



Ministério da Fazenda
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12219.008977/2010-89
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-011.714 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de abril de 2024
Recorrente A EXECUTIVA - PRESTACAO DE SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1995 a 31/05/2005

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se configura cerceamento de defesa quando nos autos se encontram a descrição dos fatos, o enquadramento legal e todos os elementos que permitem ao contribuinte exercer seu pleno direito de defesa.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. INOCORRÊNCIA.

Comprovada a regularidade do procedimento fiscal, porque atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, bem como os requisitos do Decreto nº 70.235/1972, não há que se cogitar em nulidade do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA OU DECRETO. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 2.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária ou de decretos que se prestam à sua regulamentação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1995 a 31/05/2005

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Em face da inconstitucionalidade declarada do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive na forma da Súmula Vinculante nº 08, o prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 150, § 4º, ou do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, conforme a modalidade de lançamento.

RETROATIVIDADE BENIGNA. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 35 DA LEI 8.212/1991.

Com a revogação da Súmula CARF nº 119, DOU 16/08/2021, este Conselho alinhou seu entendimento ao consolidado pelo STJ. Deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época da ocorrência dos fatos com o regramento contido no atual artigo 35, da Lei 8.212/91, que

fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4 - vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para: (i) reconhecer a decadência dos lançamentos das competências até 12/1995, inclusive; (ii) aplicar a retroatividade benigna, mediante a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fófano dos Santos, Fernando Gomes Favacho, Francisco Nogueira Guarita, Carlos Eduardo Fagundes de Paula, Thiago Alvares Feital e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face da Decisão-Notificação da Delegacia da Receita Previdenciária em Campinas/SP (fls. 116/124), a qual, julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Foi lançado contra o contribuinte acima identificado crédito tributário correspondente a diferenças de contribuições previdenciárias, importando em R\$ 88.200,14, incluídos multa e juros de mora até a data do lançamento.

Conforme a Fiscalização, os fatos geradores são referentes às remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, nas competências 08/1995, 12/1995, 13/2001, 13/2002, 13/2003, 13/2004 e 05/2005, tendo servido de base para o lançamento as folhas de pagamento, Guias da Previdência Social (GPSs) e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social (GFIPs).

Dentro do prazo regulamentar, a Contribuinte contestou o lançamento, com as seguintes alegações, em breve síntese:

O relatório fiscal é omissivo e lacunoso, tolhendo o direito de ampla defesa.

Os créditos tributários do período de 08/1995 a 12/1995 encontram-se prescritos.

Apresentou pedido de restituição, ainda não solucionado, de contribuição recolhida, em decorrência da retenção determinada pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91.

A multa possui caráter confiscatório e fere o princípio da capacidade contributiva.

O auto de infração foi lavrado com base na documentação da própria empresa, não havendo razão para imposição de multa tão exacerbada.

É inconstitucional a exigência de juros moratórios, calculados pela taxa Selic.

Diante de algumas omissões, elaborou-se Despacho Saneador (fls. 105/110), cuja ciência se deu em 15/03/2006 (A.R. de fl. 111), sendo reaberto o prazo de defesa, porém não houve apresentação de nova impugnação.

A Delegacia da Receita Previdenciária em Campinas/SP julgou improcedente a Impugnação apresentada pelo sujeito passivo, cuja decisão foi assim ementada (fls. 116/124):

PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUSTEIO. SEGURADOS. EMPREGADO.
CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Sobre as remunerações pagas, creditadas ou devidas aos segurados empregados e contribuintes individuais incidem contribuições previdenciárias.

Ciente da decisão em 02/06/2006, por via postal (A.R. de fl. 125), a Contribuinte apresentou, em 30/06/2006, o Recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CPRS) de fls. 127/149, no qual repisa as alegações da Impugnação.

Consoante despacho de fl. 160, os autos foram encaminhados à Procuradoria Geral Federal, para inscrição dos créditos na dívida ativa.

Em virtude de decisão judicial favorável à Contribuinte, ocorreu baixa na inscrição da dívida ativa e os autos retornaram à Receita Federal do Brasil para dar prosseguimento ao julgamento do recurso administrativo (despacho de fls. 161/162).

Posteriormente, o processo foi encaminhado ao CARF e foi sorteado a este Relator, para inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Alega a Recorrente cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que o relatório fiscal é resumido e lacunoso, deixando de consignar a modalidade de apuração da base de cálculo e omitindo o fato gerador do tributo.

Não cabe razão à recorrente.

