



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10935.007997/2009-88
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-009.022 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2021
Recorrente USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE LATCO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2005 a 31/08/2007

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. EFEITOS.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária e irregularidades em sua emissão, alteração ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento, bem como não acarreta nulidade do lançamento a ciência do auto de infração após o prazo de validade do MPF.

ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA CARF Nº. 02.

Aplicação da Súmula CARF nº. 02: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. EXCLUSÕES.

Compreende o salário-de-contribuição a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas e os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços. Somente são permitidas as exclusões expressamente elencadas no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, e desde que atendidos todos os requisitos normativos previstos.

MULTA DE MORA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Para fins de aplicação da penalidade mais benéfica ao contribuinte, as multas de mora e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP devem ser comparadas, de forma individualizada, com aquelas previstas, respectivamente, nos art. 35 e 32-A da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar a aplicação da retroatividade benigna a partir da comparação das multas de mora e por descumprimento de obrigação acessória (CFL 68), de forma individualizada, com aquelas previstas, respectivamente, nos art. 35 e 32-A da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Debora Fofano dos Santos, Savio Salomao de Almeida Nobrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra decisão da DRJ, que julgou a impugnação improcedente.

Reproduzo o relatório da decisão de primeira, por bem sintetizar os fatos:

Trata-se do Auto de Infração DEBCAD nº 37.245.922-6, lavrado contra a empresa USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE LATCO LTDA, CNPJ: 81.460.644/0001-64, para exigência de crédito tributário no **valor total de R\$ 2.407.184,91** (composto de R\$ 1.263.597,25 de contribuições previdenciárias, multa de mora R\$ 153.084,17, multa de ofício R\$ 468.924,45 e os juros R\$ 521.579,04, calculados até 01/12/2009).

Segundo consta no Relatório Fiscal de fls. 98 a 102, as contribuições sociais previdenciárias da empresa são relativas ao período de maio/2005 a agosto/2007, e incidem sobre as remunerações pagas a segurados empregados (remunerações **não informadas** em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GF1P). Ainda foi lançada no auto de infração a parte destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes de incapacidade laborativa.

Os valores apurados pela fiscalização estão detalhados no "DD -Discriminativo do Débito" (fls. 04 a 31), os fundamentos legais da exigência constam no anexo "FLD - Fundamentos Legais do Débito" (fls. 93 a 95).

A empresa autuada foi cientificada do lançamento em 08/12/2009 e apresentou defesa tempestiva em 07/01/2010 (fls. 165 a 185, frente e verso), com as alegações a seguir sintetizadas:

PRELIMINARES

II.1 NULIDADE: CONSTITUIÇÃO IRREGULAR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO -DÉBITO DEVIDAMENTE DECLARADOS E NÃO-PAGOS - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO AUTO DE INFRAÇÃO.

A empresa a fim de demonstrar que foram informados todos os dados obrigatórios, como a Remuneração Total dos Empregados, Contribuição Social dos Segurados c da

Empresa, anexou as GFIPs de maio/05 à ago/07. Assim, como a empresa impugnante apurou e declarou na GFIP os fatos geradores, sendo estes exatamente iguais aos valores apurados no Auto de Infração, torna-se despropositada a Autuação. Em seguida apresenta um quadro comparativo que demonstraria a igualdade na Base de Cálculo apurada em GFIP e a Base de Cálculo lançada pelo Auditor.

Alega que o Auditor ao constatar que não houve descumprimento de obrigação acessória, mas somente recolhimento parcial das contribuições devidas, deveria ter lavrado a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) e não o presente Auto de Infração. Cita o art. 37 da Lei nº 8.212/91, no qual prevê que o instrumento hábil para a constituição do crédito é a NFLD (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores), sendo assim, resta demonstrado que a constituição do crédito tributário se deu de forma totalmente irregular e ilegal, vez que não houve infração à legislação.

//./ NULIDADE: AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS - ART. 32-A DA LEI Nº 8.212/91.

O art. 32-A da Lei nº 8.212/91, dispõe que quando a empresa apresentar GFIP com incorreções ou omissões será intimada a prestar esclarecimentos, entretanto, o Auditor não intimou-a para tanto. Sendo assim, ao não lhe ser dada oportunidade para esclarecer eventuais omissões e/ou incorreções suprimiu-lhe tal direito.

//// NULIDADE: FALTA DE CIÊNCIA AO SUJEITO PASSIVO DA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DO PROCEDIMENTO FISCAL (ART. 9º. § ÚNICO. PORTARIA RFB Nº 11.371/07)

Afirma que o Auditor não observou a regra contida no art. 9º, § único da Portaria RFB nº 11.371/07. ou seja, em nenhum momento foi cientificada expressamente acerca da prorrogação do prazo do MPF-F.

Alega que o Auditor não dispunha de autorização legal para continuar a fiscalização, pois não foi obedecido o contido no art. 11, I da Portaria RFB 11.371/07 que prevê o prazo máximo de 120 dias, podendo ser prorrogado, sucessivamente, por 60 dias para conclusão da fiscalização.

Argumenta que tal vício formal implica violação das garantias constitucionais do Devido Processo Legal. Contraditório e da Ampla Defesa e ainda da Legalidade. Em seguida, discorre sobre os princípios elencados e acosta diversas doutrinas neste sentido.

// IV. NULIDADE: AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR (INCLUSÃO DO PERÍODO DE JÁ DEZ DE 2007).

Alega que as mesmas considerações feitas acima se aplicam a este tópico, vez que não houve a intimação da empresa impugnante acerca da prorrogação da competência para incluir em fiscalização o período janeiro/dezembro de 2007 no Termo de Intimação Fiscal nº 03.

MÉRITO

III.1 APRESENTAÇÃO DAS GFIP'S - DÉBITOS DECLARADOS - REDUÇÃO DA MULTA DE MORA À 12%.

Argumenta novamente que os fatos geradores lançados pelo Auditor são exatamente os declarados em GFIP pela empresa, sendo assim, deveria ser observado o contido no § 4º do art. 35, II, a, da Lei nº 8.212/91, ou seja, a multa de mora deveria ter sido reduzida em cinquenta por cento o que resultaria em uma multa de 12% e não de 24% como autuado.

Alega que não obstante a sistemática da multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91 (redação à época dos fatos geradores), previa-se um aumento gradativo da multa moratória, podendo chegar a 100% no caso de ajuizamento de execução fiscal. Porém o art. 35 da citada lei teve sua redação alterada pela Lei nº 11.941/09 que passou a prever a aplicação da multa moratória de 20% para débitos vencidos e não pagos.

Portanto, como a lei nova é mais benéfica ao contribuinte esta deve ser aplicada na eventual majoração da multa moratória, no patamar máximo de 20%.

///.// INAPLICABILIDADE DA MULTA DE OFÍCIO DE 75%.

Ressalta que o Auditor constituiu créditos tributários no período de maio/05 a agosto/2007, mediante lançamento de ofício, portanto deveria ter aplicado a multa de ofício vigente à época dos fatos, conforme prevê o art. 144 do CTN. Todavia, a multa de ofício aplicada foi de 75% com fundamento no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/2009. Argumenta que a multa no percentual de 75% somente poderia ter sido aplicada a partir de dezembro/2008, salvo quando menos severa ao contribuinte.

Alega que no caso a multa a ser aplicada é a prevista no art. 35, II, a, da Lei nº 8.212/91, com redução de 50%, o que resultaria na multa de 12% e não no percentual de 75% como autuado.

Ainda, inobstante a inaplicabilidade da multa de 75% disciplinada pelo art. 35-A, da Lei nº 8.212/91 a fatos pretéritos a sua vigência, sua aplicação somente seria admitida se a empresa não tivesse cumprido com suas obrigações, porém tal fato não ocorreu, vez que o contribuinte apurou e declarou em GFIP todos os seus débitos previdenciários.

*III.III. DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS SOBRE AS VERBAS TRABALHISTAS NÃO EFETIVAMENTE LABORADAS.**III. III. I. DO FATO GERADOR E HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA CORRESPONDENTES ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.*

Cita o art. 114 do CTN que conceitua o fato gerador, além disso, apresenta o entendimento de diversos doutrinadores a respeito do fato gerador e da hipótese de incidência.

Argumenta que a contribuição a cargo da empresa destinada à Seguridade Social, deve incidir sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, conforme prevê o art. 22, da Lei nº 8.212/91, sendo assim, o fato gerador e a hipótese de incidência estão plenamente definidos, não podendo tais institutos serem admitidos por analogia. Conclui que as verbas de caráter indenizatório não devem compor a base de cálculo da contribuição previdenciária.

///.///.// DA BASE DE CÁLCULO CORRESPONDENTE ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.

Alega que a base de cálculo das contribuições são definidas na Constituição Federal, art. 195, quais sejam: a folha de salário, o faturamento e o lucro. Cita o inciso I, do art. 22 da Lei nº 8.212/91 e o art. 65 da IN/SRP nº 03/2005, nos quais constam que a contribuição social deverá incidir sobre a remuneração paga aos segurados empregados, destinadas a retribuir o trabalho.

Afirma que o §9º do art. 28, da Lei nº 8.212/91, prevê determinadas parcelas recebidas pelo empregado e que não integram o salário de contribuição. Alega que o Auditor não excluiu tais verbas da base de cálculo das contribuições ora exigidas, tomando como base de cálculo o valor total das verbas pagas aos empregados, tais como: férias indenizadas, adicional constitucional, abono de férias, licença-prêmio, vale-transporte, bolsa de estudo, etc...

III.III.III. DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E REFLEXOS SOBRE: AUXÍLIO-DOENÇA, SALÁRIO MATERNIDADE E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO.

Acosta jurisprudência que entende que o rol das parcelas que não integram

o salário de contribuição prevista no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 não é taxativo e deve ser examinado para cada caso concreto. Ou seja, deve-se distinguir aquelas verbas pagas decorrentes do efetivo trabalho prestado daquelas de caráter indenizatório (não decorrentes do trabalho prestado).

a) Auxílio-Doença (primeira quinzena de afastamento).

Apresenta diversas jurisprudências do STJ, nas quais indicam que não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador, durante os 15 primeiros dias do auxílio-doença, em razão da inexistência da prestação de serviço.

b) Salário-Maternidade

Alega que o Salário-Maternidade é pago pelo INSS, conforme dispõe o art. 72, §1º da Lei nº 8.213/91 e art. 97 do Decreto nº 3.048/99, sendo assim, tal verba não se incorpora ao conceito de salário. Ou seja, seria considerado uma "renda mensal"¹.

Afirma que durante o benefício previdenciário o contrato de trabalho ficaria suspenso, não havendo recebimento de salário, sendo assim, não teria natureza

remuneratória. Salienta que o auxílio-maternidade (sic) possui a mesma natureza do auxílio-acidente e sobre este não há incidência de contribuição previdenciária patronal. Lembra que o STF está na iminência de reconhecer a inconstitucionalidade desta cobrança.

c) Repouso Semanal Remunerado

Argumenta que o RSR consiste no lapso temporal em que o empregado goza de descanso e percebe um pagamento, como forma de indenização, uma gratificação pelo seu trabalho prestado semanalmente.

Apresenta jurisprudência do STJ que é ilegal a cobrança de contribuições previdenciárias sobre os verbas de natureza indenizatória.

III.III.IV. DA PROVA CONCRETA

Acosta resumo da folha de pagamento, fls. 183, no qual o impugnante

alega que comprovaria que o fisco não excluiu do cálculo da base de cálculo tais verbas indenizatórias.

III.IV. DA ILIQUIDEZ DO AUTO DE INFRAÇÃO

Argumenta que o Auto de Infração se torna ilíquido quando o Auditor não exclui as verbas elencadas no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, bem como as demais verbas de cunho indenizatório.

Aduz que houve ofensa ao art. 142 do CTN, haja vista que a apuração da base de cálculo foi realizada em desconformidade da lei, pois não demonstrou o correto montante do tributo devido. Frisa ainda que em razão da iliquidez do auto de infração afronta o disposto no inciso V, do art. LO do Decreto nº 70.235/72.

Requer que caso seja vencida as preliminares que se aprecie o mérito.

É o relatório.

A decisão de primeira instância restou ementada nos termos seguintes:

LEI TRIBUTÁRIA. FATOS GERADORES. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Os percentuais de multa estabelecidos pela Lei n. 11.941/09 aplica-se aos fatos geradores pretéritos, quando se mostrarem mais benéficos ao contribuinte. Inteligência dada pelo art. 106, II, c do CTN.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. EXCLUSÕES

Compreende o salário-de-contribuição a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas e os ganhos habituais sob a

forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços. Somente são permitidas as exclusões expressamente elencadas no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91, e desde que atendidos todos os requisitos normativos previstos.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA, SALÁRIO-MATERNIDADE E REPOUSO SEMANAL REMUNERADO.

Os valores pagos a título de auxílio-doença (primeiros quinze dias), salário-maternidade e repouso semanal remunerado compõem o salário de contribuição, não havendo previsão legal para sua exclusão da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Intimada da referida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário, alegando, em síntese, que:

- apurou e declarou corretamente todos os seus débitos nas GFIP's referentes às competências auatadas pelo Auditor maio/05 à ago/07, razão pela qual verifica-se a insubsistência e inaplicabilidade da multa de ofício de 75%, aplicada com fulcro no art. 35-A da Lei no. 8.212/91, bem como da multa moratória de 24%, aplicada com fulcro no art. 35, I, II, III da Lei no. 8.212/91 (com a redação dada pela Lei no. 9.876/99).

- Não obstante, verifica-se que a base de cálculo utilizado pelo Auditor Fiscal encontra-se eivada de ilegalidades, uma vez que não excluiu as verbas que possuem caráter indenizatório (não remuneratório), ou seja, não decorrentes diretamente da prestação pelo trabalho, em manifesto arrepio às disposições constitucionais e da Lei n. 8.212/91.

- É patente a ausência de irregularidade nas - GFIP's apresentadas pela Empresa Recorrente, haja vista que os valores lançados pelo Auditor Fiscal no presente Auto de Infração (Anexo DD - Discriminativo de Débito) correspondem exatamente aos valores declarados e confessados nas GFIP's apresentadas.

- Deveria o Auditor Fiscal, constatando a regularidade das GFIP's apresentadas, mas o recolhimento (pagamento) apenas parcial das contribuições previdenciárias apuradas, ter lavrado Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), instrumento hábil e suficiente para a constituição e cobrança do crédito tributário declarado e não-pago pela Empresa Recorrente.

- A lavratura de Auto de Infração só se faz necessária nos casos em que se verifica a infração, o descumprimento da legislação tributária. Entretanto, este não o caso da Empresa Recorrente. Esta apurou e declarou todos os seus débitos nas GFIP's analisadas pelo Auditor Fiscal. Ocorre que efetuou o recolhimento (pagamento) apenas parcial das contribuições previdenciárias apuradas.

- Nestes casos, em que se verifica tão somente o inadimplemento da obrigação tributária pelo contribuinte, o instrumento hábil para a constituição e cobrança do crédito tributário é a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), conforme previsão expressa do art. 37 da Lei n.º. 8.212/91 (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores).

- Nulidade por ausência de intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos - art. 32-A da Lei n. 8.212/91.

- Nulidade pela falta de ciência ao sujeito passivo da prorrogação do prazo do procedimento fiscal (art. 9º § único, Portaria RFB nº 11.371/07).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra, Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Preliminares

Em sede de preliminar, a recorrente argumenta que o Auto de Infração deve ser declarado nulo pelas seguintes razões:

- 1) Em razão da constituição irregular dos créditos tributários sob análise;
- 2) Não foi intimado a prestar esclarecimentos acerca de eventuais incorreções e/ou omissões nas GFIP's apresentadas, conforme determina o art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, culminando em manifesto cerceamento de defesa;
- 3) Não foi cientificado de forma expressa, quando do primeiro ato de ofício praticado das alterações e prorrogações do MPF-F, violando o art. 9º, § único, da Portaria RFB nº 11.371/07 por ausência de ciência ao sujeito passivo da prorrogação da competência da fiscalização (jan/dez de 2007), conforme determina o Art. 9º, § único, da Portaria nº 11.371 /07.
- 4) O MPF-F violou o princípio do devido processo legal;
- 5) O MPF-F violou o princípio do contraditório e da ampla defesa;
- 6) O MPF-F violou o princípio da legalidade.

Nulidade por Irregular Constituição do Crédito Tributário e Ausência de Fundamentação legal

Argumenta a recorrente que o crédito tributário foi constituído irregularmente, posto que foi lavrado um Auto de Infração, em vez de uma Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD). Essa nomenclatura era utilizada pela então Secretaria da Receita Previdenciária para a constituição dos créditos tributários sob sua administração.

Contudo, com o advento da Lei nº 11.457/2007, que unificou os Fiscos Federais (Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária), para criar a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a constituição do crédito tributário previdenciário passou a se submeter ao regramento do estabelecido no Decreto nº 70.235/1972.

Portanto, como o presente crédito tributário foi lançado em data posterior a 02/05/2007, correta a lavratura do Auto de Infração, seja por descumprimento da Obrigação Principal ou da Obrigação Acessória.

De outro lado, o lançamento do crédito tributário, diferentemente do que alega a recorrente, está devidamente motivado. O Auditor autuante demonstrou de forma clara através do Relatório Fiscal e demais relatórios que compõem o lançamento, a ocorrência do fato gerador, a base de cálculo e calculou o montante do tributo devido, em conformidade com o estabelecido no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Assim sendo, não merecem prosperar as alegações recursais.

Nulidade por Não Intimação para Prestar Esclarecimentos

Quanto a essa insurgência, entendo que a decisão de piso pontuou de maneira precisa as razões pelas quais não merece prosperar o inconformismo da recorrente, nos termos seguintes:

O impugnante alega que o Auditor ao constar que a empresa deixou de apresentar GFIP's ou as apresentou com incorreções ou omissões deveria ter promovido a intimação da empresa para prestar esclarecimentos, o que não foi feito, o que descumprimento com o previsto no art. 32-A da Lei nº 8.212/91.

Inicialmente, é importante esclarecer como ocorreu as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 449, de 03 de dezembro de 2008, convertida na Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, que introduziu os art.32-A e 35-A na lei 8.212/91.

Por força dessa alteração legislativa, o valor das multas aplicadas por falta de entrega de GFIP, por entrega de GFIP com erros/omissões e por falta de recolhimento de contribuições foi substancialmente modificado.

As referidas alterações na Lei 8.212/91 contêm o seguinte teor:

"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:

1 - de RS 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas: e

11 - 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.

(...)

3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I - RS 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária;

e II - RS 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos."

(...)

"Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996"

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional emitiu o Parecer PGFN/CAT/Nº 433/2009, que contém as seguintes conclusões a respeito da comparação das multas para fins de aplicação retroativa dos referidos dispositivos legais:

"37. Tecidas essas considerações, é possível concluir nos seguintes termos:

1) a multa prevista no revogado art. 32, § 5º, que se refere à apresentação de declaração inexata, quando aplicada isoladamente (sem a existência de outra penalidade pecuniária pelo descumprimento da obrigação de pagar o tributo), deverá ser comparada com o novo art. 32-A, inciso II, da Lei 8.212, de 1991, para fins de aferição da norma mais benéfica. Nesse caso, a norma que comina penalidade menos severa, ao que parece, é o novo dispositivo introduzido pela MP 499, de 2008.

2) Quando houver a aplicação da multa prevista no revogado art. 32, § 5º, que se refere à apresentação de declaração inexata, e também da sanção pecuniária pelo não pagamento do tributo devido no prazo de lei, estabelecida no igualmente revogado art. 35, II, o cotejo das duas multas, em conjunto, deverá ser feito em relação à penalidade pecuniária do art. 44, inciso I, da Lei 9.430, de 1996, que se destina a punir ambas as infrações já referidas, e que agora encontra aplicação no contexto da arrecadação das contribuições previdenciárias. "

Portanto, segundo a orientação da PGFN, no cálculo da multa mais benéfica deve-se verificar se o auto de infração relativo à falta de entrega de GFIP ou à entrega de GFIP com informações inexatas (descumprimento de obrigações acessórias) foi ou não acompanhado da lavratura de auto de infração relativo à falta de recolhimento das contribuições previdenciárias (descumprimento de obrigação principal) que envolva o mesmo fato gerador.

Inexistindo lavratura de auto de infração relativo ao descumprimento de obrigação principal, deve-se comparar a multa aplicada na forma antiga (prevista nos parágrafos 4º ao 6º do art. 32), pura e simplesmente, com a multa calculada na forma do novel art. 32-A. Contudo, se houver lavratura concomitante de auto de infração relativo à obrigação principal relativo ao mesmo fato gerador referido no auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, a comparação deverá ser feita pela soma das multas do art. 32, parágrafos 4º ao 6º, e do 35 da Lei 8.212/91 (sistema anterior), com a multa do art. 44 da Lei 9.430/96 (sistemática atual).

No presente caso, observa-se que, na mesma ação fiscal, além do Auto de Infração em análise (relativo ao descumprimento da obrigação principal), foi lavrado, também com relação aos fatos geradores das mesmas competências, o auto de infração por descumprimento de obrigação acessória (AI nº 37.245.919-6). Sendo assim, como o novel art. 32-A da Lei nº 8.212/91 não se aplica na presente autuação, consequentemente não há a necessidade da empresa ser intimada para prestar esclarecimentos.

Nestes termos, o disposto no art. 32-A da Lei nº 8.212/1991 só se aplica a fatos geradores ocorridos após o advento da alteração legislativa, o que não é o caso dos autos.

Assim sendo, entendo que deve ser mantida a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos, afastando-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Nulidade por Vícios Relacionados ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)

A recorrente sustenta a nulidade do lançamento por não ter tido ciência da dilação do prazo fixado no Mandado de Procedimento Fiscal - MPF (Portaria SRF nº 6.087, de 2005, art. 13, § 1º; Decreto nº 70.235, de 1972, arts. 7º, I e § 2º, e 8º; e CTN, art. 196). Argumenta, ainda, que o MPF violou o contraditório e a ampla defesa, o princípio da legalidade e o devido processo legal.

O MPF se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária e eventuais irregularidades em sua emissão, alteração ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento. Note-se que o MPF não se confunde com o Termo de Início de Fiscalização, este último sendo o emitido para fins dos arts. 7º, I e § 2º, e 8º do Decreto 70.235, de 1972, e 196 do CTN.

A competência para lavrar o Auto de Infração decorre de lei (Lei nº 10.593, de 2002) e não do ato de controle gerencial documentado no MPF.

A jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais contempla o entendimento de o MPF ser apenas um ato interno da Receita Federal, de cunho gerencial, que, por consequência, não afeta o lançamento quando expedido ou executado sem respeitar os termos da Portaria ou mesmo quando não expedido, como podemos ver nos seguintes julgados:

NORMAS PROCESSUAIS - MPF - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O MPF é instrumento de controle administrativo e eventual irregularidade em sua emissão não tem o condão de trazer nulidade ao lançamento. Não pode se sobrepor ao que dispõe o Código Tributário Nacional acerca do lançamento tributário, e aos dispositivos da Lei nº 10.593/2002, que trata da competência funcional para a lavratura do auto de infração.

(Acórdão nº 9101-001.798, Sessão de 19/11/2013)

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NORMAS DE CONTROLE INTERNO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL.

As normas que regulamentam a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal - MPF dizem respeito ao controle interno das atividades da Secretaria da Receita Federal, portanto eventuais vícios na sua emissão e execução não afetam a validade do lançamento.

(Acórdão nº 9202-003.063, Sessão de 13/02/2014)

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF). INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. EVENTUAL IRREGULARIDADE NÃO ANULA O LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) é mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, portanto eventual irregularidade em sua emissão ou prorrogação não constitui motivo suficiente a anular o lançamento.

(Acórdão nº 9202-007.528, Sessão de 31/01/2019)

Ao tempo do Conselho de Recursos da Previdência Social, a Câmara Superior, especializada em matéria de custeio, editou-se inclusive o seguinte enunciado:

Enunciado nº 25 (Resolução CRPS nº 1, de 2006, DOU 06/03/06)

A notificação do sujeito passivo após o prazo de validade do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - não acarreta nulidade do lançamento.

Assim sendo, não se vislumbra qualquer irregularidade que possa macular o lançamento, tampouco ofensa aos princípios mencionados pela recorrente (contraditório e ampla defesa, legalidade e devido processo legal).

Impõe-se, portanto, a rejeição da preliminar de nulidade.

No Mérito

Sustenta a recorrente que apurou e declarou todos os fatos geradores nas GFIP. Todavia, o lançamento do presente crédito tributário corresponde justamente à parte não

declarada em GFIP, tendo a Fiscalização constatado a ocorrência do fato gerador de contribuições previdenciárias decorrente do pagamento a segurados empregados (parte dos segurados, patronal, GILRAT e terceiros).

De acordo com a acusação fiscal, os documentos examinados para a apuração das bases de cálculo foram as folhas de pagamento e resumos apresentados pela própria empresa.

Cabia à recorrente fazer prova em contrário, entretanto, trouxe alegações genéricas, acrescentando que a base de cálculo incidiu sobre parcelas isentas, demonstrando, ainda, discordância quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre os quinze primeiros dias do auxílio-doença, salário maternidade e o repouso semanal remunerado.

Todavia, não há nos autos elementos que possam inferir que a autoridade fiscal reclassificou verbas consideradas isentas pela contribuinte para inseri-las no campo de incidência da contribuição previdenciária. A Fiscalização apurou através das folhas de pagamento, que parte das remunerações pagas aos segurados empregados não foram declaradas em GFIP, e as contribuições devidas recolhidas. Inclusive, a recorrente descontou a contribuição previdenciária devida pelos segurados empregados e não recolheu aos cofres da Seguridade Social, conduta tipificada, em tese, como crime de apropriação indébita previdenciária.

Assim, tenho que o procedimento fiscal que resultou no lançamento do presente crédito tributário foi regular e obedeceu a todas as normas pertinentes, não havendo que se falar em ausência de liquidez do Auto de Infração.

Destarte, não merecem prosperar as alegações recursais.

Das Alegações Baseadas em Afronta à Constituição Federal

Não podem ser apreciados os argumentos baseados em inconstitucionalidade de tratado, acordo internacional, lei ou decreto pelas razões que a seguir serão expostas.

A competência para decidir sobre a constitucionalidade de normas foi atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal no Capítulo III do Título IV. Em tais dispositivos, o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Por seu turno, a Lei nº 11.941/2009 incluiu o art. 26-A no Decreto 70.235/72 prescrevendo explicitamente a proibição dos órgãos de julgamento no âmbito do processo administrativo fiscal acatarem argumentos de inconstitucionalidade, *in verbis*:

"Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade."

A recorrente sustenta que o lançamento foi pautado em uma legislação inconstitucional e relata ofensas a princípios constitucionais.

Entretanto, a argumentação do recorrente não escapa de uma necessidade de aferição de constitucionalidade da legislação tributária que estabeleceu o patamar das penalidades fiscais, o que é vedado ao CARF, conforme os dizeres de sua Súmula n. 2, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim sendo, deixo de conhecer as alegações afetas à constitucionalidade de normas.

Da Retroatividade da Multa mais Benéfica

Cumprido ressaltar que este CARF em decisão unânime decidiu revogar a Súmula CARF nº 119, que tinha a seguinte redação:

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Referida revogação se pautou substancialmente na manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre o tema, que o incluiu em Lista de Dispensa de Contestar e Recorrer (Art.2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN Nº 502/2016), o que se deu nos seguintes termos:

A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN. Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS. Referência: Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, Parecer SEI Nº 11315/2020/ME

Noutras palavras, a Corte Superior entende que a multa prevista para os lançamentos por descumprimento da obrigação principal tem natureza moratória.

Assim sendo, deve ser aplicada a retroatividade benigna a partir da comparação das multas de mora e por descumprimento de obrigação acessória (CFL 68), de forma individualizada, com aquelas previstas, respectivamente, nos art. 35 e 32-A da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para determinar a aplicação da retroatividade benigna a partir da comparação das multas de mora e por descumprimento de obrigação acessória (CFL 68), de forma individualizada, com aquelas previstas, respectivamente, nos art. 35 e 32-A da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09.

(documento assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra

