



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13603.723973/2012-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-010.708 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 08 de dezembro de 2022
Recorrente T & L COMERCIO, INDUSTRIA E SERVICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE DEFESA/IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. VÍCIOS NÃO ANULAM O LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal se constitui em mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, e irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para se anular o lançamento.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

SISTEMA GFIP/SEFIP. VERSÃO 8.0 E SEQUENTES. TRANSMISSÃO COM A MESMA CHAVE.

Havendo a transmissão de mais de uma GFIP/SEFIP para o mesmo empregador/contribuinte, competência, código de recolhimento e FPAS (mesma chave), a GFIP/SEFIP transmitida posteriormente é considerada como retificadora para a Previdência Social, substituindo integralmente a GFIP/SEFIP transmitida anteriormente. Item 7.2 do Manual da GFIP Versão 8.x.

FATOS GERADORES NÃO DECLARADOS EM GFIP. GFIP VÁLIDA.

Sujeitam-se ao lançamento de ofício os fatos geradores identificados pela fiscalização e não declarados pelo contribuinte em GFIP, ou declarados em

GFIP posteriormente substituída. Somente considera-se válida a última GFIP entregue antes do início do procedimento fiscal com a mesma chave, em cada competência.

GFIP. RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES

As declarações em GFIP são de responsabilidade do contribuinte. Os erros porventura detectados neste documento podem e devem ser corrigidos pelo contribuinte antes do início de qualquer medida fiscalizatória relativa as contribuições previdenciárias.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF n.º 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO. CFL 69. ENTREGA DE GFIP COM OMISSÕES OU INCORREÇÕES.

Constitui infração à legislação previdenciária a entrega de Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social GFIP com omissões ou contendo informações inexatas ou incompletas relativas a dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias.

AUTO DE INFRAÇÃO. CFL 68. ENTREGA DE GFIP COM OMISSÕES OU INCORREÇÕES.

Constitui infração à legislação previdenciária a entrega de Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com incorreções ou omissão de informações relativas a fatos geradores de contribuições previdenciárias.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI N.º 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI n.º 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 11.941/09, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei n.º 8.212/91.

MULTA DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A fim de aplicar a retroatividade benigna, deve ser realizada comparação entre a multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91 e a multa que seria devida com base no art. art. 32-A da mesma Lei 8.212/91.

JUROS. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

Súmula CARF n.º 04: 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) para os autos de infração com lançamento de obrigação principal, aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009; e b) para os autos de infração com lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, determinar o recálculo da multa aplicando-se a retroatividade benigna, comparando-se com a multa do art. 32-A da Lei 8.212/1991.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 851 e ss).

Pois bem. Nos termos do Relatório Fiscal – REFISC, o lançamento tributário refere-se às contribuições previdenciárias sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, aos segurados empregados e sócios/administradores, e ao descumprimento de obrigações acessórias (CFL 68 e 69).

Ainda conforme o citado Relatório:

a) Durante os procedimentos de auditoria fiscal na folha de pagamento restou identificado que no ano de 2008 a empresa *pagou a seus empregados remunerações a título de salários, horas extras, gratificações e outras rubricas, bem como aos sócios SEM A INSERÇÃO OU LANÇOU COM DIVERGÊNCIA TAIS VALORES NA GFIP, e ainda pela NÃO INSERÇÃO DE TRABALHADORES NA GFIP.*

d) Os créditos previdenciários lançados foram consolidados *no DD DISCRIMINATIVO DE DÉBITO através dos levantamentos: FO FOLHA DE PAGAMENTO SAL E ORDENADOS e FO1 FOLHA DE PAGAMENTO SAL E ORDENADOS.*

e) Na presente ação fiscal foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

• Auto de Infração de Obrigação Principal DEBCAD n.º 37.338.241-3 – PARTE “EMPRESA”

Foi apurado o crédito previdenciário no importe de R\$ 821.388,79, referente às *contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e sócios/administradores correspondentes à parte patronal e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT).*

A quota patronal é calculada pela aplicação da alíquota de 20% e as contribuições destinadas ao RAT pela aplicação da alíquota de 3%, ambas as contribuições são calculadas sobre as remunerações pagas aos segurados trabalhadores empregados e aos sócios/administradores.

• Auto de Infração de Obrigação Principal DEBCAD n.º 37.338.242-1 – PARTE “TERCEIROS”

Foi apurado o crédito previdenciário no importe de R\$ 190.960,23, referente às *contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados relativamente aos Terceiros (SESI, SENAI, SEBRAE, INCRA e FNDE).*

As contribuições destinadas às Terceiras Entidades são calculadas pela aplicação da alíquota de 5,8% sobre as remunerações pagas a título de SALÁRIO, GRATIFICAÇÕES, 13º salário e outros, a segurados trabalhadores empregados.

• Auto de Infração de Obrigação Acessória DEBCAD n.º 37.338.239-1 – CFL
68

O crédito previdenciário lançado corresponde ao valor total de R\$ 64.684,80, em razão de a empresa notificada ter apresentado às declarações de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, no que se refere à contribuição devida referente às remunerações pagas a título de SALÁRIO, GRATIFICAÇÕES, 13º salário e outros, a segurados trabalhadores empregados.

De acordo com a nova modalidade de aplicação de multa punitiva, a autoridade lançadora procedeu ao comparativo das multas para aplicação da mais benéfica, conforme previsto no art. 106, inciso II, alínea c do CTN (Código Tributário Nacional). Sendo assim, para as competências **06 a 09/2008** foi aplicada a legislação vigente à época dos fatos geradores “ANTERIOR” (§5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91) e nas competências **01 a 05/2008 e 10/2008** coube a aplicação da nova norma – “ATUAL” (art. 32-A e 35-A da Lei n.º 8.212/91).

• Auto de Infração de Obrigação Acessória DEBCAD n.º 37.338.240-5 – CFL
69

A multa pelo erro no campo, no importe de R\$ 323,44, destinado a discriminar os valores retidos em notas fiscais por serviços prestados a terceiros, foi apurada, por competência, multiplicando-se o número de campos com erro ou omissão em cada competência pelo valor da multa estabelecida por campo (5% do valor mínimo), observado o limite mensal previsto no § 4o

do art. 32 da Lei n.º 8.212/1991, que considera o número total de segurados da empresa, conforme quadro abaixo: (...)

f) Foram, também, lavrados neste procedimento fiscal os documentos, a seguir relacionados, os quais constituem processos administrativo-fiscais autônomos, com tramitação em separado:

- AIOP DEBCAD n.º 51.028.895-2 – CONTRIBUIÇÃO PATRONAL
- AI DEBCAD n.º 51.028.896-0 – TERCEIROS
- AI DEBCAD n.º 51.028.893-6 – MULTA ISOLADA
- AI DEBCAD n.º 51.028.893-6 – CÓDIGO FUNDAMENTAÇÃO LEGAL – CFL 38.

Cientificada, a Interessada apresentou para os três Autos de Infração que contemplam o presente processo, por meio de procurador legalmente constituído, fundamentando-se na mesma razão de fato e direito, a seguir sintetizadas.

Da Não Inserção dos Segurados

1. Diz não concordar com as razões que restaram na emissão do presente Auto de Infração *não inserção de trabalhadores na GFIP e por conter erros no campo destinado a transcrição dos valores retidos em notas fiscais por serviços de terceiros nas competências compreendidas entre o período de 01/2008 a 09/2008* porque que não se trata de ausência de inserção de trabalhadores na GFIP, mas, sim, de ausência de tomadores/obras.
2. Junta aos autos as GFIP's, notas fiscais com retenções e guias de recolhimento código 2100 e terceiros, com os quais pretende comprovar a inserção de todos tomadores/obras nas GFIP's.

Do Efeito Confiscatório da Multa Cominada.

3. Sustenta que *a sanção tributária, assim como qualquer sanção jurídica, tem por escopo desestimular o possível devedor do descumprimento da obrigação a que estiver sujeito, estimulando-se assim o adimplemento correto, pontual e necessário dos tributos, pactuados este entre a sociedade e o Estado, que os administra.*
4. Defende que *a multa fiscal não pode ser utilizada com intuito arrecadatório, valendo-se como tributo disfarçado.*
5. Alega que *não se pode exigir que o contribuinte pratique ato afastando-se da própria lei. Não havendo conduta ilícita não há razão para imposição de multas.*
6. Sustenta que *mesmo que assim não se entenda, a multa cominada, ainda que prevista em legislação específica, tal como no presente caso, assume o caráter nitidamente confiscatório, conclusão que se chega pela análise da Jurisprudência e Doutrina, desrespeitando o Princípio do Não-Confisco, previsto na Constituição Federal.*

Da Inaplicabilidade da Taxa SELIC como Índice de Juros sobre o Débito.

7. Assevera que *é manifestamente inconstitucional a aplicação de juros mora equivalente à taxa SELIC, sobre débitos de tributos e contribuições sociais federais, conforme veiculado pelo artigo 84, I da Lei n.º 8.981/95, com a alteração determinada pelo artigo 13 da lei n.º 9.065/95.*

8. Discorre, citando de doutrina e jurisprudência, sobre a SELIC como instrumento de política econômica e fazendo uma análise comparativa com a TR.
9. Impugna, também, a apuração dos juros de forma capitalizada e cumulativa, bem como em índices superiores aos determinados pela Constituição Federal, em flagrante desrespeito à determinação constitucional.
10. Por fim, conclui pela *inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC como juros de mora, incidentes sobre os tributos e contribuições sociais federais, por se tratar de taxa remuneratória de aplicação no mercado financeiro.*

Do Requerimento

11. Por fim, requer:

- a) *DESCONSTITUIR a exigência impugnada, JULGANDO IMPROCEDENTE o auto de infração expedido;*
- b) *o afastamento da multa e a não aplicação da taxa SELIC, na hipótese do não acatamento do item anterior, e*
- c) *como forma de garantir a efetividade à ampla defesa, além da sua vital importância e por se tratar de prova lícita e, necessária para o exercício da plena defesa, evitando seja cerceado seu direito à produção de provas, protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos.*

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 851 e ss, cujo dispositivo considerou a impugnação **improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INFORMAR POR MEIO DE GFIP TODOS OS FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES. DESCUMPRIMENTO. MULTA.

