



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13984.720481/2013-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.431 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de outubro de 2023
Recorrente MUNICIPIO DE SAO JOSE DO CERRITO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. ANÁLISE EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO CONHECIMENTO.

Não sendo matéria de ordem pública, resta prejudicada a análise de matéria não suscitada na impugnação, por força do artigo 17, do Decreto nº 70.235/72 restando configurada não a preclusão consumativa, o que conduz ao não conhecimento do recurso interposto.

PRELIMINAR. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Descabe a declaração de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, quando o relatório fiscal, e seus anexos, contêm a descrição pormenorizada dos fatos imputados ao sujeito passivo, indicam os dispositivos legais que ampararam o lançamento e expõem de forma clara e objetiva os elementos que levaram a fiscalização a concluir pela efetiva ocorrência dos fatos jurídicos desencadeadores do liame obrigacional.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2008

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS. GLOSA.

A compensação extingue o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação, condicionada à comprovação da origem dos créditos compensados. Serão glosados pela Administração Fazendária os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo, quando não houver amparo legal, devida comprovação dos créditos ou decisão judicial transitada em julgado.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CRÉDITOS ORIUNDOS DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO DE EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO MUNICIPAL. COMPENSAÇÃO.

O reconhecimento do crédito oriundo da contribuição sobre exercentes de mandato eletivo para compensação somente poderá ser efetivado se forem preenchidos os seguintes requisitos: existência da informação do agente político na GFIP inicialmente apresentada, a fim de comprovar que o Município o considerava como segurado da Previdência Social; existência de

recolhimento igual ou superior ao que foi declarado na GFIP (valor total devido na competência) e não prescrição ao direito da compensação.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. GLOSA.

Não comprovado o recolhimento indevido de contribuições, não se evidencia qualquer crédito em favor do contribuinte, sendo cabível a glosa das compensações efetuadas.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO INCERTO. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação tributária somente é admitida para crédito imbuído dos atributos de certeza e liquidez, sendo indevida quando a certeza do crédito utilizado não estiver seguramente estabelecida.

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. A realização de diligência não se presta para a produção de provas que toca à parte produzir.

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

RETROATIVIDADE BENIGNA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL.

De acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, após as alterações promovidas na Lei nº 8.212/1991 pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, em se tratando de obrigações previdenciárias principais, a retroatividade benigna deve ser aplicada considerando-se a nova redação do art. 35 da Lei 8.212/1991, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória. Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME e PARECER SEI Nº 11.315/2020/ME.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, apenas em relação às alegações de preliminar de nulidade, apropriação de valores pagos, impossibilidade de se negar a compensação, multa mais benéfica e inconstitucionalidade da multa, para, na parte conhecida, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009, até a competência 11/2008.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Wilsom de Moraes Filho, Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Miriam Denise Xavier (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Prefeitura Municipal de São José do Cerrito contra acórdão de primeira instância que julgou parcialmente procedente a Impugnação apresentada.

Os Autos de Infração foram formalizados em decorrência da ação fiscal desenvolvida por meio do MPF nº 909.2.05.00.2012.00306-7, que fiscalizou o período de 11/2007 a 12/2008, e promoveu os seguintes lançamentos:

- Auto de Infração de Obrigação Principal (AIOP) sob DEBCAD nº 37.380.809-7 – no valor de R\$ 437.065,56 – relativamente às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados 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 (GILRAT).
- Auto de Infração de Obrigação Principal (AIOP) sob DEBCAD nº 37.380.810-0 – no valor de R\$ 253.550,03 – relativamente à glosa de compensação indevida em GFIP;
- Auto de Infração de Obrigação Principal (AIOP) sob DEBCAD nº 37.380.811-9 – no valor de R\$ 2.983,27 – relativamente às contribuições previdenciárias descontadas dos segurados (empregados, contribuintes autônomos e transportadores rodoviários autônomos).
- Auto de Infração de Obrigação Principal (AIOP) sob DEBCAD nº 37.380.812-7 – no valor de R\$ 540,87 – relativamente às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (SEST/SENAT – FPAS 620) sobre remuneração dos Transportadores Rodoviários de Cargas.