Verifica-se que, no relatório FLD (Fundamentos Legais do Débito), a fundamentação legal encontra-se disposta por competência e por rubricas, permitindo a compreensão dos fatos geradores, bem como da capitulação legal à qual se refere.

Ademais, além do FLD, acompanha o lançamento outros anexos, que o integram e possibilitam uma visão circunstanciada dos aspectos tributários abrangidos pelo lançamento, a saber: Instruções para o Contribuinte (IPC), Discriminativo Analítico de Débito (DAD), Discriminativo Sintético de Débito (DSD), Relatório de Lançamentos (RL), Relação de Vínculos, assim como o Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 23/24).

Observa-se, ainda, que o Despacho Saneador de fls. 105/110 expôs de forma clara e precisa os fatos geradores, tendo reaberto o prazo de defesa, permitindo o contraditório e a ampla defesa.

Cabe esclarecer que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

O art. 142, CTN, estabelece que:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Assim, não compete ao Auditor Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, deve lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Portanto, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento por preterição aos direitos de defesa.

O relatório fiscal e o despacho saneador, além de conterem a descrição dos fatos que são imputados ao sujeito passivo, expõem de forma clara e objetiva os elementos que levaram a Fiscalização a concluir pela efetiva ocorrência dos fatos geradores do tributo.

A Fiscalização motivou o ato de lançamento e descreveu os elementos comprobatórios da ocorrência dos fatos jurídicos, assim como das circunstâncias em que foram verificados, respaldando, por conseguinte, o nascimento da relação jurídica por meio das provas.

Ademais, os diversos anexos que acompanham o relatório fiscal possibilitam ao fiscalizado o exercício do direito à defesa e ao contraditório, consoante previsão da Constituição Federal. Tais documentos de apoio estão organizados por competência e fato gerador, contendo todas as informações necessárias à perfeita compreensão da autuação.

O ato administrativo foi adequadamente motivado, por meio da descrição dos fatos, do enquadramento legal e da demonstração da subsunção à regra matriz de incidência, conforme exigido pelos incisos III e IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, e pelo art. 142 do CTN, de modo que proporcionou ao sujeito passivo a possibilidade de produzir as provas hábeis para o fim de demonstrar os fatos que invoca como fundamento à sua pretensão recursal.

Também não se identificou violação das disposições contidas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 09 de dezembro de 1993.

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

A Notificação de Lançamento foi lavrada por servidor competente, o autuado foi devidamente qualificado, foram mencionados os dispositivos legais infringidos e as penalidades aplicáveis, foram discriminados os valores da exigência fiscal, assim como o conteúdo da autuação está especificado no relatório fiscal e seus anexos. Em resumo, encontram-se satisfeitos todos os requisitos legais.

Observa-se, ainda, que foi concedido ao sujeito passivo o mais amplo direito de defesa, inclusive com a ciência do Despacho Saneador, tendo ele apresentado impugnação ao lançamento, exercendo o seu direito ao contraditório, perfeitamente amparado pelo Decreto nº 70.235/72 (PAF). O sujeito passivo autuado revelou conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, cuja impugnação e recurso voluntário contestaram o lançamento.

Ainda que se pudesse admitir alguma falha na exposição dos fundamentos legais do débito, não há por que reconhecer a existência de vício capaz de anular o lançamento, uma vez que a descrição dos fatos possibilita ao Contribuinte o pleno conhecimento do que lhe é imputado pela autoridade fiscal, não havendo cerceamento de defesa.

Nesse sentido as seguintes decisões do CARF:

LANÇAMENTO FISCAL. VÍCIO DE NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA.

O lançamento fiscal efetuado por agente competente, com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade.

O auto de infração deverá conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

O erro no enquadramento legal da infração cometida ou enquadramento legal incompleto não acarreta a nulidade do auto de infração, quando comprovado, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida e alentada impugnação apresentada pelo contribuinte contra as imputações que lhe foram feitas, que incorreu preterição do direito de defesa.

A capitulação legal incompleta a infração ou mesmo a sua ausência não acarreta nulidade do auto de infração, quando a descrição dos fatos nele contida é exata, possibilitando ao sujeito passivo defender-se de forma detalhada das imputações que lhe foram feitas.

A inclusão desnecessária de um dispositivo legal, além do corretamente apontado para as infrações praticadas, não acarreta a improcedência da ação fiscal. Outrossim, a simples ocorrência de erro de enquadramento legal da infração não é o bastante, por si só, para acarretar a nulidade do lançamento quando, pela judiciosa descrição dos fatos nele contida, venha a permitir ao sujeito passivo, na impugnação, o conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive os valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributável.

