



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

Processo nº 16000.000203/2007-11
Recurso nº 263.525 Voluntário
Acórdão nº 2401-002.150 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2011
Matéria DESCUMPRIMENTO OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente TUBOCITY INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2004 a 30/06/2004, 01/11/2004 a 30/11/2004

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 32, INCISO IV, LEI Nº 8.212/91. Constitui fato gerador de multa deixar o contribuinte de informar, mensalmente, ao Fisco, por intermédio de GFIP, dados relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo.

CO-RESPONSABILIDADE. ATRIBUÍDA DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE LANÇADORA A EX-SÓCIOS. LEGITIMIDADE PARA DISCUSSÃO DE ALUDIDA CONDIÇÃO. A imputação de co-responsabilidade a pessoas estranhas ao quadro societário da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores, a partir da constatação da condição de gestor e/ou proprietário de fato da pessoa jurídica autuada, *in casu*, ex-sócios, possibilita a estes a discussão de aludida responsabilidade nos autos do processo administrativo pertinente, em observância aos princípios da ampla defesa e contraditório.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. De conformidade com a jurisprudência dominante neste Colegiado, tratando-se de auto de infração decorrente de descumprimento de obrigação acessória, onde o contribuinte prestou informações inexatas, incorretas e/ou omissas, caracterizando o lançamento de ofício, o prazo decadencial para a constituição do crédito previdenciário é de 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PAF. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com os artigos 62 e 72, e parágrafos, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

MULTA/PENALIDADE. LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. Aplica-se ao lançamento legislação posterior à sua lavratura que comine penalidade mais branda, nos termos do artigo 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, impondo seja recalculada a multa com esteio na Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Por unanimidade de votos: a) rejeitar a arguição de decadência; b) rejeitar as preliminares suscitadas; e II) Por maioria de votos, no mérito, dar provimento parcial para recalcular a multa nos termos do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfico ao contribuinte, deduzindo-se os valores lançados a título de multa nas autuações correlatas por descumprimento de obrigações principais. Vencido o conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, que votou por aplicar o art. 32-A da Lei nº 8.212/91.

Elias Sampaio Freire - Presidente.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

TUBOCITY INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, teve contra si lavrada autuação fiscal com fulcro no artigo 32, inciso IV, e parágrafos 3º e 9º, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 225, inciso IV e §§ 2º, 3º, e 4º, do RPS, por ter deixado de informar mensalmente ao Fisco, por intermédio de GFIP, dados relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo, em relação às competências 06/2004 e 11/2004, conforme Relatório Fiscal da Infração, às fls. 19/27, e demais elementos que instruem o processo.

Trata-se de Auto de Infração, consolidado em 22/12/2006, nos termos do artigo 293 do RPS, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se multa no valor de R\$ 6.941,71 (Seis mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e um centavos), com base no artigo 284, inciso I, e §§ 1º e 2º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, c/c artigo 32, inciso IV e §§ 4º e 7º, da Lei nº 8.212/91.

De conformidade com o Relatório Fiscal, *a empresa autuada, na competência 06/2004, deixou de informar ao INSS, por intermédio da GFIP os dados cadastrais e todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e na competência 11/2004 deixou de entregar GFIP declaratória sem movimento, cuja obrigatoriedade está prevista na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV, § 9º (incluídos pela Lei n. 9.528, de 10.12.97).*

Informa, ainda, o fiscal autuante que arrolou no anexo **CORESP - RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS**, os “ex-sócios” Sr. Agnaldo Ferraz Júnior e a Sra. Terezinha de Paula Borges Ferraz, os quais muito embora somente tenham figurado nos atos constitutivos da empresa com sócios durante o período de 15/02/1990 a 02/07/1997, de fato, permaneceram exercendo a condição de proprietários nas competências objeto da autuação, participando ativamente da sua gestão, consoante restou circunstanciadamente demonstrado no Relatório Fiscal do Auto de Infração.

Irresignados os “ex-sócios” retromencionados interpuseram impugnação conjuntamente, pugnado pela decretação da nulidade do lançamento, insurgindo-se especialmente contra a responsabilização pelo débito em comento, não tendo, porém, obtido êxito em sua empreitada, como se verifica da decisão da 3ª Turma da DRJ em Campo Grande/MS, Acórdão nº 04-13.408/2007, às fls. 175/195, que julgou procedente a autuação fiscal.

Inconformados com a Decisão recorrida, os contribuintes Agnaldo Ferraz Júnior e a Sra. Terezinha de Paula Borges Ferraz, arrolados no anexo CORESP, apresentaram Recurso Voluntário, às fls. 230/263, procurando demonstrar a improcedência do lançamento, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pugnam pela decretação da nulidade do lançamento, por entender que o fiscal autuante, ao constituir o presente crédito previdenciário, não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa na legislação de regência,

contrariando o disposto no artigo 142 do CTN, em total preterição do direito de defesa e do contraditório da notificada, promovendo o lançamento com base em meras presunções.

A corroborar a nulidade suscitada, infere que a presente autuação fora lavrada *sem a indicação e sem assinatura da chefia imediata, inerentes à função de subordinação em relação aos atos praticados pelo agente de fiscalização, artigo 11 do Decreto 70.235/72.*

Ainda em sede de preliminar, requer seja aplicado o prazo decadencial inscrito no artigo 150, § 4º, do CTN, em detrimento ao artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma Legal, na forma decidida pelo julgador recorrido, sobretudo em face de recolhimentos de contribuições previdenciárias correspondentes, ou seja, antecipação de pagamento.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, lançando assertivas a propósito do quadro societário da empresa, concluindo que no período objeto da autuação os recorrentes não eram mais sócios da pessoa jurídica, sendo defeso, portanto, serem responsabilizados pelo débito.

Aduzem que a responsabilização dos recorrentes pelo crédito em debate se deu de maneira unilateral, exclusivamente a partir de provas testemunhais, as quais não são admitidas no processo administrativo fiscal, com arrimo em simples presunções, impondo seja afastada a sujeição passiva imputada, mormente em razão de não ter sido oportunizada manifestação a propósito da co-responsabilização atribuída, afrontando o direito de contraditório dos contribuintes.

Acrescenta que o Sr. Agnaldo Ferraz Júnior e a Sra. Terezinha Paula de Borges Ferraz, ora recorrentes, *não detém poderes da empresa para receber notificação de lançamento de débitos previdenciários.*

Contrapõe-se à exigência fiscal em debate, especialmente no que tange à desconsideração da personalidade jurídica da empresa, com atribuição da responsabilidade dos recorrentes pelos seus débitos, por entender que referido procedimento somente pode ser levado a efeito quando demonstrada a ocorrência da prática de atos de atividade irregular, o que não se verifica na hipótese dos autos.

Requer seja retificada a multa e juros de mora aplicados no presente auto de infração, limitando ao percentual de 1%, fixado no § 1º, do artigo 161, do Código Tributário Nacional.

Opõe-se à multa *moratória* pretensamente aplicada, por considerá-la confiscatória, sendo, por conseguinte, ilegal a sua exigência.

Argui a inconstitucionalidade da TAXA SELIC, argumentando, entre outros motivos, que sua instituição decorreu de resolução do Banco Central, e não por lei, não podendo, dessa forma, ser utilizada em matéria tributária, por desrespeitar o Princípio da Legalidade. Alega, ainda, tratar-se referida taxa de juros remuneratórios, o que a torna ilegal e inconstitucional.

Por fim, requerem o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a autuação, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Processo nº 16000.000203/2007-11
Acórdão n.º **2401-002.150**

S2-C4T1
Fl. 277

CÓPIA

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

EX-SÓCIOS - CO-RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA DE OFÍCIO - APRESENTAÇÃO DEFESA – POSSIBILIDADE

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, constata-se que o fiscal autuante arrolou no anexo **CORESP - RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS**, os “ex-sócios” Sr. Agnaldo Ferraz Júnior e a Sra. Terezinha de Paula Borges Ferraz, os quais muito embora somente tenham figurado nos atos constitutivos da empresa com sócios durante o período de 15/02/1990 a 02/07/1997, de fato, permaneceram exercendo a condição de proprietários nas competências objeto da autuação, participando ativamente da sua gestão, consoante restou circunstanciadamente demonstrado no Relatório Fiscal do Auto de Infração.

Inconformados com referida co-responsabilização, os contribuintes apresentaram impugnação, a qual restou infrutífera e, posteriormente, recurso voluntário, objeto da presente análise.

Nesse sentido, primeiramente, impõe verificar se os recorrentes, de fato, tem legitimidade para postular seus direitos na via administrativa, sobretudo em razão de a empresa não ter se insurgido contra a autuação.

Com efeito, este Egrégio Colegiado vem decidindo que a simples indicação dos sócios da empresa no anexo da autuação denominado CORESP não oferece margem à discussão quanto à legitimidade passiva daquelas pessoas físicas, tendo em vista inexistir a toda evidência imputação dessa natureza.

Destarte, a matéria objeto de julgamento nesta assentada refere-se à procedência ou improcedência do lançamento, e não quais bens irão suportar/garantir eventual crédito tributário definitivamente constituído, após decisão administrativa transitada em julgado, ou mesmo sobre quem irá recair tal responsabilidade.

Dessa forma, as questões suscitadas pelos contribuintes somente poderiam ser objeto de apreciação em outras oportunidades, por exemplo, na execução fiscal, obedecidas as normas procedimentais deste processo, o que afastaria nesta via administrativa tecer maiores considerações relativas à responsabilidade pelo crédito previdenciário, no tocante aos bens pessoais dos sócios ou da pessoa jurídica, ora recorrentes.

Isto porque, o simples fato de os recorrentes constarem do anexo “CORESP – RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS”, não implica dizer ter havido atribuição automática de sujeição passiva quando da lavratura da autuação fiscal. Aludido anexo tem por finalidade informar as autoridades fazendárias quem são ou foram os sócios da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias lançadas, para eventual responsabilização em momento oportuno, por exemplo, na execução fiscal, observados os pressupostos legais para tanto. Aliás, referido entendimento encontra-se sedimentado neste Colegiado.

Entrementes, a hipótese dos autos diferencia-se dos demais já analisados por este Relator, na medida em que a inclusão dos recorrentes no anexo CORESP ocorrera de ofício, ou seja, em que pese tais pessoas físicas não constarem do quadro societário da empresa à época da ocorrência dos fatos geradores, considerou a fiscalização que, de fato, estes “ex-sócios”, permanecem como proprietários e gestores da pessoa jurídica, razão pela qual os elencou naquele anexo.

Na esteira desse raciocínio, vislumbra-se não se tratar de simples informação de quais pessoas físicas figuravam como sócios de direito à época dos fatos geradores, mas, sim, de enquadramento de ofício de “ex-sócios” como atuais responsáveis pelos atos da empresa, a partir da condição de proprietários e gestores de fato, ainda que ausentes do quadro societário da pessoa jurídica.

A Lei nº 9.784/1999, ao tratar do processo administrativo fiscal, mais precisamente em seu artigo 9º, assim estabelece:

“Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; [...]”

Nessa toada, mister admitir a possibilidade do insurgimento dos “ex-sócios” da empresa contra aludida co-responsabilização, mormente por se tratar de procedimento excepcional levado a efeito de ofício pela autoridade fiscal, em observância aos princípios da ampla defesa e contraditório.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Preliminarmente, vindicam os contribuintes seja acolhida a decadência de 05 (cinco) anos nos termos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, em detrimento ao prazo inscrito no artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma legal, na forma decidida no Acórdão recorrido.

O exame dessa matéria impõe sejam levadas a efeito algumas considerações.

O artigo 45, inciso I, da Lei nº 8.212/91, estabelece prazo decadencial de 10 (dez) anos para a apuração e constituição das contribuições previdenciárias, senão vejamos:

“Art. 45 – O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

[...]”

Por outro lado, o Código Tributário Nacional em seu artigo 173, inciso I, determina que o prazo para se constituir crédito tributário é de 05 (cinco) anos, *in verbis*:

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

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

[...]”

Com mais especificidade, o artigo 150, § 4º, do CTN, contempla a decadência para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos seguintes termos:

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

[...]

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

O núcleo da questão reside exatamente nesses três artigos, ou seja, qual deles deve prevalecer para as contribuições previdenciárias, tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Após muitas discussões a propósito da matéria, o Supremo Tribunal Federal, em 11/06/2008, ao julgar os RE's nºs 556664, 559882 e 560626, por unanimidade de votos, declarou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, oportunidade em que aprovou a Súmula Vinculante nº 08, abaixo transcrita, rechaçando de uma vez por todas a pretensão do Fisco.

“Súmula nº 08: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Registre-se, ainda, que na mesma sessão plenária, o STF achou por bem modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em comento, estabelecendo, em suma, que somente não retroagem à data da edição da Lei em relação a pedido de restituição judicial ou administrativo formulado posteriormente à 11/06/2008, concedendo, por conseguinte, efeito *ex tunc* para os créditos pendentes de julgamentos e/ou que não tenham sido objeto de execução fiscal.

Não bastasse isso, é de bom alvitre esclarecer que o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em sessão de julgamento realizada no dia 15/12/2008, por maioria de votos (21 x 13), firmou o entendimento de que o prazo decadencial a ser aplicado para as contribuições previdenciárias é o insculpido no artigo 150, § 4º, do CTN, independentemente de ter havido ou não pagamento parcial do tributo devido, o que veio a ser ratificado, também por maioria de votos, pelo Pleno da CSRF em sessão ocorrida em 08/12/2009, com a ressalva da existência de qualquer atividade do contribuinte tendente a apurar a base de cálculo do tributo devido.

Consoante se positiva da análise dos autos, a controvérsia a respeito do prazo decadencial para as contribuições previdenciárias, após a aprovação/edição da Súmula Vinculante nº 08, passou a se limitar a aplicação dos artigos 150, § 4º, ou 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Indispensável ao deslinde da controvérsia, mister se faz elucidar as espécies de lançamento tributário que nosso ordenamento jurídico contempla, como segue.

Primeiramente destaca-se o **lançamento de ofício ou direto**, previsto no artigo 149, do CTN, onde o fisco toma a iniciativa de sua prática, por razões inerentes a natureza do tributo ou quando o contribuinte deixa de cumprir suas obrigações legais. Já o **lançamento por declaração ou misto**, é aquele em que o contribuinte toma a iniciativa do procedimento, ofertando sua declaração tributária, colaborando ativamente. Alfim, o **lançamento por homologação**, inscrito no artigo 150, do CTN, em que o contribuinte presta as informações, calcula o tributo devido e promove o pagamento, ficando sujeito a eventual homologação por parte das autoridades tributárias.

Dessa forma, sendo as contribuições previdenciárias tributos sujeitos ao lançamento por homologação, defende parte dos julgadores e doutrinadores que a decadência a ser aplicada seria aquela constante do artigo 150, § 4º, do CTN, levando-se em consideração a natureza do tributo, independentemente da ocorrência de pagamento, entendimento compartilhado por este conselheiro.

Ou seja, a regra para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, o qual somente não prevalecerá nas hipóteses de ocorrência de dolo, fraude ou conluio, o que ensejaria o deslocamento do prazo decadencial para o artigo 173, inciso I, do mesmo Diploma Legal.

Por outro lado, alguns julgadores e doutrinadores entendem que somente aplicar-se-ia o artigo 150, § 4º, do CTN quando comprovada a ocorrência de recolhimentos relativamente ao fato gerador lançado, seja qual for o valor. Em outras palavras, a homologação dependeria de pagamento para se caracterizar, e a sua ausência daria ensejo ao lançamento de ofício, com observância do prazo decadencial do artigo 173, inciso I.