O Relatório Fiscal (e-fls. 64/71) trouxe as seguintes justificativas para os lançamentos:

3. Na análise da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social – GFIP, constatou-se que o contribuinte informou a menor o total das remunerações pagas ou creditadas aos segurados, não declarou todos os segurados, dentre os quais, segurados contribuintes individuais e transportador rodoviário autônomo. Da análise, concluímos que os valores declarados em GFIP, referente ao Salário de Contribuição e contribuições foram a menor, conforme demonstrado nas planilhas anexas, denominadas “ANEXO I” referente a Folha de Pagamento dos Segurados Empregados (servidores estatutários, servidores comissionados, servidores contratados temporariamente e agentes políticos prefeito e vice-prefeito), “ANEXO I-A” referente contribuições a cargo dos segurados calculada sobre rubricas sem

incidência de contribuição (Rubrica 243 – Função Gratificada Escola Intinerante, Rubrica 284 – Substituição Temporária Atestado Médico e Pagamento aos exercentes de cargo eletivo Prefeito e Vice-Prefeito), “ANEXO II” referente a Pagamento a Contribuinte Individual – membros do Conselho Tutelar, “ANEXO III” referente a Pagamento a Contribuinte Individual – autônomos, “ANEXO IV” referente a Pagamento a Transportador Rodoviário Autônomo, “ANEXO V” referente Glosas de Compensações ou Compensações Indevidas conforme informado em GFIP.

4. Para regularização das informações prestadas e apuração do valor devido corretamente em GFIP, será necessário a retificação das GFIPs, apurando-se corretamente o salário de contribuição dos segurados empregados, assim como a contribuição descontada. Também deve ser informado os segurados contribuintes individuais (autônomos) e os segurados transportadores rodoviários autônomos com o respectivo salário de contribuição e contribuição descontada. Informar corretamente a Categoria dos trabalhadores e códigos de ocorrências, bem como o valor das deduções referente a salário família e salário maternidade. Também deve ser excluído os valores compensados indevidamente. Para que as informações prestadas (declaradas) via GFIP sejam processadas, torna-se necessário a solicitação de desbloqueio das GFIPs retificadas mediante expediente assinado pelo responsável e protocolado junto a Receita Federal do Brasil.

(...)

10. Na análise da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social – GFIP, constatou-se que o contribuinte, compensou contribuições previdenciárias nas competências 11/2007 a 05/2008, referente o período 11/2002 a 02/2006.

11. Consta que as contribuições previdenciárias compensadas na GFIP nas competências 11/2007 a 05/2008, tem origem nas contribuições previdenciárias recolhidas ou parceladas referente ao período 02/2002 a 02/2006, incidentes sobre a remuneração de agentes políticos exercentes de cargo eletivo (prefeito, vice-prefeito e vereadores), exigida por força da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, que inclui a alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, estabelecendo como segurado obrigatório da Previdência Social, na categoria de empregado, “o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”.

12. Conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO inserido no Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF de 16/11/2012 e no Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 002/2013 de 14/03/2013, foi intimado o contribuinte à apresentar documentos referente ao fato gerador das contribuições compensadas, bem como as GFIPs da época onde foram informadas as remunerações e contribuições e as GFIPs retificadoras excluindo as respectivas remunerações e contribuições, bem como as planilhas referente aos valores compensados e respectivas memórias de cálculo com os valores originais e corrigidos. O contribuinte não apresentou ao solicitado.

13. Os valores compensados no período 11/2007 a 05/2008 têm origem na Resolução nº 26 do Senado Federal de 21 de junho de 2005, que suspende a execução da alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo §1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1 - Paraná, com efeitos *ex tunc*.

(...)

15. Conforme dispõe a IN MPS/SRP nº 15 em seu Art. 6º, Inc. I, a compensação deverá ser precedida da retificação da GFIP. O contribuinte não retificou as GFIPs, portanto as compensações informadas nas GFIPs são objeto de glosa. Também não foram atendidas ou apresentadas as exigências dos itens I e II do §1º

do Art. 6º da IN MPS/SRP nº 15, aplicando-se o disposto no §2º. Não foi possível demonstrar os valores originários a serem compensados mês a mês, pois não foi apresentada nenhuma planilha/tabela demonstrativa dos valores, bem como os valores corrigidos.

Devidamente intimado, o recorrente apresentou Impugnação (e-fls. 2929/2943) atacando todos os autos de infração, com os argumentos aqui sintetizados:

I. PRELIMINARMENTE:

I.I. DA AUSÊNCIA DE IPC (INSTRUÇÃO PARA O CONTRIBUINTE)

Requeru a nulidade do auto de infração pela falta de entrega de relatório com instruções para o contribuinte sobre o auto de infração.

I.II. DA AUTUAÇÃO POR AMOSTRAGEM

Sustentou a nulidade do auto de infração em razão de ter sido a fiscalização realizada por amostragem.

I.III. DA PRESCRIÇÃO

Requer o reconhecimento da prescrição, com fulcro no art. 174 do CNT. Apresenta jurisprudência sobre o prazo de prescrição quinquenal.

II. MÉRITO

II.I. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Informa que o Município sofreu fiscalização do Ministério da Fazenda para apuração de débitos referente à gestão anterior, no que diz respeito à remuneração de transporte rodoviário de cargas, tendo sido onerado em grande monta.

II.III. DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E À BITRIBUTAÇÃO

Sustenta que as cobranças a título de contribuição previdenciária patronal foram quitadas por meio do Simples, e que a sua cobrança do Município resultaria em bitributação e ofensa ao art. 150 da CR/88. Também restariam ofendidos os princípios da capacidade contributiva, da isonomia, e que a tributação resultaria em confisco.

II.IV. INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO QUANTO AOS SERVIDORES

Alega que, de acordo com a Lei Complementar Municipal nº. 9, não há que se falar em relação contratual sujeita à CLT entre servidor e poder público. Apesar de os servidores, cargos comissionados e funções de confiança estarem erroneamente com vínculo laboral celetista, após a decisão do STF na RCL 12382/SC, deverá ocorrer a mutabilidade.

Considerando que o auto de infração considerou o vínculo laboral celetista de tais funcionários e tomou a remuneração dos servidores em cargo comissionados e funções de confiança para lançamento das contribuições previdenciárias, devem ser canceladas pois estes servidores deverão ser considerados como tais pelo regime dos servidores municipais.

II.V. DA COMPENSAÇÃO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS

Sustenta que os valores compensados foram declarados verbas indenizatórias pelo STF e que tais valores poderiam ser compensados, uma vez que se tratam de valores recolhidos de março de 2007 a dezembro de 2011, portanto, não alcançados pela prescrição.

II.VI. DA REDUÇÃO DA MULTA APLICADA

Requer a redução da penalidade aplicada a 20%.

III. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer a anulação do auto de infração;

A realização de perícia contábil com os documentos apresentados, indicando assistente e quesitos;

Requer a intimação para apresentação de novos documentos, caso fique constatada alguma falha nos documentos apresentados;

Requer a realização de diligência para que a documentação completa seja analisada;

Requer a redução da penalidade aplicada a patamares mais adequados à capacidade contributiva do recorrente.

O Município apresentou, com a Impugnação, GPS's e GFIP's (e-fls. 2944/4413).

Em 17/04/2014, os autos foram a julgamento, tendo sido proferido o Acórdão nº. 07-34.654 (e-fls. 4440/4456), pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis, que julgou parcialmente procedente a Impugnação, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2008

DEBCAD nº 37.380.809-7, nº 37.380.810-0 e nº 37.380.811-9

DECADÊNCIA QUINQUENAL.

A decadência das contribuições previdenciárias opera-se em 05 (cinco) anos conforme define o Código Tributário Nacional.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando o lançamento fiscal preenche todos os requisitos formais e materiais exigidos pela legislação, inexistindo vícios insanáveis.

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. REMUNERAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA. INCIDÊNCIA.

O pagamento a pessoa física filiada ao regime geral de previdência social na qualidade de segurado contribuinte individual configura fato gerador de contribuições a cargo da empresa.

COMPENSAÇÃO. GLOSA.

A compensação tributária somente pode ser efetuada nas estritas condições estabelecidas pela lei. Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2008

DEBCAD nº 37.380.812-7

DECADÊNCIA QUINQUENAL.

A decadência das contribuições previdenciárias opera-se em 05 (cinco) anos conforme define o Código Tributário Nacional.

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Rejeita-se a preliminar de nulidade quando o lançamento fiscal preenche todos os requisitos formais e materiais exigidos pela legislação, inexistindo vícios insanáveis.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2007 a 31/12/2008

PRODUÇÃO DE PROVAS.

A prova documental será apresentada na impugnação, com preclusão do direito de fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior.

PRODUÇÃO DE DILIGÊNCIA E DE PERÍCIA.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, e não sendo necessário conhecimento técnico científico especializado para sua análise, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

O crédito tributário foi retificado pela autoridade fiscal, tendo em vista a decadência parcial dos créditos, conforme Discriminativos (e-fls. 4430/4439), nos seguintes termos:

a) mantido em parte o crédito tributário exigido no DEBCAD nº 37.380.809-7 no valor retificado de R\$ 227.685,38, consolidado em 29/04/2013, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR (fl.4430), exonerado o crédito tributário no valor de R\$ 209.380,18;

b) mantido em parte o crédito tributário exigido no DEBCAD nº 37.380.810-0 no valor retificado de R\$ 59.178,83, consolidado em 29/04/2013, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR (fl.4435), exonerado o crédito tributário no valor de R\$ 194.371,20;

c) mantido em parte o crédito tributário exigido no DEBCAD nº 37.380.811-9 no valor retificado de R\$ 1.359,97, consolidado em 29/04/2013, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR (fl.4436), exonerado o crédito tributário no valor de R\$ 1.623,30; e

d) mantido em parte o crédito tributário exigido no DEBCAD nº 37.380.812-7 no valor retificado de R\$ 254,38, consolidado em 29/04/2013, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR (fl.4438), exonerado o crédito tributário no valor de R\$ 286,49.

A Intimação NURAC nº. 260/2014 (e-fl. 4457), foi recebida em 28/05/2014, conforme AR (e-fls. 4458), tendo o Município apresentado 4 (quatro) Recursos Voluntários, em 18/06/2017, um para cada lançamento, com argumentos sintetizados abaixo:

AI DEBCAD nº. 37.380.809-7 (e-fls. 4464/4479)

No que diz respeito a esses débitos, a decisão de piso somente teria afastado os valores alcançados pela decadência.

Nulidade

Contudo, o lançamento seria nulo em razão da ofensa ao artigo 10 do Decreto nº. 70235/72, por não ter mencionado a fundamentação legal, cerceando o direito de defesa do Município.

Da não vinculação dos recolhimentos realizados

No RADA elaborado pela fiscalização não teriam sido apropriados todos os valores efetivamente pagos pelo Município, faltando um saldo de R\$ 5.254,20, conforme tabela elaborada (e-fl. 4467).

Base de cálculo das contribuições ao INSS: folha de salários e demais rendimentos do trabalho

Conceitos jurídicos de salário e remuneração

Discorre sobre o conceito de salário e remuneração pelo trabalho prestado e conclui que é inconstitucional e ilegal a exigência de contribuições previdenciárias que não apresentam a característica de habitualidade ou não se constituem em contraprestação ao trabalho prestado.

Auxílio doença e auxílio acidente;

1/3 de férias, aviso prévio indenizado, auxílio creche e adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e de horas-extras, entre outras;

Ilegitimidade das exigências

Sustenta que as contribuições previdenciárias apenas incidem sobre remunerações pagas, devidas e creditadas aos segurados que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho.

Requer a realização de perícia para apuração dos valores que devem ser excluídos da base de cálculo, a título de verbas não remuneratórias.

Da multa

Requer a retroatividade da multa mais benéfica, conforme art. 106, II, do CTN, pois teria sido aplicada a multa de 75% a todo o período.

AI DEBCAD nº. 37.380.810-0 (e-fls. 4464/4479)

No que diz respeito a esses débitos, a decisão de piso somente teria afastado os valores alcançados pela decadência.

Nulidade

Contudo, o lançamento seria nulo em razão da ofensa ao artigo 10 do Decreto nº. 70235/72, por não ter mencionado a fundamentação legal, cerceando o direito de defesa do Município.

Da compensação

Sustenta que a falta de observância do art. 6º da IN MPS/SRP nº. 15/2006 não pode servir de empecilho à homologação da compensação de créditos resultantes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, sob pena de ofensa ao princípio do informalismo, da verdade material e da legalidade.

Da multa

Requer o cancelamento da multa aplicada e defende que seu escalonamento no tempo, na medida em que o contribuinte apresenta defesas administrativas, ofende o princípio da ampla defesa, assegurado pelo art. 5º, inciso LV da CR/88.

AI DEBCAD nº. 37.380.811-9 (e-fls. 4489/4495)

No que diz respeito a esses débitos, a decisão de piso somente teria afastado os valores alcançados pela decadência.

Nulidade

Contudo, o lançamento seria nulo em razão da ofensa ao artigo 10 do Decreto nº. 70235/72, por não ter mencionado a fundamentação legal, cerceando o direito de defesa do Município.

Da não vinculação dos recolhimentos realizados

No RADA elaborado pela fiscalização não teriam sido apropriados todos os valores efetivamente pagos pelo Município, faltando um saldo de R\$ 5.254,20, conforme tabela elaborada (e-fl. 4492).

Do respeito ao teto máximo do desconto

Defende o Município que o agente fiscal não teria verificado se os contribuintes individuais (transportadores autônomos) prestaram serviços a outras empresas e se já teriam contribuído à previdência atingindo o teto máximo. Dessa forma, o auto de infração seria inválido, tendo se pautado em presunção.

Da multa

Requer a retroatividade da multa mais benéfica, conforme art. 106, II, do CTN, pois teria sido aplicada a multa de 75% a todo o período.

AI DEBCAD nº. 37.380.812-7 (e-fls. 4496/4503)

No que diz respeito a esses débitos, a decisão de piso somente teria afastado os valores alcançados pela decadência.

Nulidade

Contudo, o lançamento seria nulo em razão da ofensa ao artigo 10 do Decreto nº. 70235/72, por não ter mencionado a fundamentação legal, cerceando o direito de defesa do Município.

Da não vinculação dos recolhimentos realizados

No RADA elaborado pela fiscalização não teriam sido apropriados todos os valores efetivamente pagos pelo Município, faltando um saldo de R\$ 5.254,20, conforme tabela elaborada (e-fl. 4498).

Da progressividade da multa

Requer o cancelamento da multa aplicada e defende que seu escalonamento no tempo, na medida em que o contribuinte faz defesas administrativas ofende o princípio da ampla defesa, assegurado pelo art. 5º, inciso LV da CR/88.

A multa de ofício exigida é abusiva

Sustenta que a multa de ofício aplicada à competência de 12/2008 seria desproporcional à conduta contrariando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, e do devido processo legal material, além de representar verdadeiro esbulho do seu patrimônio.

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

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Carolina da Silva Barbosa, Relatora.

1. Admissibilidade

Os Recursos Voluntários são tempestivos e serão analisados conjuntamente. Quanto aos demais requisitos de admissibilidade, é preciso pontuar o que se segue.

Os Recursos Voluntários inovaram a discussão inaugurada com a Impugnação, apresentando argumentos que não foram analisados pela decisão de primeira instância. No recurso relativo ao **AI DEBCAD nº. 37.380.809-7 (e-fls. 4464/4479)** o recorrente questiona a necessidade de se observar a limitação da base de cálculo das contribuições previdenciárias, que apenas devem incidir sobre remuneração e não sobre verbas de natureza indenizatória. O recurso lista várias verbas que, de acordo com a defesa, não corresponderiam a verbas remuneratórias e não deveriam ser consideradas no cálculo da contribuição. No recurso interposto relativo ao **AI DEBCAD nº. 37.380.811-9 (e-fls. 4489/4495)**, sustentou-se que a fiscalização teria promovido os lançamentos sem observar se os contribuintes individuais (transportadores autônomos) prestaram serviços a outras empresas e se já teriam contribuído à previdência atingindo o teto máximo. Dessa forma, o auto de infração seria inválido, tendo se pautado em presunção.

Tais argumentos não foram arguidos na Impugnação, não foram objeto de análise da Delegacia de Julgamento, tendo-se operado a preclusão consumativa.

A preclusão processual é um elemento que limita a atuação das partes durante a tramitação do processo, imputando-lhe celeridade, numa sequência lógica e ordenada dos fatos, em prol da pretendida pacificação social.

Humberto Theodoro Júnior¹ nos ensina que preclusão é “a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil”. Ainda segundo o professor, com a preclusão, “evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e o juiz”.

Tal princípio busca garantir o avanço da relação processual e impedir o retrocesso às fases anteriores do processo, encontrando-se fixado o limite da controvérsia, no Processo Administrativo Fiscal (PAF), no momento da impugnação/manifestação de inconformidade. Os artigos 16 e 17 do Decreto 70.235/1972 assim determinam:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

É a impugnação que instaura o litígio administrativo, de modo que a matéria ventilada no recurso deve guardar correspondência com o que foi alegado originalmente, garantindo a estabilidade da relação processual. A parte contrária não poderá ser surpreendida com novos argumentos em sede recursal, e foi exatamente o que ocorreu no presente caso.

¹ HUMBERTO, Theodoro Júnior. Curso de direito processual civil. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 225-226.

Entendo, portanto, que o Recurso deve ser recebido parcialmente, pois não há como conhecer do recurso quando o Recorrente baseia seu pleito em teses não aventadas na Impugnação, por ter operado a preclusão consumativa. Merece conhecimento apenas os argumentos apresentados no recurso que foram anteriormente ventilados na Impugnação e debatidos na decisão de piso, e argumentos relacionados a matérias de ordem pública, que são:

- preliminar de nulidade;
- necessidade de apropriação de valores pagos pelo recorrente;
- da impossibilidade de se negar a compensação;
- da necessidade de se aplicar a multa mais benéfica, nos termos do art. 106, inciso II do CTN, em virtude do advento da MP nº. 449/2008 e da Lei nº. 11.941/2009;
- da inconstitucionalidade da multa imposta.

Portanto, no que diz respeito aos argumentos relacionados à base de cálculo das contribuições lançadas, e a impossibilidade de incidência sobre verbas de natureza não remuneratórias, bem como sobre a necessidade de se observar se os contribuintes individuais (transportadores autônomos) prestaram serviços a outras empresas e se já teriam contribuído à previdência atingindo o teto máximo, entendo que se operou a preclusão consumativa.

2. Da preliminar de nulidade

O recorrente sustenta que os autos de infração seriam nulos em razão da falta de fundamentação legal e ofensa ao inciso IV, do art. 10, do Decreto nº. 70.235/72. Alega que a falta de menção aos dispositivos legais ofendidos e que embasaram os lançamentos teria cerceado o seu direito de defesa.

Ao contrário do que afirma o recorrente, todos os autos de infração contêm sua fundamentação legal, senão, vejamos:

- AI nº. 37.380.809-7: Fundamentos legais do débito – e-fls. 25/26,
- AI nº. 37.380.810-0: Fundamentos legais do débito – e-fls. 37/38,
- AI nº. 37.380.812-7: Fundamentos legais do débito – e-fls. 50/51,
- AI nº. 37.380.811-9: Fundamentos legais do débito – e-fls. 61/62.