Ademais, se o sujeito passivo revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante defesa, abrangendo não só questão preliminar como também razões de mérito, descabe a proposição de prejuízo ou de cerceamento do direito de defesa.

(Acórdão nº 1401-004.146, de 22/01/2020, Rel. Nelso Kichel)

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL INCOMPLETA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não procede a alegação de nulidade do lançamento quando a fundamentação legal citada, ainda que incompleta, aponta dispositivos legais que dão amparo à pretensão do Fisco e se faz acompanhar de descrição dos fatos precisa e objetiva, a qual possibilita ao sujeito passivo exercício do direito de defesa.

(Acórdão nº 2801-001.815, de 24/08/2011, Rel. Amarylles Reinaldi e Henriques Resende).

Logo, ausentes os vícios quanto aos pressupostos e elementos do ato administrativo, afasta-se a preliminar de nulidade do lançamento fiscal.

DECADÊNCIA

Cabe aqui analisar a questão da decadência, pois o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada no D.O.U. de 20/06/2008, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

De acordo com a Lei 11.417/2006, após o Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula, esta terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial. Assim, a nova súmula alcança todos os créditos pendentes de pagamento e constituídos após o lapso temporal de cinco anos previsto no CTN.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 973.733/SC, submetido à sistemática dos recursos especiais repetitivos representativos de controvérsia (art. 543-C, do CPC/73), fixou o entendimento no sentido de que o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se: a) do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando a lei prevê o pagamento antecipado, mas ele incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte; b) A partir da ocorrência do fato gerador, nos casos em que ocorre o pagamento antecipado previsto em lei.

Dessa forma, a regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, é regra especial, aplicável apenas nos casos em que se trata de lançamento por homologação, com antecipação de pagamento, de modo que, nos demais casos, estando ausente a antecipação de pagamento ou mesmo havendo a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, a regra aplicável é a prevista no artigo 173, I, do CTN.

Quanto ao pagamento antecipado, deve ser adotado o entendimento da Súmula CARF nº 99, que dispõe:

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

No caso presente, como houve pagamento antecipado, uma vez que se trata de exigência apenas de diferenças de contribuições previdenciárias, com base nas folhas de pagamento, é de se aplicar o disposto no artigo 150, § 4º, iniciando a contagem do prazo decadencial a partir do fato gerador.

Como a ciência do lançamento fiscal se deu em 15/03/2006 (A.R. de fl. 111), data da ciência do despacho saneador, restariam decaídos os lançamentos relativos aos fatos geradores até a competência 02/2001.

No presente caso, foram lançados créditos tributários das competências 08/1995, 12/1995, 13/2001, 13/2002, 13/2003, 13/2004 e 05/2005.

Portanto, estão decaídos os lançamentos até a competência 12/1995, inclusive.

MÉRITO

Em seu recurso voluntário, a Recorrente repisa os argumentos da impugnação, arguindo que apresentou pedido de restituição, ainda não solucionado, de contribuição recolhida, em decorrência da retenção determinada pelo art. 31 da Lei nº 8.212/91.

Quanto ao mérito, entendo que não merece reparos a decisão de primeira instância, a qual rebateu de forma objetiva os argumentos da defesa. Desse modo, concordo integralmente com a fundamentação da referida decisão, adotando-a como razões de decidir, cuja reprodução segue abaixo:

7. Conforme se verifica, constituem fatos geradores do presente lançamento as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais (empregadores e trabalhador autônomo), nas competências 08/1995, 12/1995, 13/2001, 13/2002, 13/2003, 13/2004 e 05/2005.

7.1. Sobre esses fatos geradores incidem as contribuições, aqui exigidas, conforme previsão contida na Lei nº 8.212/1991, art. 22, incisos I e III, como segue:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, 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, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

7.2. E a obrigatoriedade pelo correspondente recolhimento à Secretaria da Receita Previdenciária - SRP está contida nessa mesma lei, art. 30, inciso I, *in verbis*:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 05/01/93).

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, até o dia dois do mês seguinte ao da competência; (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.876/99).

8. Em que pesem os esforços expendidos pela impugnante em seu arrazoado, os mesmos não têm o condão de ilidir o procedimento fiscal, como se verá a seguir:

[...]

Diante da constatação da ocorrência de fato gerador de contribuição previdenciária, conforme já demonstramos, lavrou-se a presente NFLD, em atendimento ao comando

contido no art. 142 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), c/c o art. 37 da Lei nº 8.212/91, que assim dispõem:

CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Lei nº 8.212/1991:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Vê-se, pois, que este procedimento é vinculado e obrigatório. Pelo que, segundo o princípio da legalidade, tem-se que administração pública é uma atividade que se desenvolve debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados pela lei. E, segundo o princípio da finalidade, a norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige. Razões pelas quais são totalmente improcedentes as alegações de que restou violado o inciso II do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, ante não observância dos princípios da legalidade e finalidade, conforme sugere.

Isto porque o procedimento fiscal se constitui, a rigor, o cumprimento da lei e, também, do ato normativo, acima mencionado (IN nº 100/2003).

8.4. O fato de ter apresentado Requerimento de Restituição de Contribuição, na forma das cópias que junta, não lhe garante tratamento diverso do procedimento aqui adotado, uma vez que os fatos geradores em questão não guardam qualquer relação com tais requerimentos.

Ademais, é importante ressaltar que em razão desses requerimentos não foram consideradas as compensações efetuadas nas competências 13/2003 e 13/2004.

Portanto, não cabe razão à Recorrente quanto ao mérito da autuação.

MULTA APLICADA

Aduz a Recorrente que a multa possui caráter confiscatório e fere o princípio da capacidade contributiva.

Com relação às alegações de inconstitucionalidade feitas pela Recorrente, convém registrar que o exame de validade das normas insertas no ordenamento jurídico através de controle de constitucionalidade é atividade exercida de maneira exclusiva pelo Poder Judiciário e expressamente vedada no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, a teor do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

É o caso também de se aplicar a Súmula nº 2 do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Sobre a aplicação da retroatividade benigna, no caso específico de lançamentos associados por descumprimento de obrigação principal e acessória a manifestação reiterada dos membros deste Conselho resultou na edição da Súmula Carf nº 119, cujo conteúdo transcrevo abaixo:

Súmula CARF nº 119

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.

Contudo, tal enunciado de súmula foi cancelado, por unanimidade, em particular a partir de encaminhamento neste sentido da Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, em reunião da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais levada a termo no dia 06 de agosto de 2021, com base na manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre a 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

O referenciado Parecer SEI nº 11315/2020 trouxe, dentre outras, as seguintes considerações:

[...]

12. Entretanto, o STJ, guardião da legislação infraconstitucional, em ambas as suas turmas de Direito Público, assentou a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício.

13. Na linha de raciocínio sustentada pela Corte Superior de Justiça, anteriormente à inclusão do art. 35-A pela Lei nº 11.941, de 2009, não havia previsão de multa de ofício no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (apenas de multa de mora), nem na redação primeira, nem na decorrente da Lei nº 11.941, de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008).

Ainda que não vinculante, a observação da manifestação da PGFN impõe-se como medida de bom senso, já que não parece razoável a manutenção do entendimento então vigente acerca da comparação das exações fiscais sem que haja, por parte do sujeito ativo da relação tributária, a intenção de continuar impulsionando a lide até que se veja integralmente extinto, por pagamento, eventual crédito tributário mantido.

Neste sentido, considerando que a própria representação da Fazenda Nacional já se manifestou pela dispensa de apresentação de contestação, oferecimento de contrarrazões e interposição de recursos, bem como recomenda a desistência dos já interpostos, para os períodos de apuração anteriores à alteração legislativa que aqui se discute (Lei nº 11.941, de 2009), deve-se aplicar, para os casos ainda não definitivamente julgados, os termos já delineados pela jurisprudência pacífica do STJ e, assim, apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do *quantum* devido à época da ocorrência dos fatos geradores com o regramento contido no atual artigo 35 da lei 8.212/91, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

Assim consta a nova redação do art. 35, dada pela Lei n. 11.941/2009:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

E assim consta na nova redação da Lei 9.430/1996:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica,

serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Portanto, deve-se apurar a retroatividade benigna a partir da comparação do devido à época dos fatos com o regramento contido na nova redação do artigo 35 da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, mesmo em se tratando de lançamentos de ofício.

JUROS DE MORA

Sobre o questionamento dos juros de mora, deve ser aplicada a Súmula CARF nº 4 (vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018):

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por **dar provimento parcial** ao Recurso Voluntário, para: (i) reconhecer a decadência dos lançamentos das competências até 12/1995, inclusive; (ii) aplicar a retroatividade benigna, mediante a comparação entre as multas de mora previstas na antiga e na nova redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa