



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

Processo nº 16095.000044/2008-23
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.638 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente BORLEM S/A EMPREENDIMENTOS INDUSTRIAIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 20/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIOS INDIRETOS - RESULTADO DAS NFLD CORRELATAS.

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.

Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: “ *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. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)*”.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 20/12/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - AIOP CORRELATO

A sorte de Autos de Infração relacionados a omissão em GFIP, está diretamente relacionado ao resultado dos AIOP lavrados sobre os mesmos fatos geradores. Sendo determinada a procedência dos AIOP o mesmo destino, deve ser dado aos AIOA

MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA

Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior.

Correto o procedimento da autoridade fiscal, que fez o comparativo entre a multa mais benéfica, considerando a lançamento da obrigação principal e acessória.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para excluir a penalidade referentes aos fatos geradores excluídos da NFLD correlata - (Processo 16095.000050/2008-81, DEBCAD: 37.052.982-0), bem como sejam excluídos do lançamento a multa sobre os fatos geradores nas NFLD declaradas improcedentes, conforme Despacho de devolução, fls. 4351. II) Pelo voto de qualidade, recalcular o valor da multa, tendo como limite o previsto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96. Vencidos os conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Igor Araújo Soares e Carolina Wanderley Landim, que limitavam o valor da multa nos termos do artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Acessória, lavrado sob o n.37.052.974-0, em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei nº 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

Segundo a fiscalização previdenciária, fl. 16 e seguintes, os fatos geradores que ensejaram a aplicação da multa descrita no presente AI: BRA, CCT, PIO, PLR, PR1, SV2, SAT e RO.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 05/12/2007, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 20/12/2007.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 53 a 80.

A Decisão de 1 instância confirmou a procedência total do lançamento, fls. 4290 e seguintes:.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2006

INFRAÇÃO. GFIP/GRFP. APRESENTAÇÃO COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE. RELEVAÇÃO DA MULTA.

Constitui infração à Lei nº 8.212/91, a apresentação de Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com omissão de fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Diante da inconstitucionalidade formal do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 expressa na Súmula nº 8 do STF, aplica-se o prazo decadencial quinquenal estabelecido • no Código Tributário Nacional A primariedade do infrator, a inocorrência de circunstâncias agravantes e o pedido efetuado dentro do prazo de impugnação possibilitam a relevação da multa aplicada nas competências em que houve a correção total da falta.

RELEVAÇÃO PARCIAL DA MULTA

Lançamento Procedente em Parte

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 145 a 180. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. esclarece que a impugnação é tempestiva e em preliminar requer a reunião de processos e julgamento simultâneo dos autos Debcad nº 37.052.979-0, 37.052.980-4, 37.052.981-2, 37.052.983-9, 37.052.984-7, 37.052.977-4 e 37.052.982-0, em face da conexão entre eles, evitando-se julgamentos conflitantes;
2. entende que havendo impugnação parcial do débito o julgamento deve se restringir a parte contestada, sendo liquidada (parcelamento) a parte incontroversa com as devidas retificações de GFIP quanto ao auto Debcad nº 37.052.975-8, restando impugnados os levantamentos relativos aos Debcad nº 37.052.979-0, 37.052.980-4, 37.052.981-2, 37.052.983-9, 37.052.984-7, 37.052.977-4 e 37.052.982-0;
3. assevera que não foi observado na autuação o critério da dupla visita que veda a autuação em primeiro momento, somente podendo penalizar a empresa em momento posterior, devendo ser decretada a nulidade do auto;
4. insurge-se contra a responsabilização dos procuradores/administradores pelo débito, devendo ser excluídos do pólo passivo, pois em desconformidade com o prescrito nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional/CTN, devendo o disposto no artigo 13, parágrafo único, da Lei no 8.620/93 ser aplicado em conjunto com os referidos dispositivos;
5. sustenta a decadência dos créditos lançados em período posterior a fevereiro/2002, sem prejuízo da relevação da multa de ofício, requerendo a juntada das GFIP retificadas e disponibilizando os arquivos digitais para que o fisco constate em regular • diligência (dupla visitação) a exatidão das GFIP;
6. acrescenta que se operou a decadência com fulcro no artigo 150, § 4º, do CTN, sendo inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, devendo;"ser declarada sua extinção de acordo com o artigo 156, inciso V, do CTN ou subsidiariamente com base no seu inciso VII;
7. defende a nulidade da autuação uma vez que a auditora fiscal invadiu a competência da Justiça do trabalho, afastando os acordos coletivos firmados com o sindicato e ainda presumindo a incidência de contribuições previdenciárias nas NFLD nº 37.052.977-4 e 37.052.982-0, desconsiderando os princípios norteadores do direito material e processual do trabalho;
8. aduz que não pode corrigir fatos que não considera comó de incidência de contribuições previdenciárias;
9. rebate a forma de cálculo da multa, argumentando que a incidência deve se dar • somente sobre os salários dos empregados e não sobre o total dos rendimentos, uma vez que deve haver correlação entre o valor de salário de contribuição para fins de benefício, que não considera as verbas extras salariais;
10. aduz que a aplicação de juros a taxa Selic é ilegal e inconstitucional uma vez que a taxa é usada para remunerar o capital financeiro, sendo que a multa aplicada está em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois a progressão dos valores da multa em função do tempo decorrido não guarda proporção com a suposta infração, sendo que a própria fiscalização reconheceu não haver indícios de sonegação, devendo

ser afastada a multa por ilegalidade, requerendo subsidiariamente a redução de 50% de seu valor nos termos do artigo 35, §41, da Lei 8.212/91, pois dispensada de apresentar dados em GFIP em relação a parcela paga;

11. requereu ao final a insubsistência da autuação devido a atenuação/relevação, e subsidiariamente o acolhimento como impugnação pleiteando a suspensão do crédito previdenciário em razão da acessoriedade em relação aos autos Debcad conexos, e ainda que as intimações sejam encaminhadas para a sede da impugnante no endereço mencionado no rodapé da petição, sob pena de nulidade do ato.

O processo foi convertido em diligência por meio da resolução n. 2401-000.196, no intuito de identificar o andamento das correlatas, nos seguintes termos:

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. A decisão da procedência ou não do presente autodeinfração está ligado à sorte das Notificações Fiscais lavradas sob fatos geradores de mesmo fundamento, quais sejam: DEBCAD Nº 37.052.9758 (LDC), e NFLD n. 37.052.9766, 37.052.9774, 37.052.9782, 37.052.9790, 37.052.9804, 37.052.9812, 37.052.9820, 37.052.9839, 37.052.9847, sendo que não se identificou decisão final a respeito das mesmas nos sistemas, nem tampouco é possível identificar quais fatos geradores constam em cada AI, para que se determine a correlação entre os AI e as NFLD.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível a análise tendo por base o resultado das referidas Notificações Fiscais.

Dessa forma, para que se possa proceder ao julgamento, devem ser prestadas informações acerca da NFLD conexo(s). Caso as referidas NFLD já tenham sido quitadas, parceladas ou julgadas deve ser colacionada tal informação aos presentes autos. No caso, requer seja realizado detalhamento acerca do resultado, do período do crédito e da matéria objeto de cada NFLD, para que se possa identificar corretamente a correlação de cada AI com seu resultado e proceder ao julgamento do auto em questão.

Após cumprida a diligência os autos retornam com as informações pertinentes, tendo sido solicitado a conexão com os processos ali elencados, para o julgamento conjunto do AI.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 252. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

O procedimento adotado pelo AFPS na aplicação do presente auto-de-infração seguiu a legislação previdenciária, conforme fundamentação legal descrita.

Conforme prevê o art. 32, IV da Lei n.º 8.212/1991, o contribuinte é obrigado informar ao INSS, por meio de documento próprio, informações a respeito dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, nestas palavras:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

*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. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)- (grifo nosso)*

Contudo, nenhum dos argumentos apontados pelo recorrente são capazes de desconstituir a autuação, posto que restando comprovado serem devidas as contribuições sobre os pagamentos das obrigações principais correlatas, bem como tendo o mesmo reconhecido o débito na LDC n. 37.052.975-8,- pela ausência de ditas informações em GFIP. Não há que se apreciar as alegações acerca da validade de acordos coletivos, posto que esse fato já restou apreciado nas NFLD.

O AIOP (Processo 16095.000050/2008-81, DEBCAD: 37.052.982-0), lavrado em relação aos fatos geradores - PLR, encontram-se em julgamento nessa mesma sessão, sendo que a procedência parcial do mesmo, apenas ratifica a omissão em GFIP, e por consequência a procedência do AI de obrigação acessória, devendo ser excluídos da obrigação acessória os fatos geradores excluídos na respectiva NFLD. Transcrevo abaixo a ementa do acórdão referente a parcela patronal:

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO – AI – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS – PAGAMENTO EM MAIS DE DUAS PARCELAS – ANOS CIVIS DISTINTOS – PREVISÃO LEGAL

Nos termos do § 2, do art. 3 da lei 10.101/2000 é vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

A vedação descrita na lei refere-se ao pagamento de qualquer **ANTECIPAÇÃO** mais de 2 vezes no mesmo ano civil. Assim, a empresa **pode pagar PLR mais de duas vezes, desde que em anos civis distintos.**

PERIODICIDADE INFERIOR A UM SEMESTRE CIVIL –
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO DA LEI 10.101/2000 –
INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Além da exigência legal quanto ao número de pagamentos no ano civil, a empresa deve obedecer, ainda, a impossibilidade de efetuar o pagamento em periodicidade inferior a um semestre civil, o que restou descumprido no PLR 2004.

Ao descumprir o requisito legal da periodicidade, viciado encontra-se todo o PLR da empresa, razão pela qual a incidência de contribuições dar-se-a sobre a totalidade dos pagamentos.

Recurso Voluntário Provido em Parte

O AIOP (Processo 6095.000049/2008-56, DEBCAD: 37.052.977-4), lavrado em relação aos fatos geradores - PLR, encontram-se em julgamento nessa mesma sessão, sendo que a procedência parcial do mesmo, apenas ratifica a omissão em GFIP, e por consequência a procedência do AI de obrigação acessória, devendo ser excluídos da obrigação acessória os fatos geradores excluídos na respectiva NFLD. Transcrevo abaixo a ementa do acórdão referente a parcela patronal:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2006 PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO – NFLD - ABONO. REMUNERAÇÕES. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES – CARATER HABITUAL E VINCULADO AO SALÁRIO – INAPLICABILIDADE DO ATO DECLARATÓRIO 16/2011 DA PGFN.

A importância paga, devida ou creditada aos segurados empregados a título de abonos não expressamente desvinculados do salário, por força de lei, integra a base de cálculo das contribuições para todos os fins e efeitos, nos termos do artigo 28, I, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97.

Acredito que o lançamento do ABONO previsto em convenção coletiva, apreciado no referido acórdão, NÃO se enquadra na exclusão prevista no Parecer PARECER PGFN/CRJ/Nº 2114/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 16/2011, de 20/12/2011 considerando o carater habitual ao longo dos anos em que foi pago, bem como a vinculação ao salário do empregado.

Recurso Voluntário Negado

Destaca-se que, assim, como enfatizado pelo julgador de primeira instância parte das NFLD que embasaram a presente autuação - 37.052.984-7, 37.052.979-0 e 37.052.981-2 foram julgadas improcedentes em razão da **decadência do direito de lançar**, conforme Acórdãos, respectivamente, nº 22.649, 22.650 e 22.651, todos de 13/08/2008, motivo pelo qual serão • excluídos os respectivos levantamentos da presente autuação, conforme será demonstrado no item relativo a decadência;

Como é sabido, a obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Assim, foi correta a aplicação do auto de infração ao presente caso pelo órgão previdenciário. O relatório fiscal, indicou de maneira clara e precisa todos os fatos ocorridos, havendo subsunção destes à norma prevista, bem como procedeu a autoridade julgadora a devida apreciação da multa aplicada, não tendo o recorrente apresentado qualquer novo argumento que pudesse alterar o julgamento então proferido.

Ao descumprir os preceitos legais e efetuar pagamentos de participação nos lucros, o recorrente assumiu o risco de não se beneficiar pela possibilidade de que tais valores estariam desvinculados do salário, devendo não apenas arcar com a contribuição previdenciária correspondente, como com a multa imposta pela ausência de informação em GFIP.

Destaca-se que as obrigações acessórias são impostas aos sujeitos passivos como forma de auxiliar e facilitar a ação fiscal. Por meio das obrigações acessórias a fiscalização conseguirá verificar se a obrigação principal foi cumprida.

QUANTO A MULTA IMPOSTA

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que a planilha fl. 08 a 10 do relatório fiscal, foram muito esclarecedores em relação a multa aplicada, descrevendo a comparativo da multa mais benéfica ao contribuinte.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n.º 8.212/1991: No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento;

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

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

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta 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; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá

ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Contudo, também como enfatizado pelo auditor, não só a ausência de recolhimento ensejava a aplicação de multa moratória, mas a ausência de informação em GFIP ensejava aplicação de multa, pelo descumprimento de obrigação acessória.

Contudo, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da referida MP 449, convertida na lei 11.941. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Para tanto, a MP 449/2008, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

*“**Art. 32-A.** O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:*

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

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

*“**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.”*

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“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 “

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício (como no presente caso), a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, qual seja, aplicação de multa de ofício de 75%.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Ademais, mesmo tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei nº 8.212/1991.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ nº 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. 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.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

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

Considerando ter o recorrente em seu recurso reiterado pontos já apreciados pelo julgador de primeira instância, sem contrapor qualquer novo argumento e considerando que entendo acertado o posicionamento adotado na decisão de primeira instância, transcrevo abaixo as questões adotando-as como razões de decidir:

Dupla visita

O alegado cerceamento de defesa, por não ter sido dada oportunidade durante a ação fiscal para o contribuinte prestar esclarecimentos, não sendo respeitado o critério da dupla visita, não merece prosperar uma vez que não se aplica o contraditório durante a atividade fiscal que precede o lançamento, pois nesta fase não há ainda contencioso propriamente dito, apenas procedimento administrativo, aplicando-se o princípio inquisitivo decorrente do poder de polícia inerente ao ato de fiscalização.

Neste sentido a jurisprudência do 1º Conselho de Contribuintes que transcrevo:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DE DEFESA - PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO —Não há se confundir procedimento administrativo fiscal com processo administrativo fiscal. O primeiro tem caráter apuratório e inquisitorial e precede a formalização do lançamento, enquanto o segundo somente se inicia com a impugnação do lançamento pelo contribuinte. As garantias do devido processo legal, em sentido estrito, do contraditório e da ampla defesa são próprias do processo administrativo fiscal. Estando o lançamento amparado por farta documentação colacionada ao processo, e tendo descrito com clareza, precisão e de acordo com as formalidades legais, as infrações imputadas ao contribuinte, não há se falar em cerceamento de defesa a impor a nulidade do jeito.

Co-responsáveis

Em preliminar pleiteia o impugnante a exclusão da responsabilidade dos sócios da presente autuação, contudo, não há referência alguma no relatório fiscal de estar se responsabilizando pessoalmente os sócios e administradores nos moldes do prescrito no artigo 135 do Código Tributário Nacional/CTN, sendo a presente autuação lavrada em nome da pessoa jurídica fiscalizada, como se observa da capa do auto.

Esclareço que o Relatório de Representantes Legais/REPLEG e relação de vínculos, fls. 04/07, são documentos integrantes do processo administrativo fiscal, previdenciário, conforme determina o artigo 660 da Instrução Normativa da Secretaria

Receita Previdenciária IN/SRP nº 03, de 14/07/05, tendo como finalidade a indicação das pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo e identificação do período de atuação • dos sócios, conforme artigo 660, incisos X e XI da referida Instrução, na redação dada pela Instrução Normativa nº 20, de 11/01/07, verbis:

Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos: , .

--- X - Relatório de Representantes Legais — RepLeg, que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação;

XI- Relação de Vínculos - VÍNCULOS, que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;

Dessa forma, não há motivos para exclusão dos sócios da presente autuação, pois não se está apurando responsabilidade pessoal destes, sendo a autuação lavrada em nome da pessoa jurídica pelo descumprimento de obrigação tributária acessória.

Por todo o exposto a autuação seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos acima expostos, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar o AI em questão.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para; I) para excluir a penalidade referentes aos fatos geradores excluídos da NFLD correlata - (Processo 16095.000050/2008-81, DEBCAD: 37.052.982-0); II) bem como sejam excluídos do lançamento a multa sobre os fatos geradores nas NFLD declaradas improcedentes, conforme Despacho de devolução, fls. 4351, III) recalcular o valor da multa, tendo como limite o previsto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.