Constitui infração, punível com multa pecuniária, deixar a empresa de informar mensalmente, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social GFIP, o total das remunerações pagas aos segurados a seu serviço.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

JUROS SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais. (Súmula CARF nº 4)

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 866 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, organizado de acordo com os seguintes tópicos: (i) dos fatos; (ii) da nulidade do MPF; (iii) da nulidade da

autuação; (iv) da inserção dos segurados no período de 2008; (v) da nulidade da multa aplicada; (vi) da multa de ofício de 75%; (vii) da aplicação da Taxa Selic – Inconstitucionalidade; (viii) dos pedidos.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Preliminares.

2.1. Mandado de Procedimento Fiscal.

Preliminarmente, o sujeito passivo alega a nulidade do lançamento tributário, sob o fundamento no sentido de que o Mandado Procedimento Fiscal teria indicado tributo “ou” a contribuição objeto do procedimento fiscal de forma genérica, o que seria um desrespeito ao direito de o contribuinte saber a finalidade da fiscalização.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, trata-se de matéria preclusa, eis que não arguida na impugnação. A propósito, o instituto da preclusão existe para evitar a deslealdade processual, e tendo em vista que a questão trazida no Recurso Voluntário não foi debatida em primeira instância, fica prejudicada, conseqüentemente, a dialética no debate da controvérsia instaurada.

Nesse sentido, afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

E, ainda que assim não o fosse, entendo que a conduta adotada pela autoridade lançadora está consonante com o que previa a legislação para os procedimentos a serem realizados durante auditoria fiscal de contribuições previdenciárias, bem como está voltada para a sua cobrança, que se constituía no objeto da fiscalização ordenada. A propósito, verifico que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) indicou, expressamente, o objeto do procedimento, consignando, inclusive, o respectivo fundamento legal a legitimar a referida intimação:

[...] Objeto do Procedimento

Tributo / Contribuição

Contribuições Previdenciárias, Outras Entidades e Fundos

(...)

Contexto

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, damos INÍCIO à fiscalização das Contribuições Previdenciárias em relação ao sujeito passivo e período acima identificados, com fundamento no disposto nos art. 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007.

Fica o sujeito passivo INTIMADO a apresentar os elementos discriminados abaixo, com base no inciso III do art. 32 e nos § 1º e 2º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212/1991, nos prazos respectivos, estabelecidos no art. 19 caput e § 1º da Lei nº 3.470/1958, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Ademais, eventuais omissões ou incorreções afligindo os citados documentos não têm o condão de culminar na nulidade do lançamento tributário, disciplinado pelo artigo 142 do CTN, que se constitui em ato obrigatório e vinculado, sob pena de responsabilidade funcional por parte do agente fiscal. Somente na hipótese de o contribuinte provar que a presença do vício ocasionou prejuízo em sua defesa é que, eventualmente, tais vícios poderão acarretar a nulidade do crédito tributário.

Ademais, já está sumulado, no âmbito deste Conselho, o entendimento segundo o qual o lançamento de ofício pode ser realizado, inclusive, sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário (Súmula CARF nº 46 - Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Não há, pois, que se falar de contraditório na fase inquisitorial do procedimento prévio ao eventual lançamento de ofício. O contraditório é exercido durante o curso do processo administrativo, nas instâncias de julgamento, não tendo sido identificado qualquer hipótese de embaraço ao direito de defesa do recorrente.

Cabe destacar, ainda, que na fase oficiosa, a fiscalização atua com poderes amplos de investigação, tendo liberdade para interpretar os elementos de que dispõe para efetuar o lançamento. O princípio do contraditório é garantido pela fase litigiosa do processo administrativo (fase contenciosa), a qual se inicia com o oferecimento da impugnação.

Nesse sentido, vale ressaltar que a oportunidade de manifestação do contribuinte não se exaure na etapa anterior à efetivação do lançamento. Pelo contrário, na busca da preservação do direito de defesa do contribuinte, o processo administrativo fiscal, regulado pelo Decreto nº 70.235/72, estende-se por outra fase, a fase litigiosa, na qual o autuado, inconformado com o lançamento que lhe foi imputado, instaura o contencioso fiscal mediante apresentação de impugnação ao lançamento, quando as suas razões de discordância serão levadas à consideração dos órgãos julgadores administrativos, sendo-lhe facultado pleno acesso à toda documentação constante do presente processo.

Caberia ao recorrente refutar a acusação fiscal, notadamente os motivos exarados para o presente lançamento tributário, todos bem descritos no Auto de Infração e nos documentos anexos.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Dessa forma, afasto a preliminar levantada pelo recorrente.

2.2. Nulidade do lançamento.

O recorrente também alega que o auto de infração seria nulo, por entender que não houve a exposição clara e precisa dos fatos que redundaram nas infrações apuradas, o que impediria a apresentação de defesa.

Contudo, entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, trata-se de matéria preclusa, eis que não arguida na impugnação. A propósito, o instituto da preclusão existe para evitar a deslealdade processual, e tendo em vista que a questão trazida no Recurso Voluntário não foi debatida em primeira instância, fica prejudicada, conseqüentemente, a dialética no debate da controvérsia instaurada.

Nesse sentido, afora os casos em que a legislação de regência permite ou mesmo nas hipóteses de observância ao princípio da verdade material, não devem ser conhecidas às razões/alegações que não foram suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto nº 70.235/72.

E, ainda que assim não o fosse, entendo que não assiste razão ao recorrente, estando hígida a exigência em epígrafe.

A começar, entendo, pois, que o auto de infração em discussão está em conformidade com os arts. 10 e 11 do Decreto 70.235/1972 e não violou o art. 59 desta norma. Veja-se:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Parágrafo único. Prescinde de assinatura a notificação de lançamento emitida por processo eletrônico.

(...)

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos 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 conseqüência.

§ 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.

A propósito, o art. 60 do Decreto nº 70.235/72 menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, conclui-se que o Auto de Infração só poderá ser declarado nulo se lavrado por pessoa incompetente ou quando não constar, ou nele constar de modo errôneo, a descrição dos fatos ou o enquadramento legal de modo a consubstanciar preterição do direito de defesa

Ao contrário do que arguido pelo recorrente, vislumbro que o ato administrativo de lançamento foi motivado pelo conjunto das razões de fato e de direito que carrearam à conclusão contida na acusação fiscal, à luz da legislação tributária compatível com as razões apresentadas no lançamento. O convencimento fiscal está claro, aplicando a legislação que entendeu pertinente ao presente caso, procedeu a apuração do tributo devido com a demonstração constantes no Auto de Infração.

A meu ver, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, tudo conforme a legislação.

No presente caso, a autoridade agiu em conformidade com os dispositivos legais que disciplinam o lançamento, discriminando no Relatório Fiscal os dispositivos legais aplicáveis ao caso, além de descrever os fatos geradores das contribuições, bem como os documentos que serviram de base para a apuração das contribuições devidas, cujos valores estão demonstrados nos documentos anexos, além de mencionar os valores dos acréscimos legais a título de juros e multa, com a correspondente fundamentação legal.

Constatado que não foi procedido o recolhimento das contribuições devidas, e considerando as disposições legais que atribuem prerrogativa de arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas na Legislação Previdenciária, e à fiscalização a obrigação legal de verificar se as contribuições devidas estão sendo realizadas em conformidade com o ali estabelecido, não pode o agente fiscal se furtar ao cumprimento do legalmente estabelecido, sob pena de responsabilidade, de conformidade com o art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Entendo, portanto, que não há nenhum vício que macula o presente lançamento tributário, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento,

por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto n.º 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto n.º 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

Para além do exposto, entendo que não houve nos autos em momento algum cerceamento do direito de defesa da recorrente ou violação ao contraditório e ao devido processo legal, tendo em vista que lhe foi oportunizado a prática de todos os atos processuais inerentes ao processo administrativo-fiscal, contidos no Decreto no 70.235/1972.

Cabe pontuar, ainda, que o cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo, hipótese que não se verifica *in casu*. O contraditório é exercido durante o curso do processo administrativo, nas instâncias de julgamento, não tendo sido identificado qualquer hipótese de embaraço ao direito de defesa do recorrente.

Dessa forma, não procede o argumento acerca da nulidade do lançamento, eis que não se vislumbra ofensa à ampla defesa, tendo em vista estarem descritos todos os motivos para constituição do crédito; os fatos geradores; as bases de cálculos; os fundamentos legais; o Relatório fiscal e os seus relatórios de lançamentos, além da certeza de que foram oferecidas totais condições para que o contribuinte pudesse compreender perfeitamente os procedimentos adotados pela auditoria fiscal.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Ante o exposto, destaco que não vislumbro qualquer nulidade na hipótese dos autos, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

3. Mérito.

3.1. Da não inserção dos segurados.

Conforme relatado, o lançamento tributário refere-se às contribuições previdenciárias sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, aos segurados empregados e sócios/administradores, e ao descumprimento de obrigações acessórias (CFL 68 e 69).

Nos termos do relatório fiscal, do exame das folhas de pagamento e das GFIP's constantes dos sistemas, a autoridade fiscal identificou pagamentos efetuados *a título de salários, horas extras, gratificações e outras rubricas, e aos sócios administradores sem a inserção ou com divergência de valores lançados na GFIP, e, ainda, a não inserção de trabalhadores em GFIP.*

Em síntese, a acusação fiscal é no sentido de que o sujeito passivo remunerou seus empregados e sócios, porém não incluiu ou incluiu com divergência referida remuneração em GFIP, ocasionando a exigência da obrigação tributária em epígrafe, inclusive das consequentes multas pelo descumprimento das correlatas obrigações acessórias.

O sujeito passivo, em seu recurso, reitera os termos de sua impugnação, alegando que as GFIP's juntadas na impugnação seriam válidas e, por isso, o lançamento improcedente.

Alega, ainda, que os demonstrativos de e-fls. 858 relatam ora que os dados não teriam sido exportados e ora que teriam sido exportados, o que não teria sido levando em consideração pela fiscalização.

E, ainda, alega que não se sabe o motivo da não exportação, se por erro do contribuinte ou deficiência do sistema, o que não poderia ser imputado ao recorrente.

Ao final, conclui que as GFIP's juntadas na impugnação devem ser consideradas válidas, devendo, por conseguinte, ser considerados os valores recolhidos, conforme guia de pagamento juntados na impugnação, e ser reconhecida a nulidade do lançamento, uma vez que todos os tomadores teriam sido devidamente declarados na GFIP.

Em relação ao mérito, entendo que as razões adotadas pela decisão de piso são suficientemente claras e sólidas, não tendo a parte se desincumbindo do ônus de demonstrar a fragilidade da acusação fiscal.

Pois bem. Não é demasiado esclarecer que o registro das informações em GFIP, dos dados da empresa e dos trabalhadores, dos fatos geradores de contribuições previdenciárias e dos valores devidos ao INSS, bem como das remunerações dos trabalhadores e do valor a ser recolhido ao FGTS, trata-se de obrigatoriedade introduzida pela Lei nº 9.528/97, não se tratando de mera faculdade do contribuinte.

Fato é que desde a competência janeiro de 1999, todas as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao recolhimento do FGTS, conforme estabelece a Lei nº 8.036/90 e legislação posterior, bem como às contribuições e/ou informações à Previdência Social, conforme disposto nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91 e legislação posterior, devem cumprir esta obrigação¹.

Ademais, a obrigatoriedade de entrega da GFIP persiste ainda que não haja recolhimento para o FGTS, caso em que esta GFIP será declaratória, contendo todas as informações cadastrais e financeiras de interesse da Previdência Social. Inexistindo recolhimento ao FGTS e informações à Previdência Social, o empregador/contribuinte deve transmitir pelo Conectividade Social um arquivo SEFIPCR.SFP com indicativo de ausência de fato gerador (sem movimento), que é assinalado na tela de abertura do movimento, para o código 115².

¹ GFIP e SEFIP – Orientações Gerais. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/gfip-sefip-guia-do-fgts-e-informacoes-a-previdencia-social-1/orientacoes-gerais/gfip-e-sefip-orientacoes-gerais>>. Acesso em: 13/06/2018.

² GFIP e SEFIP – Orientações Gerais. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/gfip-sefip-guia-do-fgts-e-informacoes-a-previdencia-social-1/orientacoes-gerais/gfip-e-sefip-orientacoes-gerais>>. Acesso em: 13/06/2018.

As informações prestadas incorretamente devem ser corrigidas por meio do próprio SEFIP a partir de 01/12/2005, conforme estabelecido no Capítulo V do Manual da GFIP aprovado pela IN RFB nº 880, de 16/10/2008 e pela Circular CAIXA nº 451, de 13/10/2008. Os fatos geradores omitidos devem ser informados mediante a transmissão de novo arquivo SEFIPCR.SFP, contendo todos os fatos geradores, inclusive os já informados, com as respectivas correções e confirmações³.

Dessa forma, a partir da versão 8.0 do SEFIP, o empregador/contribuinte deve elaborar uma única GFIP para cada chave (dados básicos que identificam a GFIP: CNPJ, competência, FPAS e código de recolhimento). Caso sejam transmitidas mais de uma GFIP para uma mesma chave; ou seja, com o mesmo CNPJ do empregador/contribuinte, mesma competência, mesmo FPAS e mesmo código de recolhimento, a Previdência Social considera a GFIP entregue posteriormente como GFIP retificadora, substituindo as informações anteriormente prestadas na GFIP/SEFIP com a mesma chave.

Assim, no caso de retificação de informações de GFIP anteriormente transmitidas para uma referida competência, o contribuinte deve informar na nova GFIP todos os trabalhadores constantes daquela apresentada anteriormente, e a informação a ser retificada, sob pena de a GFIP restar incompleta.

Conforme bem assentado pela decisão recorrida, as GFIP's apresentadas em sede de defesa não têm validade para contrapor o lançamento, posto que algumas foram substituídas e outras nem foram exportadas, sendo, inclusive, ônus do contribuinte demonstrar a efetiva transmissão.

Dessa maneira, nos sistemas informatizados da RFB restaram registrados, tão somente, as declarações contidas na última GFIP enviada com a mesma chave, a qual, reitere-se, substitui integralmente as informações declaradas nas GFIPs anteriores.

Ao agir de maneira equivocada, em desconformidade com as determinações e orientações constantes no Manual da GFIP/SEFIP para Usuários do SFIP 8, tal fato acarretou a substituição das informações antes prestadas pela empresa, como alerta o item 7.2 do Manual da GFIP Versão 8.4⁴. Assim, não foram informados os demais segurados constantes da folha de pagamento de salários.

Cabe pontuar que o presente lançamento tomou como base as informações prestadas em folhas de pagamento e GFIP, sem que o recorrente tenha trazido aos autos, qualquer documentação hábil ou mesmo idônea a demonstrar a efetiva declaração em GFIP válida ou mesmo eventual equívoco nas declarações prestadas.

Caberia ao contribuinte demonstrar a efetiva validade das GFIPs que colacionou aos autos, por serem as últimas transmitidas antes do início da ação fiscal, ou, até mesmo, a existência de eventuais erros de declaração, **ônus esse que não se desincumbiu**.

Dessa forma, sujeitam-se ao lançamento de ofício os fatos geradores identificados pela fiscalização e não declarados pelo contribuinte em GFIP, ou declarados em GFIP

³ GFIP e SEFIP – Orientações Gerais. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/gfip-sefip-guia-do-fgts-e-informacoes-a-previdencia-social-1/orientacoes-gerais/gfip-e-sefip-orientacoes-gerais>>. Acesso em: 13/06/2018.

⁴ Manual da GFIP/SEFIP Para Usuários do SEFIP 8.4. Orientação para prestação das informações. Atualização: 10/2008. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/gfip-sefip-guia-do-fgts-e-informacoes-a-previdencia-social-1/orientacoes-gerais/gfip-e-sefip-orientacoes-gerais>> . Acesso em: 13/06/2018.

posteriormente substituída. Somente considera-se válida a última GFIP entregue antes do início do procedimento fiscal com a mesma chave, em cada competência.

Assim, com base nos elementos apresentados nos autos, houve omissão nas informações prestadas em GFIP e no recolhimento dos valores devidos, estando em desacordo com a folha de pagamento do contribuinte, de modo que a fiscalização agiu com acerto, estando correto, portanto, o lançamento tributário ora combatido.

Tem-se, pois, que os argumentos apresentados pelo contribuinte, desacompanhados de provas, não têm o condão de reverter a conduta relatada nos autos e nem de eximi-lo da obrigação legal, porquanto nenhum documento contundente foi ofertado para fazer prova de que os valores efetivamente despendidos sejam impróprios para integrar a base de cálculo do lançamento.

Ademais, oportuno destacar que incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, bem como os documentos pertinentes para fins de comprovar os fatos narrados.

No presente caso, a fiscalização se utilizou, em cada competência, da última GFIP exportada, de modo que caberia ao sujeito passivo contrapor à acusação fiscal, com a demonstração de que efetivamente declarou os referidos valores em GFIP válida ou mesmo eventual equívoco nas declarações prestadas.

Este ônus da prova, em sentido contrário, só seria cumprido mediante a apresentação de documentos e esclarecimentos incontroversos, comprovando, de forma consistente, que os fatos sobre os quais se funda o lançamento, ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, o que não foi realizado no presente processo administrativo fiscal.

Assim, sobre a comprovação dos fatos alegados, entendo que o recorrente não se desincumbiu de comprovar suas alegações, ficando apenas no campo das suposições, o que, a meu ver, não têm o condão de afastar a higidez da acusação fiscal.

Sobre as demais alegações apresentadas pelo sujeito passivo, não acrescentam e nem diminuem o lançamento fiscal, quando, na verdade, confirmam que o trabalho da Fiscalização está correto. Em nenhum momento o sujeito passivo demonstra que os valores lançados são indevidos, limitando-os a trazer alegações genéricas e que não afastam a responsabilidade pelo crédito tributário.

Ademais, destaco que o sujeito passivo apresentou seu Recurso no ano-calendário de 2013, sendo que até o presente momento (ano-calendário 2022), o recorrente não anexou qualquer documento complementar nos autos, que pudesse comprovar o adimplemento de suas obrigações tributárias, não havendo que se falar em dilação de prazo para a juntada de novos documentos, que, inclusive, deveriam ter sido apresentados quando da impugnação.

Tem-se, pois, que o contribuinte teve tempo suficiente para encaminhar os documentos comprobatórios, durante o curso do processo administrativo fiscal, não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa ou violação à ampla defesa, eis que, se não exercido, foi por opção do próprio contribuinte.

Dessa forma, como o contribuinte não se desincumbindo do ônus de rebater a acusação que lhe fora imputada, reputo correto o lançamento levado a cabo, por falta de comprovação.

3.2. Obrigações Acessórias.

Em relação às multas aplicadas, o sujeito passivo pleiteia a anulação ou, pelo menos, a redução, para que não configure confisco, do contrário, entende que haveria flagrante violação ao artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Também alega que, no cálculo da multa (e-fls. 64), a fiscalização teria utilizado como fundamento legal, o § 4º, do art. 32, da Lei n.º 8.212/91, que teria sido expressamente revogado pelo art. 79, I, da Lei n.º 11.941/09.

Pois bem.

Sobre as alegações a respeito da ausência de razoabilidade, desproporcionalidade e confiscatoriedade das multas aplicadas, oportuno observar que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto n.º 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

Em relação à aplicação do § 4º, do art. 32, da Lei n.º 8.212/91, revogado pelo art. 79, I, da Lei n.º 11.941/09, ao contrário do que argumenta o recorrente, a aplicação foi feita pela fiscalização com o intuito de observar a retroatividade benigna prevista no art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional. A propósito, é de se ver o que consta no Relatório Fiscal (e-fl. 64 e ss):

[...] III) DA APLICAÇÃO DA MULTA

5) Pela não inserção de trabalhadores na GFIP, e por conter erros o campo destinado a transcrição dos valores retidos em notas fiscais por serviços prestados a terceiros foi aplicada multa com base no art. 32 inc. IV, § 5º da Lei n.º 8.212/91 (redação dada pela lei 9.528 de 10/12/97) nas competências cuja multa foram denominadas como "ANTERIOR", por ser esta mais benéfica que a denominada "ATUAL" prevista na lei 8.212/91, art. 35-A (combinado com o art. 44 da lei 9.430, de 27/12/96), com redação da MP n. 449 de 04.12.08, convertida na lei n. 11.941 de 27/05/09, conforme **RELATÓRIO de COMPARAÇÃO DE MULTAS.**

5.1) A multa pelo erro no campo destinado a discriminar os valores retidos foi apurada, por competência, multiplicando-se o número de campos com erro ou omissão em cada competência pelo valor da multa estabelecida por campo (5% do valor mínimo), observado o limite mensal previsto no § 4º do art. 32 da Lei n.º 8.212/1991, que considera o número total de segurados da empresa, conforme quadro abaixo:

(...)

5.2) Assim ficou composto o cálculo da multa por competência:

(...)

5.3) Consta ainda anexo quadro demonstrativo com a aplicabilidade da multa denominada "ANTERIOR" que tem como base o art. 32 inc. IV, § 5º da Lei n.º 8.212/91.

Contudo, entendo que aqui cabe observar o entendimento mais recente a respeito da matéria, de modo que deve ser feito um pequeno reparo no lançamento tributário, determinando, por força do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional, nos DEBCAD's relativos às obrigações principais, a retroatividade benigna do art. 35 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício; bem como, nos DEBCAD's relativos às obrigações acessórias, o recálculo da multa, mediante comparação entre a multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91 e a multa que seria devida com base no art. art. 32-A da mesma Lei 8.212/91.

A esse respeito, relevante destacar que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional, passou a acolher a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, acolhendo o entendimento da inaplicabilidade do art. 35-A da Lei n.º 8.212/91, o qual prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício de contribuições previdenciárias relativas a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei n.º 11.941/09.

Nesse sentido, após a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a retroatividade benigna do art. 35 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional incluiu essa matéria na lista e elaborou a nota retro referida, cujos principais trechos destaco pela pertinência com a presente lide.

Embora inexista decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, o que implicaria força normativa formal nos termos do Regimento Interno deste Conselho (art. 62, § 1º, II, "b"), a jurisprudência reiterada e orientadora da 1ª Seção daquele Tribunal tem força normativa material, tanto que culminou com a edição da Nota SEI n.º 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME (vide art. 62, § 1º, II, "c", do Regimento), impondo-se a sua observância até como forma de preservar o sobreprincípio da segurança jurídica e o consequente princípio da proteção da confiança.

Para além do exposto, conforme voto proferido no Acórdão n.º 9202-009.753, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), de Relatoria da Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, embora a penalidade decorrente de descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 32, inciso IV, §§ 4º e 5º, em razão da não apresentação de GFIP ou apresentação com dados não correspondentes aos fatos geradores, não tenha sido expressamente tratada no Parecer SEI 11315/2020, como a tese encampada pelo STJ é pela inexistência de multas de ofício na redação anterior do art. 35 da Lei 8.212/91, é de rigor que, em obediência ao disposto no art. 106, II, "c", do CTN, haja comparação entre a multa pelo descumprimento de obrigação acessória amparada nos §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91, com a nova penalidade por apresentação de declaração inexata, a saber, o art. 32-A da mesma Lei.

A propósito, destacam-se os seguintes excertos extraídos do *decisum*:

[...] Cabe ressaltar que, na vigência da legislação anterior, havia previsão de duas penalidades, uma de mora, uma já tratada no parágrafo precedente, e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória, esta prevista no art. 32,

inciso IV, §§ 4º e 5º, em razão da não apresentação de GFIP ou apresentação com dados não correspondentes aos fatos geradores, imposições que, a depender o caso concreto, poderiam alcançar a alíquota de 100%, sendo certo que tal penalidade não foi expressamente tratada no citado Parecer SEI 11315/2020.

Como se viu, na nova legislação, que tem origem na MP 449/08, o art. 35 da lei 8.212/91 continuou a tratar de multa de mora pelo recolhimento em atraso, passando a exigir para as contribuições previdenciárias a mesma penalidade moratória prevista para os tributos fazendários (art. 61 da Lei 9.430/96). Por outro lado, a mesma MP 449 inseriu o art. 35-A na Lei 8.212/91, e, assim, da mesma forma, passou a prever, tal qual já ocorria para tributos

fazendários, penalidade a ser imputada nos casos de lançamento de ofício, em percentual básico de 75% (art. 44 da Lei 9.430/96).

Como a tese encampada pelo STJ é pela inexistência de multas de ofício na redação anterior do art. 35 da Lei 8.212/91, resta superado o entendimento deste Conselho Administrativo sobre a natureza de multa de ofício de tal exigência.

Por outro lado, não sendo aplicável aos períodos anteriores à vigência da lei 11.941/09 o preceito contido no art. 35-A, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória relativo à apresentação da GFIP com dados não correspondentes (declaração inexata), já não pode ser considerada incluída na nova penalidade de ofício, do que emerge a necessidade de seu tratamento de forma autônoma.

Assim, considerando a mesma regra que impõe a aplicação a fatos pretéritos da lei que comina penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração, conforme art. alínea “c”, inciso II do art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN), e de rigor que haja comparação entre a multa pelo descumprimento de obrigação acessória amparada nos §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91, com a nova penalidade por apresentação de declaração inexata, a saber, o art. 32-A da mesma Lei.

Assim, temos as seguintes situações:

- os valores lançados, de ofício, a título de multa de mora, sob amparo da antiga redação do art. 35 da lei 8.212/91, incidentes sobre contribuições previdenciárias declaradas ou não em GFIP e, ainda, aquela incidente sobre valores devidos a outras entidades e fundos (terceiros), para fins de aplicação da norma mais benéfica, deverão ser comparados com o que seria devido pela nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Lei 11.941/09;
- os valores lançados, de forma isolada ou não, a título da multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91, para fins de aplicação da norma mais benéfica, deverão ser comparados com o que seria devido pelo que dispõe o art. o art. 32-A da mesma Lei;

Portanto, no caso em apreço, impõe-se afastar a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, devendo ser aplicada a retroatividade benigna a partir da comparação da multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91 com a que seria devida com base no art. art. 32-A da mesma Lei 8.212/91.

Dessa forma, os valores lançados, de ofício, a título de multa de mora, sob amparo da antiga redação do art. 35 da lei 8.212/91, incidentes sobre contribuições previdenciárias declaradas ou não em GFIP e, ainda, aquela incidente sobre valores devidos a outras entidades e fundos (terceiros), para fins de aplicação da norma mais benéfica, deverão ser comparados com o que seria devido pela nova redação dada ao mesmo art. 35 pela Lei 11.941/09.

E, ainda, os valores lançados, de forma isolada ou não, a título da multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei

8.212/91, para fins de aplicação da norma mais benéfica, deverão ser comparados com o que seria devido pelo que dispõe o art. 32-A da mesma Lei.

Ante o exposto, no presente caso, faz-se necessário determinar, por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, nos DEBCAD’s relativos às obrigações principais, a retroatividade benigna do art. 35 da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício; bem como, nos DEBCAD’s relativos às obrigações acessórias, o recálculo da multa, mediante comparação entre a multa por descumprimento de obrigação acessória a que alude os §§ 4º e 5º, inciso IV, do art. 32 da Lei 8.212/91 e a multa que seria devida com base no art. 32-A da mesma Lei 8.212/91.

3.3. Taxa Selic.

Prossegue o recorrente, alegando que a incidência da Taxa Selic não encontraria respaldo jurídico, de modo que os juros deveriam ser calculados à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN.

Inicialmente, oportuno observar, novamente, que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto n.º 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

Cumpra lembrar, ainda, que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados está prevista no art. 34, da Lei n.º 8.212/91, sendo que sua incidência sobre débitos tributários já foi pacificada, conforme Súmula n.º 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 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. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Dessa forma, rejeito a argumentação do sujeito passivo.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de: a) para os autos de infração com lançamento de obrigação principal, aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009; e b) para os autos de infração com lançamento de multa por descumprimento de obrigação acessória, determinar o recálculo da multa aplicando-se a retroatividade benigna, comparando-se com a multa do art. 32-A da Lei 8.212/1991.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite