



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

Processo nº 19515.000843/2011-03
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.649 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2018
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente RODOPA INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 30/11/2008

JUNTADA DE DOCUMENTO NO RECURSO. POSSIBILIDADE.

De acordo com o art. 15 do Decreto nº 70.235/1972, a impugnação deve ser instruída com os documentos em que se fundamentar. O § 4º do art. 16, por sua vez, estabelece que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual. É possível o deferimento do pedido para apresentação de provas após o prazo para impugnação quando comprovada a ocorrência de hipótese normativa que faculte tal permissão.

NULIDADE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF

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

CERCEAMENTO DE DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. PREJUÍZO. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO. INSTRUMENTALIDADE.

O princípio do devido processo legal possui como núcleo mínimo o respeito às formas que asseguram a dialética sobre fatos e imputações jurídicas enfrentadas pelas partes. Para que ocorra cerceamento de defesa é necessário que o descumprimento de determinada forma cause prejuízo à parte, e que lhe seja frustrado o direito de defesa.

PEDIDO DE PERÍCIA. DILIGÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar a realização de diligências e perícias apenas quando entenda necessárias ao deslinde da controvérsia.

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.

ADESÃO AO PARCELAMENTO AUTORIZADO PELA LEI Nº 11.941/2009.

Alega o Recorrente que aderiu ao parcelamento autorizado pela Lei nº 11.941/2009. Contudo, o Recorrente não comprovou a sua adesão, não havendo que se falar em cobrança em duplicidade.

MULTA. ATUALIZAÇÃO DE VALOR. LEGALIDADE

O reajustamento dos valores de multa por descumprimento de obrigações acessórias é feito mediante edição de Portarias Ministeriais, publicadas em Diário Oficial, na estrita observância dos limites e parâmetros impostos pela Lei nº 8.212/91. O regulamento ou a Portaria não estão cominando penalidades por infração à legislação, ou seja, não estão inovando a legislação; tão-somente atualizam-se valores de penalidades cuja cominação já estava prevista na lei, em sentido estrito.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. REAJUSTE DO VALOR. VALOR-BASE VIGENTE NA DATA DA AUTUAÇÃO.

Aplica-se a multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária de acordo com a legislação da época dos fatos geradores, porém o seu valor-base reajustado na forma prevista na legislação, será o vigente na data da lavratura do auto de infração.

MULTA. MP 449/08. LEI 11.941/09. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Em face do disposto no art. 57 da Lei nº 11.941, de 2009, a aplicação da penalidade mais benéfica deve observar o regramento traçado em portaria conjunta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no caso a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 2009.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. 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.

INTIMAÇÃO PESSOAL DE PATRONO DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO

O art. 23 da Lei nº 70.235/72 não traz previsão da possibilidade de a intimação dar-se na pessoa do advogado do autuado, tampouco o RICARF apresenta regramento nesse sentido. Pretensão sem amparo.

SUSTENTAÇÃO ORAL.

A sustentação oral por casuístico está jungida às normas constantes no parágrafo primeiro do art. 55 c/c art. 58, ambos do Anexo II, do RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Matheus Soares Leite (relator), Andréa Viana Arrais Egypto, Rayd Santana Ferreira e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento parcial ao recurso para que a multa fosse calculada nos termos da Lei 8.212/91, art. 32-A. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro. Processo julgado em 05/07/2018, às 9h.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira,

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Andrea Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar os relatórios já elaborados em ocasiões anteriores e que bem elucidam a controvérsia posta, para, ao final, complementá-los (fls. 747/751, 4317/4319 e 4737/4741).

Pois bem. Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Acessória nº 37.263.253-0, lavrado em 08/04/2011, sob a acusação de infração ao disposto no artigo 32, IV, § 5º, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 284, II, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, com a alteração do Decreto nº 4.729/2003, em razão de o contribuinte apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (Relatório Fiscal de fls. 22).

No exame das GFIP Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, verificou-se que a empresa entregou no período compreendido entre janeiro 2008 a novembro/2009 GFIP de seus segurados não informando todos os valores de Base de Cálculo (BC) de seus segurados empregados e contribuintes individuais constantes das folhas de pagamento apresentadas e respectivos lançamentos contábeis, ocorrendo omissão parcial de informação na GFIP. Desta forma, ocorreu omissão de fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme apurado na tabela (RODOPA AI CFL 68 2008) anexa às fls. 41/474.

A multa, ressalta-se no relatório fiscal, foi imposta levando em consideração o disposto no art. 106, II, “c” do CTN, optando-se pelo valor mais favorável ao sujeito passivo, quando se comparou a multa aplicada com base na legislação vigente no momento da ocorrência dos fatos geradores e aquela calculada com esteio na norma atual.

Tendo sido cientificado, pessoalmente, do Auto de Infração em 08/04/2011, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 485/496), alegando, em síntese, que:

(a) Após breve relato sobre a autuação e o desenvolvimento de sua atividade mercantil, o Contribuinte alega que o presente procedimento fiscal merece anulação total, pois mediante a fiscalização procedida e os documentos entregues e analisados, ficou cabalmente demonstrado que o Impugnante entregou no período compreendido entre janeiro de 2008 a abril de 2009, todas as GFIPs de seus segurados, com todos os valores da base de cálculo de seus segurados empregados e contribuintes individuais, conforme folha de pagamento elaborada e disposta à fiscalização, cópia anexa, sem qualquer omissão de lançamento, fato gerador ou valor que pudesse ensejar a presente autuação;

(b) Errou o D. Fiscal ao apontar em seu relatório que levou em consideração para lavratura do presente auto o período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, quando, na verdade, não solicitou nenhuma documentação desse período, de maio de 2009 a novembro de 2009, até porque o mandado de procedimento fiscal não contemplou esse período para fiscalização, não podendo servir de base para lavratura do presente auto;

(c) Em relação aos débitos previdenciários, todos estão incluídos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, da qual o Impugnante é optante, e se encontra em dia com o pagamento dos valores mínimos/parcelas dispostas em lei, aguardando a ulterior

consolidação do mesmo para efetivamente ter todos seus débitos encampados pelo parcelamento, na forma preconizada pela aludida legislação, inclusive fazendo jus a todos os benefícios decorrentes, com redução de multas e outros benefícios;

(d) Foi apresentado durante o procedimento fiscal a relação de todos os segurados empregados e contribuintes, bem como os arquivos magnéticos contendo todas as informações necessárias à aferição dos lançamentos, e conforme consta não houve qualquer tipo de omissão de informação, mesmo que parcial conforme lançado no impugnado auto de infração;

(e) Todos os valores da base de cálculo encontravam-se devidamente lançados, sem qualquer omissão, inclusive nunca houve qualquer solicitação ou indagação do Fiscal, quando da fiscalização. Pelos sistemas da própria Receita verifica-se que não há diferenças de lançamentos ou informações e a base apresentada é até menor que a declarada pelo Impugnante;

(f) A multa deveria, no mínimo, se realmente existissem tais diferenças, obedecer ao que dispõe o artigo 284 do RPS, atingindo na sua forma aritmética a importância compatível, considerando a suposta base omitida como valor a recolher, e não o valor aplicado, que supera em muito os limites legais;

(g) Sequer houve aplicação adequada para apuração da “suposta multa devida”, sem contar a ausência de contemplação aos benefícios trazidos pela Lei nº 11.941/2009, considerando que o débito do período fiscalizado se encontra inserido no aludido parcelamento, pendente de consolidação pelo órgão competente;

(h) Verificando a própria planilha apresentada pelo D. Fiscal, fica impossível tecnicamente entender como o mesmo chegou em tais valores, não há forma de apurar o lançamento havido, portanto, resta impossível qualquer tipo de impugnação acerca de valores lançados sem fundamento ou base legal;

(i) Há que se apresentar pelo Fisco, nota ou planilha explicativa do valor aplicado a título de multa, para que o Impugnante possa efetivamente exercer seu direito de impugnar o presente auto de infração de forma adequada, mediante a devolução do prazo para apresentação desta defesa;

(j) Ademais, a multa aplicada estaria consubstanciada em decorrência da lavratura de dois autos de infração nºs: 37.263.248-3 e 37.263.250-5, que são nulos de pleno direito e estão sendo impugnados, uma vez que foram lavrados sem atenção aos débitos já declarados espontaneamente pela Impugnante, que inclusive são maiores que o débito levantado de ofício;

(k) Mesmo considerando a manutenção dos autos originários, o que não se acredita, a fiscalização fez incidir multa exacerbada sobre o débito que considerou devido, sem considerar o que dispõe o artigo 150, IV, da Constituição da República, em síntese: que é vedado à União utilizar tributo com efeito de confisco. Transcreve doutrina e decisão do Supremo Tribunal Federal para subsidiar suas alegações;

(l) Após discorrer sobre a matéria, alegou que é inconstitucional a aplicação da multa no patamar exigido, por ter caráter confiscatório e, portanto, malferir o disposto no inciso IV, do artigo 150, da Lei Maior;

(m) Considerando que não houve omissão na formação da base de cálculo, as informações foram transmitidas corretamente, não merece prosperar a multa de aplicada, ao menos nos patamares atribuídos;

(n) Caso entenda pela manutenção da multa, a mesma deve ser fixada em seu limite mínimo legal, retornando-se à fiscalização ou outro órgão competente para compilação correta dos valores a serem aplicados;

(o) Requer seja a presente impugnação recebida e, no mérito, integralmente provida para anular e julgar improcedente o Auto de Infração nº 37.263.253-0, consubstanciado nas razões acima, reconhecendo a ausência de omissão de valores para composição das bases de cálculo;

(p) Diante do erro na aplicação da multa e da inconstitucionalidade apontada, requer o acolhimento da defesa para o fim de julgar improcedente o lançamento em questão ou via de consequência determinar a remessa dos autos ao órgão competente para lançamento da multa em valores condizentes com a legislação, abrindo-se nova oportunidade para este contribuinte contestá-la, ou na sua correta formação, concordar com os valores apresentados;

(q) Sem prejuízo dos demais pedidos, em razão do período fiscalizado e origem da multa, requer, caso este auto seja mantido, seja o presente débito lançado no parcelamento trazido pela Lei nº 11.941/09, aproveitando todos os benefícios, uma vez que o mesmo é incidente em débitos declarados à parcelar no disposto diploma;

(r) Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo desde já a realização das diligências necessárias, em especial a remessa dos autos ao perito ou contador, para correta aferição da multa aplicada, abrindo-se nova oportunidade à Impugnante para contestá-los, bem como para correta aferição da base apresentada pela Impugnante com a base composta pelo Fisco Autuante;

(s) Requer que o presente Auto de Infração seja suspenso e suspensa a exigibilidade, até final decisão dos processos DEBCAD's nºs: 37.263.248-3 e 37.263.250-5, que deram origem à presente lavratura, e que serão ao final, anulados;

(t) Requer ainda, sejam as intimações e notificações referentes ao presente, encaminhadas diretamente à sede do Impugnante, na pessoa do seu representante legal, mediante carta registrada ou outro expediente legal, sob pena de nulidade absoluta, não se admitindo, sob hipótese alguma, a intimação via imprensa oficial.

Posteriormente, sobreveio julgamento proferido pela 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I (DRJ/SP1), por meio do Acórdão nº 16-35.517 (fls. 745/762), de 22/12/2011, cujo dispositivo considerou improcedente a Impugnação, com a manutenção do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 08/04/2011 a 08/04/2011

Ementa:

**AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. APRESENTAÇÃO COM
DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS**

GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Constitui infração à legislação previdenciária a empresa apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PREVISTA EM LEI. AUTUAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. LANÇAMENTO. ATO VINCULADO E OBRIGATÓRIO.

Constatada a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória prevista em lei, cumpre à autoridade administrativa lavrar o respectivo auto de infração impondo a respectiva multa, sendo o lançamento um ato vinculado e obrigatório sob pena de responsabilidade funcional.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

O Relatório Fiscal da Infração, o Relatório Fiscal da Aplicação da Multa e os Anexos que acompanham o Auto de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa ao lançamento.

ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração.

Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca.

CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE.

Não cabe em sede de processo administrativo a discussão sobre legalidade ou constitucionalidade de lei.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

DA MULTA APLICADA. NATUREZA DE NÃO CONFISCO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

O valor da multa aplicada decorre do disposto na Lei, tendo em vista a infração a dispositivo legal cometida pelo sujeito passivo.

O que determina a aplicação da multa é a legislação pertinente, que de forma objetiva fixa os valores a serem aplicados, sendo que não se pode afastar o critério legal, baseando-se em critérios subjetivos de justiça.

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

SUJEITO PASSIVO. INTIMAÇÃO.

Pertence à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária DERAT jurisdicionante do contribuinte a competência para intimação de acórdão emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

JULGAMENTO SIMULTÂNEO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

Inexiste mandamento legal determinando julgamento simultâneo das impugnações, devendo a decisão de primeira instância ser fundada com observância do princípio da celeridade do julgamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Nesse sentido, cumpre repisar que a decisão *a quo* exarou, em síntese, os seguintes motivos e que delimitam o objeto do debate recursal:

(a) O lançamento em questão se encontra revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante ao disposto nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, e no artigo 293, *caput*, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999;

(b) Considerando que o Impugnante apresentou impugnação tempestiva e não comprovou a ocorrência de nenhuma das situações previstas no art. 16 do Decreto nº 70.235/72, indefiro o pedido para devolução do prazo para apresentação de nova defesa e ou juntada de provas;

(c) A respeito da realização de perícia e diligência previsto nos artigos 16, inciso IV e § 1º, e 18, *caput*, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, com as alterações introduzidas pela Lei nº 8.748, de 09/12/1993, só há perícia se o fato depender de conhecimento especial, o que não é o caso do presente processo, posto conforme demonstrado, o crédito aqui tratado se encontra devidamente constituído e fundamentado, não formulando o Impugnante os quesitos necessários para apreciação de seu pedido, e ainda não indicando o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito;

(d) Equivoca-se o Impugnante quando alega que “errou o D. Fiscal ao apontar em seu relatório que levou em consideração para lavratura do presente auto o período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, quando na verdade não solicitou nenhuma documentação desse período, de maio de 2009 a novembro de 2009, até porque o mandado de

procedimento fiscal não contemplou esse período para fiscalização, não podendo servir de base para lavratura desse auto”;

(e) O Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.90.002010001548, emitido em 18 de janeiro de 2010 para fiscalização de Tributos/Contribuições: Contribuições Previdenciárias e para Outras Entidades e Fundos, inicialmente previsto para apuração do período de 01/2006 a 04/2009, foi alterado por três vezes, ou seja, 25/05/2010, 16/12/2010 e 25/02/2011;

(f) A alteração ocorrida em 25/02/2011 serviu para incluir os seguintes tributos: IRPJ para o período de 01/2007 a 12/2008 e CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS, para o período 05/2009 a 12/2010. Sendo assim, não procedem as alegações da defesa de que errou a fiscalização ao incluir o período posterior a 04/2009;

(g) Ressalta-se, como se verá abaixo, que para elaborar o comparativo da multa e concluir pela multa mais benéfica ao contribuinte, muito embora a fiscalização tenha considerado na planilha todo o período fiscalizado, foram consideradas apenas as competências 01/2008 a 11/2008, cujas competências nos Autos de Infração de Obrigação Principal foram beneficiadas com a multa de mora de 24% (vinte e quatro por cento);

(h) Desta forma, o período de 05/2009 a 11/2009, mencionado pela fiscalização encontra-se totalmente amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal emitido em nome do autuado;

(i) O total da multa aplicada neste Auto de Infração de Obrigação Acessória (FL 68), abrangendo o período de 01/2008 a 11/2008, foi corretamente aplicado, conforme comparativo da Multa anexa aos autos, vez que nos Autos de Infração de Obrigação Principal, para o mesmo período em questão foi aplicada multa de mora de 24% por ser mais benéfica ao Contribuinte, não havendo que se falar em retorno do processo à fiscalização ou a outro órgão competente para compilação correta dos valores a serem aplicados;

(j) A multa foi corretamente aplicada, atendendo à legislação previdenciária, levando em conta os documentos apresentados durante a ação fiscal, os dados fornecidos e declarados pela empresa, bem como os dados constantes dos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil;

(k) Não merecem acolhida também as alegações da empresa no sentido de cerceamento de defesa e nulidade da presente autuação. O ato administrativo consubstanciado neste Auto de Infração possui motivo legal, tendo sido praticado em conformidade ao legalmente estipulado, e estando os seus fundamentos legais devidamente discriminados. Possui também motivo de fato, tendo havido, pela fiscalização, a verificação concreta da situação fática para a qual a lei previu o cabimento do ato. Os Relatórios Fiscais e seus anexos possibilitam a compreensão da origem das exigências lançadas, pois houve, no caso, a discriminação clara e precisa da infração cometida e do cálculo da multa aplicada;

(l) O Contribuinte pode observar desta planilha que, atendendo à legislação, a fiscalização apurou a multa por competência e estabelecimento, observando em cada competência o limite previsto em lei, resultando num total de multa para as competências e categorias de segurados envolvidos na autuação;

(m) É importante ressaltar que, conforme acima relatado, foi respeitado o disposto no art. 106, inciso II, “c”, da Lei n. 5.172, de 25/10/1966 CTN, que trata da retroatividade benigna, constando às fls. 475/479, os anexos: RODOPA – TOTAL AI CFL 68 (2008); RODOPA TOTAL AIOP PARA COMPARATIVO DA MULTA e RODOPA COMPARATIVO DA MULTA (2008);

(n) Diante do exposto, não prospera o argumento da defesa de que fica impossível tecnicamente entender como a fiscalização chegou ao valor da multa aplicada, restando impossível qualquer tipo de impugnação acerca de valores lançados sem fundamento legal;

(o) O Impugnante alega que vem pagando as parcelas mínimas do parcelamento e que está aguardando a sua ulterior consolidação para inserção plena do débito em questão, ao mesmo tempo em que solicita, caso este auto se mantenha, seja o presente débito lançado no parcelamento trazido pela Lei nº 11.941/09. Contudo, este não é meio adequado para tal solicitação;

(p) O contribuinte não comprovou a inclusão do débito em pauta em qualquer parcelamento devidamente consolidado pela Receita Federal do Brasil, não havendo que se rever o lançamento efetuado;

(q) Quanto aos argumentos de que a multa seria abusiva e teria caráter confiscatório, os mesmos não podem prosperar, porquanto o que determina a aplicação da multa é a legislação pertinente, que de forma objetiva fixa os valores a serem aplicados, sendo que não se pode afastar o critério legal, baseando-se em critérios subjetivos de justiça;

(r) Quanto aos questionamentos do Impugnante relativos à legalidade/constitucionalidade de leis, tem-se que os atos administrativos são vinculados e obrigatórios, devendo a autoridade administrativa observar o que determinam as normas legais (art. 26-A do Decreto nº 70.235/72);

(s) Cabia ao Impugnante apresentar ou demonstrar suas alegações com elementos capazes de desconstituir o lançamento, em especial documentos probantes, tendo em vista que os atos administrativos possuem como atributo intrínseco a presunção de legitimidade e legalidade e, com efeito, não logrou fazê-lo;

(t) Requer o Impugnante que o presente Auto de Infração seja suspenso e suspensa a exigibilidade, até final decisão dos processos DEBCAD's nºs: 37.263.2483 e 37.263.2505, que deram origem à presente lavratura. De pronto, salienta-se que inexistente mandamento legal capaz de dar suporte ao pedido da Impugnante;

(u) A intimação deve ser realizada no domicílio tributário do sujeito passivo, assim considerado o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo;

(v) Entretanto, a competência para intimação do presente acórdão e demais intimações compete à DERAT jurisdicionante do sujeito passivo, pois, de acordo com o disposto no Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária – DERAT compete desenvolver, dentre

outras, as atividades relativas à cobrança, recolhimento de créditos tributários e parcelamento de débitos.

Inconformado com a decisão de piso, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 765/814), no qual, após breve relato de suas atividades empresariais e das autuações combatidas, apresentou os seguintes argumentos:

(a) Os AI n.º 37.263.2483 e 37.263.2505, conexos ao que ora se julga, devem ser cancelados, posto que a empresa efetuou a declaração dos fatos geradores neles incluídos antes da ação fiscal, por esse motivo, não deve a multa por descumprimento de obrigação acessória prevalecer;

(b) As GFIP apresentadas comprovam a inoccorrência da infração;

(c) Mesmo com a emissão de MPF complementar, não poderia ter sido incluído na autuação o período de 05 a 11/2009, posto que não houve solicitação de documentos para as referidas competências;

(d) No julgamento dos AI conexos, o órgão julgador trouxe ao processo informações que o recorrente desconhecia, as quais alteraram inclusive a descrição da suposta infração, portanto, merece a recorrente a reabertura do prazo de defesa;

(e) A empresa somente veio a tomar conhecimento de supostas substituições das informações prestadas mediante a GFIP com a decisão sobre os AI conexos, devendo ser anulado a autuação, posto que o fisco não descreveu o fato gerador a contento, deixando de tratar de erros cometidos nas transmissões da guia informativa;

(f) A DRJ, ao detectar os alegados erros que teriam motivado a substituição dos valores declarados, deveria, pelo menos, ter retornado o processo à fiscalização para que fosse procedido a emenda do relatório, com reabertura de prazo para defesa;

(g) A empresa possui os protocolos de envios da GFIP, comprovando suas afirmações, ao passo que o órgão recorrido não juntou aos autos nenhuma comprovação de que os dados teriam sido apagados;

(h) Não houve por parte do autuado qualquer retransmissão de dados que pudesse acarretar na falha apontada pela DRJ;

(i) Ao trazer ao processo fato novo e, com base nesse, decidir contra o sujeito passivo, o órgão recorrido violou a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa;

(j) Agiu conforme a legislação, não podendo ser prejudicada por erros em sistemas sobre os quais não tem gestão;

(k) O julgador de primeira instância deveria ter trazido ao processo as provas de que o sujeito passivo incorreu nos erros que motivaram as autuações, conforme determinam os artigos 36 e 37 da Lei n.º 9.784/1999;

(l) No mínimo, o erro apontado deveria ter sido demonstrado com informações prestadas pela instituição bancária responsável pelo recebimento e processamento dos dados declarados na GFIP;

(m) O AI foi lavrado de forma genérica, dificultando a produção da defesa e, somente após a decisão da DRJ, as circunstâncias em que ocorreram os fatos geradores foram demonstrados;

(n) O recorrente comprovou que bem antes do início do procedimento fiscal já havia declarado, até em montantes superiores, os valores supostamente omitidos, fato que impediria a imposição da multa;

(o) A realização de diligência/perícia é imprescindível para solução da contenda, ainda mais quando a DRJ apresentou novos fatos, sem comprová-los;

(p) Para comprovar suas alegações, o sujeito passivo, mais uma vez, junta aos autos todas as GFIP entregues via sistema;

(q) O julgamento se apresenta incoerente, posto que o próprio fisco reconheceu que as contribuições declaradas na GFIP estavam provisionadas na contabilidade do recorrente;

(r) A multa aplicada é confiscatória e foi aplicada em desconformidade com a legislação de regência;

(s) A multa de ofício não deve prevalecer, posto que o sujeito passivo declarou as contribuições na GFIP;

Ao final requereu:

(a) A improcedência da lavratura, posto que as contribuições já haviam sido confessadas;

(b) A exclusão da multa aplicada;

(c) Que o processo fosse baixado em diligência, de modo que lhe fossem apresentados os motivos que levaram à desconsideração das declarações efetuadas;

(d) Que lhe fosse dada oportunidade de se manifestar sobre esses fatos, antes da nova decisão de primeira instância.

Inicialmente distribuído ao Ilmo. Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, o presente processo foi incluído em pauta de julgamento de 18 de abril de 2013, na qual os julgadores da então composição desta r. Turma, decidiram, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência por meio da Resolução nº. 2401-000.275 (fls. 4316/4325), nos termos do voto da Redatora Designada Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, conforme abaixo:

(...) Ou seja, existe realmente um descompasso entre as informações trazidas pelo auditor fiscal em seu relatório e aquelas utilizadas pelo órgão julgador para manutenção do lançamento, contudo, não entendo que isso implica a nulidade da referida decisão ou mesmo do lançamento, necessitando apenas sejam prestados esclarecimentos, de forma a possibilitar ao contribuinte ter apreciadas suas alegações, e os documentos colacionados aos autos.

Não identifico na referida decisão, nulidade, tendo o julgador esclarecido ao recorrente que a entrega posterior de novas GFIP na mesma chave, implica sobreposição das mesmas, apagando-se dos sistemas da Receita Federal as informações anteriores. Todavia, o recorrente, alega não ter sido informado dessa sobreposição durante o procedimento fiscal, o que realmente não consta do relatório, fato que criou obstáculo aos seus argumentos, impossibilitando o pleno exercício do direito de defesa. É nesse ponto, que entendo devam ser prestados esclarecimentos detalhados entre os documentos GFIP que o contribuinte diz ter entregue para declarar os fatos geradores e aqueles descritos pelo auditor fiscal como constantes do sistema e que servirão de base para a comparação entre os valores declarados, não declarados e recolhidos.

É nesse ponto, que entendo ser desnecessária a declaração de nulidade, visto que tal fato poderá ser sanado por meio de uma diligência, na qual seja O RECORRENTE INTIMADO: a apresentar planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega; em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada; Deve ser enfatizado ao recorrente, que o mesmo não deverá indicar na planilha apenas, as GFIPs que alega ter entregue, para rebater o lançamento, mas todas as GFIP, por ele transmitidas em cada competência.

De posse desses documentos (planilha contendo as informações), deverá auditor elaborar nova planilha, agora incluindo, os valores das bases de cálculo apuradas durante o lançamento nos documentos apresentados pela empresa e da GFIP constante nos sistemas da Receita.

Entendo que dessa forma, poderemos esclarecer no lançamento em questão, o que foi apurado de base, as GFIP entregues, a GFIP entregue por último, e a GFIP constante do SISTEMA.

Dito fato, embora trabalhoso, mostra-se necessário, uma vez que descreveu a autoridade fiscal ter apreciado as GFIPs apresentadas pelo contribuinte durante o procedimento e não ter mencionado a sobreposição das mesmas em seu relatório, quando utilizou as informações dos sistemas da Receita para comparar com os fatos geradores apurados durante o procedimento.

Ademais, apenas com esse comparativo será possível afastar ou acatar os argumentos do recorrente de que não houve entrega de novas GFIPs capazes de sobrepor as anteriores, e da impossibilidade de lançar no presente AIOP valores já declarados.

Por fim, apenas no intuito de esclarecer, foi colacionado recentemente pelo recorrente uma planilha, com informações semelhantes, porém apenas, destacou as GFIP que o mesmo alega ter entregue, sem prestar informações sobre outras GFIP

entregues para a mesma competência, razão pela qual imprescindível a diligência requerida.

Após a auditoria emitir suas conclusões, verificando inclusive os documentos acostados após a apresentação do recurso, deverá ser facultado a empresa o prazo legal para manifestação e, somente após esse contraditório, cabe a emissão de nova decisão de primeira instância.

Em cumprimento à Resolução nº. 2401-000.275 (fls. 4316/4325), foi elaborado o Termo de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento (fls. 4629 e ss), sendo apresentadas as seguintes conclusões:

Com relação a planilha de Base de Cálculo apurada e GFIPs válidas já constam no Relatório Fiscal que acompanhou os lançamentos dos AI – Autos de Infração em questão, inclusive detalhando competência, segurando, NIT, estabelecimento, base de cálculo declarada e não declarada, contribuição de segurado declarada e não declarada e diferenças apuradas.

Lembramos que todas as GFIPs entregues constam no sistema, sejam válidas ou substituídas, sendo considerada válida aquela entregue por último à época do lançamento.

Em 18/03/2014 o contribuinte apresentou relação de GFIPs entregues (anexa ao processo nesta data) porém só relacionou as primeiras de cada estabelecimento e não todas como solicitado, inclusive com os códigos de entrega divergentes aos que constam no sistema, portanto não atendeu as solicitações do Termo de Início de Procedimento Fiscal de 03/02/2014 que intimava o sujeito passivo a:

Apresentar planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega, em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada. INDICAR NA PLANILHA TODAS AS GFIPs ENTREGUES (TRANSMITIDAS) EM CADA COMPETÊNCIA E NÃO SOMENTE AS ALEGADAS PARA REBATER O LANÇAMENTO DE CRÉDITO.

Diante do exposto, estamos procedendo ao encerramento da presente diligência fiscal mantendo os lançamentos dos Autos na sua totalidade e dando ciência ao contribuinte supracitado, por via postal com Avisos de Recebimento – AR, da diligência, do seu encerramento e do resultado da diligência, cientificando também o contribuinte do prazo de 10 (dez) dias, conforme art. 44, Lei 9.784 de 29/01/1999, para, caso não concorde com os resultados desta diligência, apresentar contra-razões por escrito, nos Centros de Atendimento ao Cliente – CAC, conforme segue: (...)

Intimado a se manifestar, o contribuinte apresentou a petição de fls. 4647/4649, reiterando as alegações tecidas na Impugnação e no Recurso Voluntário.

Houve a apresentação de embargos de declaração (fls. 6094/6104), em face da Resolução nº. 2401-000.275 (fls. 4693/4704) que determinou a conversão do feito em diligência, sendo rejeitados (fls. 4719/4724).

Por entender pela insuficiência das conclusões apresentadas no Termo de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento (fls. 4629 e ss), em sessão de julgamento realizada no dia 09/05/2017, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, houve por bem prolatar a Resolução nº 2401-000.575 (fls. 4736/4744), novamente convertendo o feito em diligência, nos termos que seguem:

- a) Para que a fiscalização, admitindo que não há nestes autos as informações que ora se requer, apresente planilha com as bases de cálculo por competência utilizadas no lançamento, bem como todas as GFIP's que constam nos sistemas da RFB e as GFIP's utilizadas como parâmetro para o presente lançamento (ou seja, a última entregue e considerada válida no sistema informatizado da RFB);*
- b) Acaso a fiscalização identifique que em alguma das competências houve a ocorrência de entrega de GFIP antes do procedimento fiscal, não considerada na lavratura do Auto de Infração e que seja capaz de alterar o lançamento, que também faça constar referida informação no resultado da diligência; e*
- c) Que seja a Recorrente intimada para se pronunciar sobre quais GFIP's teriam sido entregues e que não sejam aquelas utilizadas pela fiscalização como parâmetro do lançamento, que não constem na planilha a vir a ser elaborada pela fiscalização, com a devida prova de suas alegações.*

Posteriormente, em cumprimento à diligência fiscal requerida, foi lavrado o Termo de Início de Procedimento Fiscal – Diligência (fls. 4750), que houve por bem intimar o contribuinte para apresentar planilha detalhada, por competência e por estabelecimento, relacionando cada uma das GFIPs entregues e informando, para cada respectiva GFIP, o seu Número de Controle da GFIP, a sua data de entrega, a competência a que se refere, o código de entrega e a base de cálculo declarada.

Regularmente intimado, o contribuinte requereu, no dia 17/08/2017, a solicitação de prazo suplementar de 60 (sessenta) dias (fls. 4752).

Em seguida, houve a lavratura do Termo de Reintimação Fiscal (fls. 4767), tendo sido o contribuinte notificado no dia 13/10/2017 (fls. 4768).

Novamente, o contribuinte requereu a prorrogação do prazo para atendimento da intimação, por mais 20 (vinte) dias (fls. 4769).

Após o escoamento do prazo solicitado, no dia 29/01/2018, a diligência foi encerrada e formalizada no documento Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792), no qual a autoridade fiscal reforçou a procedência integral do lançamento, tendo sido o contribuinte intimado a se manifestar, no prazo de 10 (dez) dias (fls. 4775), em 05/02/2018 (fls. 4793).

Até a presente data o contribuinte não se manifestou.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário, sendo redistribuídos a este Relator, tendo em vista que o Conselheiro, anteriormente designado, não mais integra o colegiado.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

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. Conexão.

Esclareço que, nos termos do art. 6º, § 1º, I, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, o presente processo é conexo com o Processo nº 19515.000841/2011-14 que é constituído pelos Autos de Infração a seguir descritos e que foram lavrados pela Fiscalização com base nos mesmos elementos de prova:

AIOP DEBCAD nº 37.263.248-3: Auto de Infração de Obrigação Principal, relativo às contribuições sociais, incidentes sobre remunerações pagas ou creditadas a segurados empregados e contribuintes individuais (administradores e autônomos) não recolhidas nas épocas próprias à Seguridade Social, referente a contribuição da empresa e financiamento das prestações por acidente do trabalho, no montante de R\$8.970.635,02 (Oito milhões, novecentos e setenta mil, seiscentos e trinta e cinco reais e dois centavos), incluindo juros e multa, abrangendo as competências 01/2008 a 04/2009, consolidado em 23/03/2011.

AIOP DEBCAD nº 37.263.249-1: Auto de Infração de Obrigação Principal, referente a parte dos segurados empregados e contribuintes individuais (administradores e autônomos) não recolhidas à Seguridade Social, não se tratando de apropriação indébita, visto que a empresa no período recolheu GPS num montante superior ao retido de seus segurados (empregados e contribuintes individuais). O crédito previdenciário atingiu o montante de R\$45.608,12 (Quarenta e cinco mil, seiscentos e oito reais e doze centavos), no período de 01/2008 a 04/2009.

AIOP DEBCAD nº 37.263.250-5: Auto de Infração de Obrigação Principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre remunerações pagas ou creditadas a segurados empregados, destinadas a terceiros (SALÁRIO EDUCAÇÃO, INCRA, SESC, SENAC e SEBRAE), no montante de R\$2.307.964,90 (Dois milhões, trezentos e sete mil, novecentos e sessenta e quatro reais e noventa centavos), incluindo juros e multa, abrangendo as competências 01/2008 a 04/2009, consolidado em 23/03/2011.

Por fim, destaco que ambos os processos foram redistribuídos a este Relator.

3. Considerações iniciais.

O julgador administrativo deve fundamentar suas decisões com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que a motivam (art. 50 da Lei nº 9.784/99), observando, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (art. 2º da Lei nº 9.784/99).

O dever de motivação oportuniza a concretização dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CR/88), abrindo aos interessados a possibilidade de contestar a legalidade do entendimento adotado, mediante a apresentação de razões possivelmente desconsideradas pela autoridade na prolação do *decisum*.

Para a solução do litígio tributário, deve o julgador delimitar, claramente, a controvérsia posta à sua apreciação, restringindo sua atuação apenas a um território contextualmente demarcado. Os limites são fixados, por um lado, pela pretensão do Fisco e, por outro lado, pela resistência do contribuinte, que culminam com a prolação de uma decisão de primeira instância, objeto de revisão na instância recursal.

Para solucionar a lide posta, o julgador se vale do livre convencimento motivado, resguardado pelos artigos 29 e 31 do Decreto nº 70.235/72. Assim, não é obrigado a manifestar sobre todas as alegações das partes, nem a se ater aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando possui motivos suficientes para fundamentar a decisão. Cabe a ele decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, das provas, da jurisprudência, dos aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.

Caso o recorrente discorde da decisão proferida por este Colegiado, pode, ainda: (a) opor embargos de declaração no caso de “obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a turma” (art. 65 do RICARF); ou (b) interpor Recurso Especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, desde que demonstre a existência de decisão de outra Câmara, Turma de Câmara, Turma Especial ou a própria CSRF que dê a à lei tributária interpretação divergente (art. 67 do RICARF).

4. Do pedido de juntada de documentos na fase recursal.

Adentrando-se na questão probatória pertinente aos autos, o contribuinte, em sede de Recurso Voluntário, requereu, novamente, a juntada das GFIPs transmitidas, referentes ao período de 01/2008 a 04/2009, devidamente impressas, bem como, na oportunidade, Guias de Recolhimento do FGTS, além das GFIPs no formato digital, devidamente validadas pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais, versão 3.0.9 (2012.03.22), conforme Recibo de Entrega de Arquivos Digitais.

Ademais, após a apresentação do apelo recursal, em petição de fls. 4289/4311, o contribuinte requereu a juntada e apreciação do Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada, documento interno e disponibilizado pela Receita Federal do Brasil de Jales (SP), após requerimento formal e recolhimento das respectivas custas. Na mesma oportunidade, requereu a juntada de “Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas”, de todas as filiais e respectivas competências, acompanhada de informações detalhas na forma de “Anexo” e “Notas Explicativas”.

Esclareço que, nos termos do art. 16, § 4º, do Decreto nº 70.235/72, a prova documental será apresentada na Impugnação, precluindo o direito da prática do ato em outra oportunidade, a menos que: (a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Ademais, o § 5º, do mesmo dispositivo legal, transfere ao litigante, o ônus de demonstrar, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas para que a autoridade julgadora aceite a juntada posterior de documentos, após apresentada a Impugnação.

Assim, tendo em vista que o Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada se trata de documento novo, não se encontrando anteriormente à disposição do contribuinte, não vejo óbices para sua juntada. Na mesma toada, autorizo a juntada da Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas”, de todas as filiais e respectivas competências, acompanhada de informações detalhas na forma de “Anexo” e “Notas Explicativas”, eis que elaborada com base no Relatório denominado CVALDIV.

Da mesma forma, não vejo óbice para autorizar a juntada das GFIPs no formato digital, eis que o contribuinte, anteriormente, já apresentara as GFIPs devidamente impressas, com apuração do saldo consolidado por competência. Também não vejo óbices para a juntada das Guias de Recolhimento do FGTS, eis que tais documentos colaboram para o atingimento do princípio da verdade material que predomina no processo administrativo, no sentido de buscar e descobrir se realmente ocorreu o fato gerador e sua real expressão econômica. Tais documentos são pertinentes, pois se destinam a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Ademais, com isso, evitam-se eventuais discussões acerca do cerceamento do direito de defesa, garantindo ao contribuinte a ampla possibilidade de instrução probatória. Esclareço, contudo, que tal fato não implica em acatar os argumentos de defesa, tendo em vista que o julgador é livre para formar seu convencimento e valorar a prova.

5. Preliminares.

5.1. Da arguição de nulidade do auto de infração em razão de suposta deficiência no Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.

O contribuinte sustenta que houve erro do agente autuante, ao apontar em seu relatório que levou em consideração para lavratura do presente auto, o período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, quando na verdade não solicitou nenhuma documentação desse período, de maio de 2009 a novembro de 2009, até porque o Mandado de Procedimento Fiscal não teria contemplado esse período para fiscalização, não podendo servir de base para lavratura do presente auto.

Contudo, conforme esclareceu a decisão de piso, o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.90.002010001548, emitido em 18 de janeiro de 2010 para fiscalização de Tributos/Contribuições: Contribuições Previdenciárias e para Outras Entidades e Fundos, inicialmente previsto para apuração do período de 01/2006 a 04/2009, foi alterado por três vezes, ou seja, 25/05/2010, 16/12/2010 e 25/02/2011. A alteração ocorrida em 25/02/2011 serviu para incluir os seguintes tributos: IRPJ para o período de 01/2007 a 12/2008 e CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS, para o período 05/2009 a 12/2010.

Ressalta-se, que apesar de o agente autuante mencionar em seu Relatório Fiscal o período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, o valor da multa lançada, no montante de R\$ 586.574,45, diz respeito somente aos fatos geradores compreendidos entre janeiro a novembro de 2008 (fls. 477), cujas competências nos Autos de Infração de Obrigação Principal foram beneficiadas com a multa de mora de 24% (vinte e quatro por cento).

Assim, a menção a período diverso do autuado, trata-se de mero erro material que não prejudicou o exercício da ampla defesa pelo contribuinte.

Ademais, é assente neste Conselho o entendimento segundo o qual o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) constitui mero instrumento de controle criado pela Administração Tributária, sendo assim, irregularidades em sua emissão ou prorrogação não são motivos suficientes para anular o lançamento que se constitui em ato obrigatório e vinculado, sob pena de responsabilidade funcional por parte do agente fiscal.

5.2. Da arguição de nulidade do auto de infração e da decisão de primeira instância em decorrência do cerceamento do direito de defesa e contraditório. Pedido de prova pericial.

Alega o recorrente, a nulidade do lançamento efetuado pela fiscalização, bem como do acórdão proferido pela decisão de primeira instância, por entender que vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, com resultado danoso ao seu interesse defensivo, pela surpresa de fatos novos imputados, sem prova, e colhidos informalmente, após a apresentação da impugnação.

Assim, entende que, no desenrolar do processo administrativo, deveria ter sido notificado ou intimado para se manifestar pessoalmente ou por meio do seu advogado, tomando ciência dos novos fatos, documentos, aferições procedidas e das informações colhidas de maneira informal e extemporânea, pelo Julgador, principalmente dos fatos que culminaram no redirecionamento do relato fiscal e no julgamento do feito, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, defende que sua intimação era imprescindível para que pudesse apresentar e opor argumentos e/ou documentos acerca da diligência informal empreendida pelo Julgador que apontou falhas no sistema de transmissão das GFIPs (transmissão de novas GFIPs e/ou GFIPs retificadoras que substituíram as anteriores), fato de importância que, no seu entendimento, alterou o auto de infração e corroborou para a manutenção da referida exigência.

Ademais, sustenta ter o direito incondicional de produzir e requerer as diligências e perícias necessárias para contrapor os novos elementos elencados e imputados pelo julgador, inclusive a apresentação de provas que estariam na posse do ente administrativo.

Pois bem. Entendo que a questão se encontra superada, tendo sido outorgado ao contribuinte, durante o processo administrativo, a mais ampla possibilidade de produção de provas, além do exercício do contraditório, não havendo que se falar em prejuízo à ampla defesa.

Vale lembrar que após a apresentação do apelo recursal, em petição de fls. 4289/4311, o contribuinte requereu a juntada e apreciação do Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada, documento interno e

disponibilizado pela Receita Federal do Brasil de Jales (SP), após requerimento formal e recolhimento das respectivas custas. Na mesma oportunidade, requereu a juntada de “Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas”, de todas as filiais e respectivas competências, acompanhada de informações detalhas na forma de “Anexo” e “Notas Explicativas”.

É ver, ainda, que com a prolação da Resolução nº. 2401-000.275 (fls. 4316/4325), de lavra desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, o contribuinte foi intimado a prestar esclarecimentos sobre as divergências verificadas entre as GFIPs apresentadas e os dados constantes no sistema informatizado da Receita Federal.

Ato contínuo, sobreveio a instauração do Mandado de Procedimento Fiscal – Diligência nº 08.1.90.00-2014-00205-0 (fls. 4338), com a consequente intimação do contribuinte, por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 6054 do Processo nº 19515.000841/2011-14), a apresentar: planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência, com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega e em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada; sendo necessário, ainda, indicar na planilha todas as GFIPs entregues (transmitidas) em cada competência e não somente as alegadas para rebater o lançamento de crédito.

O contribuinte, após requerer a prorrogação de prazo para atendimento da intimação (fls. 4359/4360), compareceu aos autos, requerendo a juntada da planilha elaborada conforme solicitação fiscal (fls. 4367/4628), contendo: (i) GFIPs entregues por competência (mês e estabelecimento); (ii) Data de entrega de cada GFIP; (iii) Código de entrega de cada GFIP; (iv) Base de cálculo declarada em cada GFIP.

Em seguida, foi lavrado o Termo de Ciência de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento de Diligência Fiscal nº 08.1.90.00-2014-00205-0 (fls. 4629/4631), tendo sido o contribuinte devidamente intimado para se manifestar sobre o resultado da diligência, no prazo de 10 (dez) dias, o que foi feito no dia 04/04/2014 (fls. 4647/4649).

Ademais, o presente feito foi novamente convertido em diligência, por meio da Resolução nº 2401-000.575 (fls. 4736/4744), de lavra desta 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, tendo sido o contribuinte intimado em duas oportunidades para prestar esclarecimentos (fls. 4750 e 4767), quedando-se, contudo, inerte, mesmo após ter solicitado a prorrogação de prazo (fls. 4752 e 4769).