Ressalta-se, ainda, o entendimento de outra parte dos juristas, suscitando que o artigo 150, 4º, do Código Tributário Nacional, prevalecerá quando o contribuinte promover qualquer ato tendente a apuração da base de cálculo do tributo devido, seja pelo pagamento, escrituração contábil, declaração do imposto em documento próprio, etc. Melhor elucidando, o contribuinte deverá adotar algum procedimento com o fito de apurar o tributo para que pudesse se cogitar em “homologação”. Esta, aliás, é a tese que prevaleceu na última reunião do Conselho Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, por entender que as contribuições previdenciárias devem observância ao prazo decadencial do artigo 150, § 4º, do Códex Tributário, independentemente de antecipação de pagamento, salvo quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o certo é que a partir da alteração do Regimento Interno do CARF (artigo 62-A), introduzida pela Portaria MF nº 586/2010, os julgadores deste Colegiado estão obrigados a “reproduzir” as decisões do STJ tomadas por recurso repetitivo, razão pela qual deixaremos de abordar aludida discussão, mantendo a tese que a aplicação do dispositivo legal retro depende da existência de recolhimentos do mesmo tributo no período

objeto do lançamento, na forma decidida por aquele Tribunal Superior nos autos do Resp nº 973.733/SC, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C,

DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

Na esteira desse raciocínio, uma vez delimitado pelo STJ e, bem assim, pelo Regimento Interno do CARF que nos lançamentos por homologação à antecipação de pagamento é indispensável à aplicação do instituto da decadência, nos cabe tão somente nos quedar a aludida conclusão e constatar ou não a sua ocorrência.

Entrementes, a controvérsia em relação a referido tema encontra-se distante de remansoso desfecho, se fixando agora em determinar o que pode ser considerado como antecipação de pagamento nas contribuições previdenciárias, sobretudo em face das diversas modalidades e/ou procedimentos adotados por ocasião do lançamento fiscal.

Na hipótese dos autos, porém, despiciendas maiores elucubrações a propósito do tema, uma vez tratar-se de auto de infração decorrente de descumprimento de obrigação acessória – omissão e incorreções de informações e/ou documentos ao INSS - caracterizando lançamento de ofício, impondo a aplicação do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Com efeito, este Colegiado, inclusive, a Câmara Superior de Recursos Fiscais, já sedimentou o entendimento de que tratando-se de auto de infração decorrente de descumprimento de obrigação acessória - omissão de informações e/ou documentos ao INSS (atualmente Receita Federal do Brasil) - caracterizando lançamento de ofício, impõe-se a aplicação do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, independentemente da espécie de infração incorrida.

Assim, é de se manter a ordem legal no sentido de acolher o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, na forma admitida pelo Acórdão recorrido, devendo ser rejeitada a preliminar de decadência suscitada pela contribuinte.

PRELIMINAR NULIDADE LANÇAMENTO

Preliminarmente, pretendem os recorrentes seja declarada a nulidade do feito, sob o argumento de que a autoridade lançadora não logrou motivar/fundamentar o ato administrativo do lançamento, de forma a explicitar clara e precisamente os motivos e dispositivos legais que embasaram a autuação, contrariando a legislação de regência e, bem assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais levados a efeito no lançamento, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura dos anexos Relatórios Fiscal da Infração e da Multa Aplicada, às fls. 19/27, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção do Auto de Infração.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhe deram suporte, ou melhor, os fatos geradores da multa ora exigida, não se cogitando na nulidade do procedimento.

Com efeito, restou devidamente demonstrado nos elementos que instruem o processo que a lavratura do presente auto de infração se deu em virtude de a contribuinte ter deixado de entregar as GFIP's relacionadas às competências de 06/2004 e 11/2004, infringindo o disposto no artigo 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, ensejando a constituição do presente crédito previdenciário decorrente da aplicação da multa calculada com arrimo no artigo 284, inciso I, parágrafo 1º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, que assim prescrevem:

“Lei 8.212/91

Art. 32. A empresa também é obrigada:

[...]

IV – informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS.

[...]”

“Regulamento da Previdência Social

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

[...]

*I - valor equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no **caput** do art. 283, em função do número de segurados, pela não apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, independentemente do recolhimento da contribuição, conforme quadro abaixo:”*

Verifica-se que, de acordo com o Relatório Fiscal, a recorrente não apresentou a documentação exigida pela Fiscalização na forma que determina a legislação

previdenciária, incorrendo na infração prevista nos dispositivos legais supracitados, o que determinou a aplicação da multa, nos termos do Regulamento da Previdência Social.

Por sua vez, quanto à irresignação dos contribuintes em relação à atribuição da co-responsabilização, igualmente, não há se falar em presunção nesta empreitada.

Como já robustamente explicitado no Relatório Fiscal da Infração e, bem assim, na decisão de primeira instância, a conduta fiscal, ao imputar à co-responsabilização aos “ex-sócios” da autuada, lastreou-se em vasto conjunto probatório, dentre eles, Declarações dos sócios de direito, Procurações extraídas dos respectivos Cartórios, Processos Trabalhistas, etc, corroborando o entendimento de que os recorrentes são, de fato, proprietários e gestores da pessoa jurídica autuada.

No que tange à impossibilidade de provas testemunhais para atribuição da co-responsabilização aos recorrentes, na forma por estes arguida, registre-se que, de fato, no âmbito do processo administrativo fiscal, não se tem admitido a prova testemunhal. No entanto, Declarações de terceiros interessados, lavradas em Cartório ou perante a autoridade fiscal, vem sendo admitidas como princípio de prova do direito aduzido, as quais quando corroboradas por outros elementos oferecem guarida à pretensão pretendida, o que se vislumbra no caso vertente.

Em verdade, o que não se admite é a oitiva de testemunhas no âmbito administrativo, não implicando dizer necessariamente que Declarações de terceiros interessados, lavradas perante a autoridade fiscal não possam ser utilizadas nas razões da autuação, mormente quando lastreadas em conjunto probatório robusto.

Na esteira desse entendimento, não se cogita na improcedência do feito, tendo em vista que o fiscal autuante agiu da melhor forma, com estrita observância da legislação tributária aplicável à espécie, impondo a manutenção da decisão recorrida em sua plenitude.

DA Apreciação DE Questões DE
INCONSTITUCIONALIDADES/ILEGALIDADES NA ESFERA
ADMINISTRATIVA.

Mais a mais, relativamente às questões de inconstitucionalidades arguidas pela contribuinte, além dos procedimentos adotados pela fiscalização, bem como a multa ora exigida encontrarem respaldo na legislação previdenciária, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legacidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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

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

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

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo regimental encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Súmula CARF nº 02, assim estabelece:

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

E, segundo o artigo 72, e parágrafos, do Regimento Interno do CARF, as Súmulas, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória por este Conselho.

Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

[...]”

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação à ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

Quanto às demais alegações da contribuinte, não merece aqui tecer maiores considerações, porquanto incapazes de ensejar a reforma da decisão recorrida e/ou macular o

crédito previdenciário ora exigido, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente debatidas/rechacadas pelo julgador de primeira instância, ressaltando-se o insurgimento contra Taxa Selic, totalmente impertinente, uma vez sequer ser aplicada em auto de infração por descumprimento de obrigações acessórias.

Assim, escoreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento, tendo em vista que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela fiscalização que serviram de base à penalidade aplicada, não fazendo uso nem mesmo do benefício da relevação da multa, inscrito no artigo 291, § 1º, do RPS.

DO CÁLCULO DA MULTA – LEI Nº 11.941/2009 – RETROATIVIDADE

Por derradeiro, em que pese à procedência do lançamento em seu mérito, mister destacar que posteriormente à lavratura do Auto de Infração fora publicada a Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, trazendo nova redação ao artigo 32 da Lei nº 8.212/91, acrescentando, ainda, o artigo 32-A aquele Diploma Legal, estabelecendo nova forma do cálculo da multa ora exigida e, bem assim, determinando a exclusão da multa de mora do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, com a consequente aplicação das multas constantes da Lei nº 9.430/96.

Partindo dessa premissa, em face da legislação posterior contemplando penalidades mais benéficas para o mesmo fato gerador, impõe-se à aplicação desse novo cálculo da multa, em observância ao disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, que assim prescreve:

“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.” (grifamos)

Nessa toada, em observância à jurisprudência consolidada neste Colegiado, impende recalculer o valor da multa, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, deduzindo-se os valores levantados a título de multa nas autuações correlatas por descumprimento de obrigações principais.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração *sub examine* parcialmente em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento e de decadência e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para recalculer a multa nos termos do artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfico ao

contribuinte, deduzindo-se os valores lançados a título de multa nas autuações correlatas por descumprimento de obrigações principais, pelas razões de fato e de direito encimadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA