Isso porque as alegações dos recorrentes são no sentido de informar que entregaram os documentos solicitados pela fiscalização. Já a fiscalização relatou que houve entrega parcial, ou talvez inexata e imprecisa.

Assim, entendo ser possível ser excluída a multa agravada, mantendo-se a multa qualificada.

DA SOLIDARIEDADE ATRIBUÍDA

A solidariedade fiscal se deu em razão de que os sócios teriam agido de maneira contrária à legislação não informando o endereço correto da empresa, bem como por registrar informações equivocadas em GFIP, conforme o relatório fiscal (fl. 408), assim transcrito:

16 – DOS CO-RESPONSÁVEIS E DA SUJEIÇÃO PASSIVA

16.1 - Os co-responsáveis, assim entendidos os administradores no período do lançamento do débito, encontram-se elencados no Relatório de Vínculos. Os mesmos foram identificados a partir dos documentos societários arquivados no Cartório de Barueri.

16.2 - A falta de apresentação de documentos, arquivos digitais e esclarecimentos solicitados pela fiscalização e a informação incorreta do endereço da empresa é do campo relativo à opção pelo SIMPLES na GFIP configuram infração ao disposto nos itens III e IV do artigo 32 da Lei 8.212/91. Em consequência, aplica-se o disposto no item III do artigo 135 da Lei 5.172, sendo responsáveis solidários pelos créditos constituídos nesta fiscalização, os administradores da sociedade entre 01/2006 e 03/2010, ou seja, os sócios Bruno Guilhermino e Américo Mathias. Por isso, foram enviados aos sócios, nesta data, Termos de Sujeição Passiva e cópias dos Autos de Infração emitidos.

Nesse sentido, os recorrentes alegam que as informações foram todas prestadas em GFIP, mesmo que de forma equivocada, mas que esse ato não configura a sonegação capaz de mantê-los como solidários do crédito fiscal. Quanto à questão de não ter sido informado ao fisco o endereço correto, alegam que a pessoa que recebeu o fisco quando da diligência realizada nas dependências da empresa não teria poderes para responder por ela.

Entendo que ao manter a multa qualificada, mas não a multa agravada, deve haver a permanência dos sócios como responsáveis solidários.

Apesar dos fatores citados no relatório fiscal não impedirem a fiscalização de lançar o crédito fiscal, tornando elas apenas possivelmente dificultosas, entendo que são reais motivos para manter não só a multa qualificada como também a solidariedade em questão, uma

vez que precede de exigências legais apresentar os dados, documentos e informações correntes e necessárias para análise e apuração da constituição do crédito, quando da ocorrência do fato gerador.

Assim, compreendo que deva ser mantida a solidariedade.

MULTA E RETROATIVIDADE BENIGNA

A autoridade fiscal, ao aplicar a multa assim descreveu na fl. 43:

601 - ACRESCIMOS LEGAIS - MULTA

601.09 - Competências : 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004
Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, I, II, III (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 239, III, "a", "b" e "c", parágrafos 2.º ao 6.º e 11.º, e art. 242, parágrafos 1.º e 2.º (com a redação dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99). CALCULO DA MULTA: PARA PAGAMENTO DE OBRIGACAO VENCIDA, NAO INCLUIDA EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 8% dentro do mes do mes de vencimento da obrigacao; 14%, no mes seguinte; 20%, a partir do segundo mes seguinte ao do vencimento da obrigacao; PARA PAGAMENTO DE CREDITOS INCLUIDOS EM NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO: 24% em ate 15 dias do recebimento da notificacao; 30% apos o 15. dia do recebimento da notificacao; 40% apos a apresentacao de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, ate quinze dias da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS; 50% apos o 15. dia da ciencia da decisao do Conselho de Recursos da Previdencia Social - CRPS, enquanto nao inscrito em Divida Ativa; PARA PAGAMENTO DO CREDITO INSCRITO EM DIVIDA ATIVA: 60%, quando nao tenha sido objeto de parcelamento; 70%, se houve parcelamento; 80%, apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito nao foi objeto de parcelamento; 100% apos o ajuizamento da execucao fiscal, mesmo que o devedor ainda nao tenha sido citado, se o credito foi objeto de parcelamento. OBS.: NA HIPOTESE DAS CONTRIBUICOES OBJETO DA NOTIFICACAO FISCAL DE LANCAMENTO TEREM SIDO DECLARADAS EM GFIP, EXCETUADOS OS CASOS DE DISPENSA DA APRESENTACAO DESSE DOCUMENTO, SERA A REFERIDA MULTA REDUZIDA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO).

Assim, a multa foi originalmente aplicada com base no art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97:

Art. 35. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1997, sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I – para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

- a) quatro por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;*
- b) sete por cento, no mês seguinte;*
- c) dez por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;*

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

- a) doze por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;*
- b) quinze por cento, após o 15º dia do recebimento da notificação;*
- c) vinte 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) vinte e cinco por cento, após o 15º dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

III – para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) trinta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) trinta e cinco por cento, se houve parcelamento;

c) quarenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cinquenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento".

Como se vê, a redação do art. 35 previa a exigência de penalidade sobre as contribuições sociais em atraso – denominada como *multa de mora* – com percentuais que aumentavam progressivamente, de acordo com a ocorrência de determinados atos administrativos e também com o passar do tempo.

A partir de dezembro/2008, com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, a redação do art. 35 foi alterada para prever a aplicação da multa de mora da legislação tributária federal (art. 61 da Lei nº 9.430/96) e um novo dispositivo foi inserido na Lei nº 8.212/91, o art. 35-A, para dispor sobre a multa de ofício (art. 44 da Lei nº 9.430/96). A apresentação ou não de declaração (GFIP) à autoridade fiscal e o momento da atuação da fiscalização passaram a determinar a aplicação da multa de mora ou da multa de ofício:

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).*

Com isso, o tema gerou muita controvérsia quanto a sua aplicação, mas que ao meu entender deve ser aplicado dispositivo mais benéfico ao contribuinte.

Para trazer de forma mais didática e explicativa o entendimento aqui lançado, por estar bem fundamentado e claro, transcrevo parte do voto do produzido pelo então Conselheiro Fábio Piovesan Bozza, que lançou entendimento no Acórdão n.º 2301-005.011, processo n.º 10380.732714/2011-78, julgado em 09 de maio de 2017, que por ter sido elaborado com clareza assim transcrevo:

"Um tema que tem gerado controvérsia na jurisprudência e que apresenta, ao menos, duas linhas interpretativas refere-se à

aplicação da retroatividade benigna, constante do art. 106 do CTN, do novo art. 35 e do art. 35-A em relação ao antigo art. 35 da Lei nº 8.212/91;

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.

Eventualmente, a fundamentação jurídica dessas duas linhas de interpretação pode variar, mas o resultado alcançado por quaisquer dessas vertentes será o especificado a seguir.

A primeira linha de interpretação sustenta que somente o novo art. 35 poderá retroagir com o objetivo de limitar a 20% o percentual da multa constante do antigo art. 35. Por seu turno, o art. 35-A, por inovar a legislação previdenciária de custeio, seria aplicável aos lançamentos de ofício realizados a partir da vigência da Lei nº 11.941/2009.

Esta é a posição sustentada de maneira reiterada pelo Superior Tribunal de Justiça. Cite-se, a esse respeito, o seguinte enxerto do voto do Min. Humberto Martins (os rifos são nossos):

A jurisprudência desta Corte é dominante no sentido de que se aplica o disposto no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN na execução fiscal não julgada definitivamente na esfera judicial, independentemente da natureza da multa, sem descaracterizar a liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa, pois tal normativo estabelece que a lei aplica-se a ato ou a fato pretérito quando lhe comina punição menos severa que a prevista por lei vigente ao tempo de sua prática.

Verifica-se que o art. 35 da Lei n. 8.212/91 foi alterado pela Lei n. 11.941/09, devendo o novo percentual aplicável à multa moratória seguir o patamar de 20%, que, sendo mais benéfico ao contribuinte, deve lhe ser aplicado, por se tratar de lei mais benéfica, cuja retroação é autorizada com base no art. 106, II, do CTN.

(...)

Cumpre destacar que o art. 35 da Lei n. 8.212/91, com a redação anterior à Lei n. 11.940/09, não distinguia a aplicação da multa em decorrência da sua forma de constituição (de ofício ou por homologação), mas levando em consideração, essencialmente, o momento em que constatado o atraso no pagamento: antes da notificação fiscal, durante a notificação e existência de recurso administrativo, e após a inscrição em dívida ativa.

(...)

Com efeito, a nova redação do art. 35 da Lei n. 8.212/91, dada pela Lei n. 11.941/09, ao prever que as multas aplicadas obedecerão os parâmetros estabelecidos no art. 61 da Lei n.

9.430/96, possibilitou a aplicação da multa reduzida aos processos ainda não definitivamente julgados.

(...)

A distinção quanto à forma de lançamento para fixação de multa somente foi prevista com o advento da Lei n. 11.940/09, que introduziu o art. 35-A à Lei n. 8.212/91 (...)

Com efeito, sua aplicação restringe-se aos lançamentos de ofício existentes após sua vigência, sob pena de retroação.

STJ, 2ª Turma, EDcl no AgRg no RESP nº 1.275.297/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 03/12/2013

No mesmo sentido, cite-se também o seguinte trecho do voto da Min. Regina Helena Costa (os grifos são nossos):

Controverte-se acerca do percentual de multa moratória aplicável ao lançamento de ofício após a alteração do art. 35 da Lei n. 8.212/91 pela Lei n. 11.941/09 que, ao incluir o art. 35-A naquele diploma normativo, determinou a observância do parâmetro mais gravoso do art. 44 da Lei n. 9.430/96, qual seja, de 75% (setenta e cinco por cento).

Com efeito, esta Corte possui entendimento segundo o qual deve ser observado o percentual original da multa moratória previsto no art. 35 da Lei n. 8.212/91, porquanto as ulteriores disposições do art. 35-A cominam penalidade mais severa, autorizando a aplicação do preceito anterior, mais benéfico, a teor do disposto no art. 106, II, c, do CTN.

(...)

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial para fixar o percentual da multa moratória em 20% (vinte por cento).

STJ, 1ª Turma, RESP nº 1.585.929/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 19/04/2016

A segunda linha de interpretação considera que o antigo art. 35 da Lei nº 8.212/91 já previa em seu bojo tanto a multa moratória, para os recolhimentos espontâneos, quanto a multa de ofício, em decorrência de autuação da fiscalização (emissão de notificação fiscal de lançamento), não obstante o “caput” do dispositivo faça referência à “multa de mora”. Afinal, não será o “nomen iuris” que determinará o regime jurídico da multa.

No fundo, a natureza jurídica dessas multas – moratória ou de ofício – seria a mesma, possuindo caráter sancionador, punitivo e não-indenizatório.

Em consequência, o lançamento de multa relativa a fatos geradores das contribuições previdenciárias ocorridos até 03/12/2008 deverá observar, por essa vertente interpretativa, os percentuais do antigo art. 35 (em respeito ao art. 144 do CTN), ficando limitado ao disposto (i) no novo art. 35 (20%), no caso de declaração entregue pelo contribuinte, ou (ii) no art. 35-A

(75%), no caso de ausência da mencionada declaração e existência de lançamento de ofício.

Esta é a posição que tem prevalecido no CARF, pelo voto de qualidade ou, quando menos, por maioria de votos. De forma exemplificativa, vale citar os seguintes julgados: ac. 9202-003.713, de 28/01/2016; ac. 9202-004.344, de 24/08/2016; ac. 2202-003.445, de 14/06/2016; ac. 2301-004.388, de 09/12/2015; ac. 2401-004.286, de 13/04/2016).

É indubitável a relevância dos fundamentos jurídicos apresentados pelas duas linhas de interpretação.

Mas a existência dessa divergência jurisprudencial introduz uma dúvida no sistema, de caráter objetivo, quanto à solução do conflito a respeito da retroatividade benigna da lei nova que define infrações, atraindo a aplicação do art. 112 do CTN:

Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I – à capitulação legal do fato;

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III – à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV – à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Nesse cenário de incerteza normativa quando à natureza da penalidade aplicável ou à graduação da multa originalmente lançada (inc. IV), o art. 112 do CTN retrata a adoção do princípio “in dubio pro reo” em matéria de interpretação e deixa transparecer a vontade (vinculante) do legislador de favorecer o acusado com a aplicação da penalidade mais branda.

A norma protege o acusado de injustiça na punição, quando houver incerteza a respeito do fato ou do direito aplicável. Assim, nas palavras de Hugo de Brito Machado (“Teoria das Sanções Tributárias”, in Sanções Administrativas Tributárias, Ed. Dialética, p. 177):

Se o princípio de Direito Penal do in dubio pro reo exige certeza quanto ao fato, pela mesma razão deve exigir certeza quanto ao direito, pois a verificação da incidência da norma penal depende não apenas da constatação da ocorrência do fato, mas da delimitação do alcance da norma que é indispensável para que se saiba se está aquele fato abrangido, ou não, pela hipótese de incidência, vale dizer, pelo tipo penal.

Trata-se de corolário que não pode ser ignorado pelo intérprete, ainda que ele particularmente não apresente dúvida acerca do relacionamento entre o antigo art. 35, o novo art. 35 e o art. 35-A. Isso porque a referida dúvida, pressuposto para aplicação do

art. 112 do CTN, é objetiva e advém das decisões divergentes entre os membros da mesma turma, entre turmas diversas do mesmo tribunal ou entre tribunais diferentes.

A jurisprudência judicial não destoa a esse respeito (grifamos):

Além disso, o art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à Lei nº 11.941/2009, estabelece somente multas de mora, inclusive quando houver lançamento de ofício. O legislador considerou irrelevante, para efeito de aplicação da multa de mora, o fato de haver ou não informação a respeito do débito na GFIP. Isso porque as hipóteses de falta de declaração ou declaração inexata eram penalizadas com as multas previstas no art. 32, §§ 4º e seguintes, da Lei nº 8.212/91, que foram revogadas pela Lei nº 11.941/2009. De qualquer sorte, mesmo que haja dúvida quanto à natureza da penalidade aplicável (se é multa de mora ou de ofício), a lei deve ser interpretada da maneira mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

TRF da 4ª Região, 1ª Turma, Apelação Cível nº 2005.71.11.004530-2/RS, Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik, julgado em 24/02/2010

Posto isso, voto por limitar a multa imposta com base no art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, ao disposto no art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (20%), por força da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN e da interpretação mais favorável ao acusado prevista no art. 112 do CTN".

Nessas circunstâncias, voto por limitar a multa em 20%, até o período de autuação de novembro de 2008, em razão dos princípios da retroatividade benigna e de interpretação de norma mais favorável ao acusado contribuinte.

CONCLUSÃO

Nessas circunstâncias, voto por CONHECER e dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir a multa agravada do auto de infração, mantendo-se as demais exigências fiscais.

Por outro lado, quanto às exigências fiscais mantidas, para fins de aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN, voto por comparar a multa por descumprimento de obrigação acessória e a multa por falta de pagamento de contribuição previdenciária impostas ao contribuinte de forma englobada, limitando-as ao percentual de 20% constante do novo art. 35 da Lei nº 8.212/91 (já com as alterações promovidas pela Lei nº 11.941/2009), por força interpretação mais favorável ao acusado, conforme determina o art. 112 do CTN, devendo ser analisado no momento da execução da decisão à normativa benéfica.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator.

Voto Vencedor

Antônio Sávio Nastureles - Redator designado

1. O caso em exame trata de multa sobre contribuições incluídas em lançamento tributário, referente ao período de 01/2006 a 03/2010, com autuação lavrada em 16/06/2010 (e-fls 2), com ciência em 03/07/2010, data posterior à sistemática de cálculo das multas previdenciárias estabelecida pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida da Lei nº 11.941/2009.

RETROATIVIDADE BENIGNA. CRITÉRIOS DO CÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA.

2. Em relação aos fatos geradores ocorridos antes da alteração legislativa supra citada, ou seja, para o período anterior a 12/2008, existe o dever de observância, pela autoridade administrativa, da aplicação da multa mais benéfica, em obediência ao disposto no artigo 106 inciso II do Código Tributário Nacional.

2.1. Para as competências até novembro de 2008, inclusive, a multa mais benéfica deve ser apurada mediante comparação entre o valor resultante do cálculo vigente à época dos fatos geradores e o valor resultante da multa calculada com base no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com a redação da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. Este entendimento está explicitado no art. 476-A da Instrução Normativa RFB nº 971/2009:

Art. 476-A. No caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos: (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

I - até 30 de novembro de 2008, deverá ser aplicada a penalidade mais benéfica conforme disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), cuja análise será realizada pela comparação entre os seguintes valores: (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

a) somatório das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, nos moldes do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009, e das aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009; e (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

b) multa aplicada de ofício nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009. (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

II - a partir de 1º de dezembro de 2008, aplicam-se as multas previstas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

2.2. Ao tempo da autuação, a fiscalização já havia elaborado o documento intitulado "Anexo I - Comparativo das multas aplicadas" (e-fls 296/297), para verificação da penalidade menos severa ao contribuinte, em observância ao artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN e à Instrução Normativa referida no subitem precedente.

2.3. Detendo-nos no demonstrativo anexado às e-fls 297: abrange uma série de comparações em termos quantitativos e por competência, entre os montantes das multas calculadas de acordo com o critério vigente na data do fato gerador e os montantes das multas calculadas de acordo com a lei superveniente (alterações promovidas na Lei nº 8.212/91, pela Lei nº 11.941, de 2009).

2.4. O item 4.4 do Relatório fiscal (e-fls 404) explicita o critério adotado pela fiscalização para o desiderato de proceder o cálculo da multa mais benéfica.

4.4. — No que respeita à aplicação de multa por apresentação de GFIP com omissões/incorrekções, por conta do que prescreve a MP 449/2008 de 03/12/2008, DOU 04/12/2008, convertida na Lei 11.941/2009, de 27/05/2009, DOU 28/05/2009 e ainda de acordo com o prescrito no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN — Lei 5172/1966 de 25/10/1966, foi aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte, em relação às competências anteriores à publicação da MP 449, o que está pormenorizadamente demonstrado na planilha anexa a este termo de débito — Anexo I. Quanto às competências posteriores à publicação da MP 449, prevaleceu a multa descrita no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, conforme artigo 35-A da Lei 8.212/91.

2.5. No caso em apreço, a multa mais benéfica já foi calculada no momento da autuação, de acordo com o disposto no art. 476-A da IN RFB nº 971/2009 (subitem 2.1 supra) e nos termos do art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 04/12/2009, que dispõe sobre a aplicação dos artigos 35 e 35-A da Lei nº 8.212/91.

2.6. Conclui-se, portanto que a multa foi aplicada de acordo com a legislação que rege o assunto, em estrita observância à retroatividade benigna, não merecendo nenhum reparo no que respeita ao critério elegido para o cálculo da mesma.

MULTA AGRAVADA - COMPETÊNCIAS DE 12/2008 A 03/2010

3. No caso sob exame, verifica-se que, a partir da competência 12/2008, a autoridade lançadora aplicou a multa de 225%.

4. Restaram demonstradas tanto pelo Relatório Fiscal (e-fls 399/409) como pela decisão recorrida - Acórdão nº **05-40.602**² (e-fls 1266/1304) - as condições necessárias para a duplicação da penalidade administrativa (§ 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96) e as situações caracterizadoras de potencial embaraço à atuação da fiscalização (§ 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96).

4.1. Segue-se a transcrição do item 5 do Relatório Fiscal (e-fls 404):

5 — DA MULTA QUALIFICADA E DA MULTA AGRAVADA

5.1 - Tanto a ocultação do endereço real da empresa, descrita nos itens 2.3 e 2.7, quanto a informação incorreta de opção pelo

² Acórdão prolatado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas-SP. Sessão de julgamento de 14 de maio de 2013.

SIMPLES na GFIP, configuram sonegação, conforme artigo 71 da Lei 4.502/64, transcrito abaixo:

LEI Nº 4.502, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

5.1.1 — Em virtude do exposto no item anterior, a partir de dezembro de 2008, a multa descrita no item 4.4 foi duplicada, na forma do § 1º do artigo 44 da Lei 9.430/96.

5.2 - A falta de apresentação dos esclarecimentos descritos no item 8 do Termo de Intimação Fiscal de 26/05/2010 e dos arquivos digitais descritos no item 5 do mesmo documento motivaram o agravamento da multa descrita no item 4.4 em 50%, conforme § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/96, nas competências em que não foi aplicada a multa prescrita na legislação da época dos fatos geradores.

4.2. Como muito bem observado pela decisão de primeira instância, *"a qualificação da multa (de 75% para 150%) se deu em virtude (1) da ocultação do endereço da empresa e (2) da informação incorreta de opção pelo Simples na GFIP, enquanto o agravamento desse acréscimo (de 150% para 225%) resultou de ter a autuada deixado de prestar os esclarecimentos e de apresentar os arquivos digitais descritos, respectivamente, nos itens 8 e 5 do Termo de Intimação Fiscal emitido em 26/05/2010"* (e-fls 1295).

5. No julgamento em segunda instância, na sessão realizada em 07/06/2018, a divergência estabelecida se circunscreve ao aspecto do agravamento da multa (de 150% para 225%) e não à qualificação (de 75% para 150%) como se pode observar pela redação do item "b" do dispositivo:

(b) por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário em relação aos períodos de 12/2008 em diante; vencidos os conselheiros Wesley Rocha (relator) e Juliana Marteli Fais Feriato, que davam provimento parcial para desagravar a multa de ofício, reduzindo-a ao percentual de 150%.

5.1. Como se vê, posição majoritária do Colegiado acolheu o entendimento esposado pela decisão de primeira instância, ao reconhecer a caracterização das situações fáticas aptas a motivar o agravamento da penalidade.

5.2. Tais situações fáticas estão relacionadas com as condutas atribuíveis ao contribuinte, ora Recorrente, de não atender a solicitações formuladas pela fiscalização. Vejamos:

5.2.1. Não apresentação de "*Informações em meio digital com leiaute previsto no Manual Normativo de Arq. Dig da SRP atual ou em vigor a época de ocorrência dos fatos geradores*"³.

5.2.2. Não apresentação de "*justificativa por escrito, com a apresentação de documentos comprobatórios, para a entrega de GFIP's entre 01/2006 e 03/2010 com a informação de "empresa optante pelo SIMPLES" , uma vez que o , contribuinte foi excluído do SIMPLES Federal em:2003 e não fez a opção pelo SIMPLES Nacional*"⁴

5.3. Cabe transcrever excerto da decisão de primeira instância administrativa ao proceder análise minuciosa e concludente sobre o agravamento da penalidade procedido pela fiscalização (e-fls 1299/1301):

Do aumento de metade da multa

No item 5.2 de seu relatório, a auditora notificante esclarece que "*A falta de apresentação dos esclarecimentos descritos no item 8 do Termo de Intimação Fiscal de 26/05/2010 e dos arquivos digitais descritos no item 5 do mesmo documento motivaram o agravamento da multa descrita no item 4.4 em 50%, conforme § 2º do artigo 44 da Lei 9.430/96, nas competências em que não foi aplicada a multa prescrita na legislação da época dos fatos geradores*".

Eis aqui a reprodução do mencionado TIF:

Já foi alhures ressaltado neste voto que a autuada não infirma que deixou de atender ao referido Termo de Intimação, limitando-se à reclamação de que foi exíguo o prazo concedido para tal atendimento, e de que nem mesmo esse prazo foi observado, eis que o procedimento fiscal teria sido encerrado – com a consequente emissão deste AI e dos TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA – apenas quatro dias úteis após a ciência do documento em apreço.

Como, no entanto, naquela oportunidade, nossa proposta foi pelo não acolhimento da reclamação do contribuinte, por a considerarmos meramente protelatória, não há como deixarmos de concluir que o fato descrito no item 5.2 do REFISC se amolda com perfeição às hipóteses dos incisos I e II do retro citado § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, *in verbis*:

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991;

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei.

Com o intuito de evidenciar a improcedência do agravo de que trata o parágrafo em comento, os sócios da empresa ainda arguem, em suas respectivas impugnações, que não é procedente a afirmação da auditora fiscal, de que eles deixaram de apresentar os documentos ou esclarecimentos por ela solicitados – com o que teriam desatendido ao art. 32, inciso III, da Lei nº 8.212/91 –, pois, não obstante a Sra. Rosidete Lucio de Almeida, procuradora da empresa, tenha

³ Conforme item 5 do Termo de Intimação Fiscal, de 26/05/2010 (e-fls 76/77).

⁴ Conforme item 8 do Termo de Intimação Fiscal, de 26/05/2010 (e-fls 76/77).

comparecido à DRF Barueri em 24/05/2010, com vistas ao cumprimento dos Termos de Intimação emitidos em nome dos sócios em 10/05/2010 (fls. 62 e 64), a autoridade do fisco, *“alegando carência de poderes veiculados no instrumento de procuração, não lhe entregou a cópia do Termo de Intimação Fiscal tendo por objeto das contribuições previdenciárias, outras entidades e Fundos do período de apuração 01/2006 a 03/2010, o que acabou por dificultar o conhecimento pelo contribuinte das ações fiscais em andamento”*.

Apesar de verdadeiro que a AFRFB autuante não entregou documento algum à referida procuradora (veja-se, a propósito, o item 2.6 do REFISC), também é fato que em 24/05/2010, quando do comparecimento da aludida representante na DRF Barueri, ainda não havia sido sequer emitido o Termo de Intimação Fiscal de fls. 76 e 77, por meio do qual, como sabemos, a empresa foi intimada a prestar os esclarecimentos e apresentar os documentos há pouco mencionados. Em realidade, esse documento veio a ser lavrado apenas em 26/05/2010, tendo a respectiva ciência à empresa ocorrido via o EDITAL SEFIS DRF BARUERI Nº 42/2010, afixado nesta última data e desafixado em 16/06/2010, de modo não era mesmo de esperar que dele fosse dado conhecimento à Sra. Rosidete Lucio de Almeida..

Ressalte-se que, mesmo diante da posição adotada pela fiscalização a propósito da alegada insuficiência do instrumento de procuração citado no parágrafo anterior, não houve o retorno da Sra. Rosidete nem o comparecimento dos sócios à DRF de origem, mas apenas, consoante o REFISC, a ida de um *“portador apresentando cópia da mesma alteração contratual já apresentada anteriormente, mas com o registro no Cartório de Barueri, datado de 08/06/2010”*, o que, diante dos efeitos do Edital nº 42/2010, permite concluir que, efetivamente, *“Não houve apresentação de nenhum dos documentos e esclarecimentos solicitados pelo TIPF ou pelo TIF de 26/05/2010”*.

Assim, por realizadas *in concreto* as hipóteses descritas nos incisos I e II do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, impõe-se o indeferimento do pleito ora deduzido pelo contribuinte e pelos seus sócios, com a conseqüente ratificação deste outro agravo aplicado pela fiscalização.

6. No caso dos autos, não há nenhuma dúvida de que o Contribuinte, ora Recorrido, deixou de atender de modo satisfatório as solicitações feitas pela Fiscalização, tal como descrito no item 5.2 do Relatório Fiscal (subitem 4.1 supra): não houve apresentação de justificativas relacionadas à opção pelos regimes favorecidos (Simples Federal/Nacional) tampouco a apresentação dos arquivos digitais, especificados pelo Termo de Intimação Fiscal de 26/05/2010. E, como se depreende da norma aplicável, a conseqüência jurídica de tal conduta consiste precisamente no agravamento da multa prevista na Lei nº 9.430 (§2º, I do art. 44 da Lei nº 9.430/96).

7. Com a devida permissão a posicionamentos diversos, a exemplo daquele defendido pelo ilustre Relator em seu voto, a mera circunstância da fiscalização ter tido condições de realizar as apurações no âmbito do procedimento fiscal, e de lavrar o auto-de-infração, não tem o condão de afastar a aplicação da norma estatuída pelo artigo 44, § 2º, inciso I da Lei nº 9.430/1996.

CONCLUSÃO

8. Para concluir, apresenta-se breve síntese das considerações delineadas ao longo deste voto.

8.1. Com relação aos períodos de apuração até 11/2008 (inclusive) já se demonstrou a correção do critério elegido pela fiscalização no cálculo da multa mais benéfica (item 2 supra e respectivos subitens).

8.2. Quanto aos períodos de apuração de 12/2008 em diante, determina-se a manutenção do agravamento da multa aplicada no presente feito (itens 4 a 7 supra).

9. De todo o exposto, VOTO por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(Assinado digitalmente)

Antônio Sávio Nastureles - Redator designado