O Relatório fiscal também trouxe esclarecimentos sobre os fatos que levaram às autuações e a metodologia usada nos lançamentos.

Acerca da nulidade suscitada, observo que os Autos de Infração atendem integralmente aos preceitos do artigo 142² do Código Tributário Nacional e artigos 10³ e 11⁴ do

² 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

Decreto nº 70.235/1972, contendo o enquadramento legal completo e uma descrição dos fatos clara, permitindo ao contribuinte conhecer as infrações que lhe estão sendo atribuídas. Ademais, o sujeito passivo pôde apresentar sua defesa, garantindo-se plenamente no presente processo o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Da leitura da impugnação e dos recursos voluntários fica evidenciado que o Município teve pleno conhecimento da autuação ao contrapor-la com suas alegações, não tendo sido verificado cerceamento do seu direito de defesa que justificasse o acolhimento da alegação de nulidade, nos termos do art. 59⁵ do Decreto nº. 70.235/72.

A notificação de lançamento foi emitida por autoridade competente com observância do disposto na legislação tributária apresentando todos os seus requisitos essenciais, especialmente o enquadramento legal das infrações e os fatos expressos foram descritos de modo claro, permitindo ao contribuinte conhecer perfeitamente os fatos a ele atribuídos, tendo o contribuinte, ao apresentar sua impugnação, instaurado a fase litigiosa do procedimento. Nenhum ato administrativo dificultou ou impediu o Município de apresentar sua defesa e não foi violado qualquer direito assegurado pela Constituição Federal ou legislação infraconstitucional.

Por todo o exposto, tem-se que a autoridade lançadora agiu com estrita observância das normas legais que regem a matéria, não tendo como prosperar a preliminar de nulidade das autuações.

3. Da apropriação dos valores efetivamente recolhidos pelo Município

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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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 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)

O recorrente alegou nos recursos contra os Autos de Infração n.ºs. **37.380.809-7 e 37.380.812-7**, que não teriam sido apropriados integralmente os pagamentos realizados pelo Município nas competências de jan/08, jun/08, set/08, out/08, nov/08, restando a apropriar o montante total de **R\$ 5.254,20**.

Verificando os Discriminativos do débito e RADA – Relatórios de Apropriação de documentos (e-fls. 19/26 e 55/62), vê-se que não assiste razão ao recorrente.

Foram reconhecidos os valores recolhidos e estes foram apropriados, no montante dos lançamentos realizados, obedecendo-se a ordem de apropriação (primeiro segurados e depois contribuições da empresa). Caso tenham sido observados recolhimentos a maior, o contribuinte deve apresentar pedido de restituição próprio.

Diante do exposto, entendo que não assiste razão ao recorrente.

4. Das Compensações não homologadas

Conforme se viu, foram promovidas compensações (11/2007 a 05/2008) de créditos decorrentes de pagamento de contribuições previdenciárias recolhidas ou parceladas, referente ao período de 02/2002 a 02/2006, incidentes sobre a remuneração de agentes políticos exercentes de cargo eletivo (prefeito, vice-prefeito e vereadores), exigidas por força da Lei nº 9.506/97, que restou declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No Termo de Início da Ação Fiscal (e-fls. 2912/2913) foram solicitados vários documentos, dentre eles a memória de cálculo das compensações efetuadas e as Guias de recolhimento e GFIP que originaram os créditos compensados, bem como eventuais retificações. Especificamente sobre as compensações na GFIP, foram solicitados documentos referente ao fato gerador das contribuições compensadas, bem como as GFIP's retificadas. No Termo de Intimação Fiscal nº. 002/2013 (e-fl. 2917) foram solicitadas Planilhas dos valores compensados no período de 11/2007 a 05/2008, demonstrando os valores originais por competência e atualização (correção).

O Município não apresentou planilhas e comprovantes dos valores recolhidos que deram origem aos créditos, conforme solicitado nas intimações. Também não foram promovidas retificações nas GFIP's para informar as compensações, de modo que estas não foram homologadas, o que levou ao lançamento dos débitos das competências 11/2007 a 05/2008, no **AI DEBCAD nº. 37.380.810-0**.

O Relatório Fiscal fundamentou a glosa da seguinte forma:

10. Na análise da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social – GFIP, constatou-se que o contribuinte, compensou contribuições previdenciárias nas competências 11/2007 a 05/2008, referente o período 11/2002 a 02/2006.

11. Consta que as contribuições previdenciárias compensadas na GFIP nas competências 11/2007 a 05/2008, tem origem nas contribuições previdenciárias recolhidas ou parceladas referente ao período 02/2002 a 02/2006, incidentes sobre a remuneração de agentes políticos exercentes de cargo eletivo (prefeito, vice-prefeito e vereadores), exigida por força da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, que inclui a alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, estabelecendo como segurado obrigatório da Previdência Social, na categoria de empregado, “o

exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social”.

12. Conforme TERMO DE CONSTATAÇÃO inserido no Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPIF de 16/11/2012 e no Termo de Intimação Fiscal – TIF nº 002/2013 de 14/03/2013, foi intimado o contribuinte à apresentar documentos referente ao fato gerador das contribuições compensadas, bem como as GFIPs da época onde foram informadas as remunerações e contribuições e as GFIPs retificadoras excluindo as respectivas remunerações e contribuições, bem como as planilhas referente aos valores compensados e respectivas memórias de cálculo com os valores originais e corrigidos. O contribuinte não apresentou ao solicitado.

13. Os valores compensados no período 11/2007 a 05/2008 têm origem na Resolução nº 26 do Senado Federal de 21 de junho de 2005, que suspende a execução da alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo §1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997, em virtude de declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 351.717-1 - Paraná, com efeitos *ex tunc*.

14. A Instrução Normativa MPS/SRP nº 15, de 12 de setembro de 2006 – DOU de 18/09/2006 disciplinou a devolução dos valores arrecadados com base na alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997. O Art. 6º da IN que trata da COMPENSAÇÃO, diz:

(...)

15. Conforme dispõe a IN MPS/SRP nº 15 em seu Art. 6º, Inc. I, a compensação deverá ser precedida da retificação da GFIP. O contribuinte não retificou as GFIPs, portanto as compensações informadas nas GFIPs são objeto de glosa. Também não foram atendidas ou apresentadas as exigências dos itens I e II do §1º do Art. 6º da IN MPS/SRP nº 15, aplicando-se o disposto no §2º. Não foi possível demonstrar os valores originários a serem compensados mês a mês, pois não foi apresentada nenhuma planilha/tabela demonstrativa dos valores, bem como os valores corrigidos.

O Recurso Voluntário sustenta que o direito à compensação do indébito não deveria ser obstado pela necessidade de retificação das GFIP's, conforme determinado na IN MPS/SRP nº 15, em seu art. 6º, Inc. I.

Ocorre que, conforme destacado, a falta da retificação da GFIP **não** foi a única causa para a glosa das compensações. O Município foi intimado para comprovar a regularidade dos créditos indicados à compensação, planilha de cálculo com os valores corrigidos, **e não apresentou os documentos e informações solicitados**, de modo que não se desincumbiu de comprovar a liquidez e certeza dos créditos.

A compensação tributária somente é admitida para crédito imbuído dos atributos de certeza e liquidez, sendo indevida quando a certeza do crédito utilizado não estiver seguramente estabelecida. Não comprovado o recolhimento indevido de contribuições, não se evidencia qualquer crédito em favor do contribuinte, sendo cabível a glosa das compensações efetuadas.

Ressalta-se ser este o posicionamento da turma, que em caso semelhante se posicionou no sentido de manter glosa de créditos cuja liquidez e certeza não foram comprovadas:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/04/2011

(...)

COMPENSAÇÃO. REQUISITOS. GLOSA.

A compensação extingue o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação, condicionada à comprovação da origem dos créditos compensados. Serão glosados pela Administração Fazendária os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo, quando não houver amparo legal, devida comprovação dos créditos ou decisão judicial transitada em julgado.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CRÉDITOS ORIUNDOS DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO DE EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO MUNICIPAL. COMPENSAÇÃO.

O reconhecimento do crédito oriundo da contribuição sobre exercentes de mandato eletivo para compensação somente poderá ser efetivado se forem preenchidos os seguintes requisitos: existência da informação do agente político na GFIP inicialmente apresentada, a fim de comprovar que o Município o considerava como segurado da Previdência Social; existência de recolhimento igual ou superior ao que foi declarado na GFIP (valor total devido na competência) e não prescrição ao direito da compensação.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS. NÃO COMPROVAÇÃO. GLOSA.

Não comprovado o recolhimento indevido de contribuições, não se evidencia qualquer crédito em favor do contribuinte, sendo cabível a glosa das compensações efetuadas.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO INCERTO. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação tributária somente é admitida para crédito imbuído dos atributos de certeza e liquidez, sendo indevida quando a certeza do crédito utilizado não estiver seguramente estabelecida.

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. A realização de diligência não se presta para a produção de provas que toca à parte produzir.

(...)

(Acórdão nº. 2401-010.511, 2ª Sejl/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária, sessão de 10/11/2022)

Vale destaque para trecho do voto do Conselheiro Matheus Soares Leite:

Nunca é demais ressaltar que o reconhecimento do crédito oriundo da contribuição sobre exercentes de mandato eletivo para compensação somente poderá ser efetivado se forem preenchidos os seguintes requisitos: (i) existência da informação do agente político na GFIP inicialmente apresentada, a fim de comprovar que o Município o considerava como segurado da Previdência Social; (ii) existência de recolhimento igual ou superior ao que foi declarado na GFIP (valor total devido na competência) e (iii) não prescrição ao direito da compensação.

No caso dos autos, a ausência de comprovação dos créditos capazes de suportar as compensações é motivo que, por si só, enseja o reconhecimento da lisura da glosa dos valores indevidamente compensados, por parte da fiscalização.

A propósito, o princípio da verdade material, que rege o Processo Administrativo Fiscal, não afasta a necessidade de prova das alegações de defesa contrárias ao lançamento fiscal. Comprovado que o procedimento fiscal levado a efeito atende às normas regulamentares, não há que se falar em falta de atendimento à verdade material.

O ônus da prova existe, portanto, afetando ambas as partes litigantes. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem, sem carrear provas que os sustentem. Assim, cabe ao Fisco produzir provas que sustentem os lançamentos efetuados, como, ao contribuinte as provas que se contraponham à ação fiscal.

No mesmo sentido, manifesta-se com precisão Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em sua obra *Processo Administrativo Tributário*, Malheiros Editores, 2000, pg. 184/185:

As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas de produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arrazoado defensivo, pelo que prospera a exigibilidade fiscal. (...) A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

Tem-se, pois, que simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

Diante do exposto, além de não ter cumprido as determinações procedimentais para a realização da compensação, o sujeito passivo não cumpriu o ônus que lhe toca de comprovar que de fato houve recolhimentos espontâneos e/ou lançamentos de ofício referentes às contribuições previdenciárias indevidas. Portanto, não há fundamentação de fato a validar a compensação efetivada pelo sujeito passivo, impondo-se, também por esse motivo, a glosa integral dos valores da compensação declarada em GFIP.

4. Da Penalidade Aplicada

O recorrente apresenta dois questionamentos sobre a penalidade aplicada:

- a) que a fiscalização teria deixado de aplicar a penalidade mais benéfica prevista na Lei nº. 11.941/2009, e por esta razão, a imposição teria se transformado em verdadeiro confisco, tendo violado os princípios da capacidade econômica, da proporcionalidade e da razoabilidade; e
- b) que a penalidade aplicada de forma escalonada no tempo seria inconstitucional, pois ofenderia o princípio da razoabilidade, proporcionalidade, e do direito de defesa.

No que diz respeito aos questionamentos de constitucionalidade da penalidade, cumpre esclarecer 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 nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Já com relação à necessidade de se aplicar a multa mais benéfica, até o advento da MP nº. 449/2008 (competência 11/2008), entendo que assiste razão ao recorrente.

A penalidade aplicada aos lançamentos considerou o entendimento anterior à Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, confirmado no PARECER SEI Nº 11.315/2020/ME.

Por meio de tais normativos, a Procuradoria da Fazenda Nacional acolheu a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que especificamente em relação às obrigações principais, a retroatividade benigna deve ser aplicada considerando-se a redação do art. 35 da Lei 8.212, de 1991, conferida pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória, porque, de acordo com o entendimento da Corte Superior, o novel dispositivo caracteriza-se como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

A manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional sobre o tema, 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:

Lei 8.212/1991, 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

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. (...)

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

Vê-se, portanto, que em hipóteses como a dos autos, 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 Parecer SEI nº 11.315/2020 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 primeva, nem na decorrente da Lei nº 11.941, de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008).

Desse modo, a CSRF cancelou a Súmula CARF nº. 119 e alterou a sua jurisprudência, que era pela comparação entre o somatório das multas previstas no inciso II do

art. 35 e no art. 32 da Lei nº 8.212/1991, na redação anterior à MP 449/2008, e a multa prevista no art. 35-A, acrescido na Lei de Custeio Previdenciário pela MP nº 449/2009.

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

Diante do exposto, deve ser aplicada a retroação da multa da Lei nº. 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

5. Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Voluntário, apenas para os seguintes argumentos:

- preliminar de nulidade;
- necessidade de apropriação de valores pagos pelo recorrente;
- da impossibilidade de se negar a compensação;
- da necessidade de se aplicar a multa mais benéfica, nos termos do art. 106, inciso II do CTN, em virtude do advento da MP nº. 449/2008 e da Lei nº. 11.941/2009;
- da inconstitucionalidade da multa imposta.

Na parte conhecida dos recursos, voto para REJEITAR a preliminar e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009, até a competência 11/2008.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Ana Carolina da Silva Barbosa