Como consequência, houve a formalização do Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792), encaminhado para o contribuinte, oportunizando-se, sua manifestação, também no prazo de 10 (dez) dias (fls. 4775), tendo tomado ciência no dia 05/02/2018 (fls. 4793), quedando-se, também, inerte.

Pois bem. Vale lembrar que a fiscalização utilizou para cálculo dos valores das contribuições as informações constantes em GFIP, bem como o valor das remunerações pagas pela empresa e seus segurados informadas nas folhas de pagamento, nas planilhas de contribuintes individuais e na contabilidade da empresa, conforme pode-se verificar no Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 24/25).

Dos valores apurados foram abatidos do lançamento os valores recolhidos pelo contribuinte nas respectivas guias de Recolhimento – GPS, conforme Relatório de

Apropriação de Documentos Apresentados – RADA (fls. 213 a 260 do Processo nº 19515.000841/2011-14).

Constato que foi oportunizado ao contribuinte o devido processo legal e a ampla possibilidade de instrução probatória, não havendo qualquer nulidade no presente feito, estando íntegro o acórdão proferido pela decisão de piso. Friso que o exercício da ampla defesa, se não exercido, foi por opção do contribuinte, tendo sido outorgado durante o curso do processo administrativo a mais ampla oportunidade para se manifestar e comprovar suas alegações.

Ademais, 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 nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo, após a conversão do feito em diligência, o que ocorreu em duas oportunidades.

Nesse desiderato, destaco que a conversão do julgamento em diligência ou eventual pedido de produção de prova pericial não serve para suprir ônus da prova que pertence ao próprio contribuinte, dispensando-o de comprovar suas alegações. Deve haver um lastro mínimo de indício probatório e que exija conhecimentos técnicos ou científicos para fins de autorizar o deferimento de prova pericial, não sendo a hipótese dos autos.

Dessa forma, entendo que o presente feito não demanda maiores investigações e está pronto para ser julgado, dispensando, ainda, a produção de prova pericial técnica, por não depender de maiores conhecimentos científicos, podendo a questão ser resolvida por meio da análise dos documentos colacionados nos autos, bem como pela dinâmica do ônus da prova, conforme se verá.

E, ainda, o feito em questão perdura desde o ano de 2011, sendo dever dos conselheiros observar o devido processo legal, assegurando às partes igualdade de tratamento e zelando pela **rápida solução do litígio** (art. 41, III, Anexo II, do RICARF).

6. Mérito.

Estando devidamente superadas e enfrentadas as questões acima, passo a analisar o mérito.

6.1. Da alegação de que o débito apurado já foi declarado em GFIP.

Conforme consta no Relatório Fiscal de fls. 377/379 do Processo nº 19515.000841/2011-14, que diz respeito aos Autos de Infração de Obrigação Principal, conexo com o presente Auto de Infração de Obrigação Acessória, a acusação fiscal está lastreada pelos seguintes fundamentos e elementos de prova que elucidam didaticamente o caminho percorrido pela fiscalização para se chegar ao montante autuado:

(a) Os valores das contribuições apuradas tiveram origem nos montantes mensais lançados nas folhas de pagamento, planilhas de contribuintes individuais apresentadas e em sua contabilidade nas contas dos Grupos 3.1.01.01.01 – Mão de Obra (Custo),

5.1.01.01.01 – Despesas de Pessoal, 3.1.01.05.01 – Serviços de Terceiros Pessoa Física, 5.2.02.01.01.00003 – Comissões sobre Vendas;

(b) Os pagamentos efetuados, não declarados em GFIP – Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações sobre a Previdência Social podem ser observados de forma individualizado na planilha anexa aos autos;

(c) Foram utilizados os seguintes códigos de levantamento: IN – Contribuintes Individuais não declarados em GFIP com multa de mora de 24%; NI – Contribuintes Individuais não Declarados em GFIP com multa de ofício de 75%; ND – Segurados empregados não declarados em GFIP com multa de ofício de 75%; e SN – Segurados empregados não declarados em GFIP com multa de mora de 24%; NT – Transportador Autônomo Não Declarado em GFIP com multa de ofício de 75% e TN – e Transportador Autônomo Não Declarado em GFIP com multa de mora de 24%;

(d) Foi feita a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa, aplicando-se sempre a mais benéfica ao contribuinte, situação anterior à MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, e situação atual, conforme determina o artigo 106, II, alínea “c” do CTN – Lei nº 5.172/66 (tabela comparativa);

(e) Serviram de base para análise e apuração do crédito: as contas contábeis do contribuinte (elencadas acima), GFIPs constantes no sistema da Previdência Social, planilhas de pagamento a Contribuintes Individuais e Folhas de Pagamento apresentadas.

Já no Relatório Fiscal de fls. 24/25, referente ao presente Processo que diz respeito ao Auto de Infração de Obrigação Acessória, consta que:

(a) No exame das GFIP – Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, verificou-se que a empresa entregou no período compreendido entre janeiro de 2008 a novembro de 2009 GFIP de seus segurados não informando todos os valores de Base de Cálculo (BC) de seus segurados empregados e contribuintes individuais constantes das folhas de pagamento apresentadas e respectivos lançamentos contábeis, ocorrendo omissão parcial de informação na GFIP;

(b) A multa aplicada está prevista no artigo 32, § 5º da Lei nº 8.212/91 c/c artigo 284, II, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 e alterado pelo Decreto nº 4.862/03, e corresponde a R\$ 586.574,45, valor com atualização feita pela Portaria Interministerial MPS/MF 568 de 31/12/2010, por fora do artigo 373 do RPS;

(c) Quanto às contribuições sociais referentes aos contribuintes individuais (administradores e autônomos), a parte referente à contribuição do segurado foi calculada individualmente de acordo com a alíquota vigente à época (11%), respeitando-se o limite estabelecido; na contribuição patronal foi utilizada a alíquota de 20%, aplicada sobre a base de cálculo não declarada; já para os segurados empregados, a parte referente à contribuição do segurado foi calculada individualmente respeitando-se as alíquotas e limites nas épocas próprias, para a parte patronal a alíquota aplicada foi de 20% para a empresa e 3% SAT/RAT sobre as bases de cálculo não declaradas;

(d) No período em questão, o número de segurados da empresa a enquadrava na faixa de 1001 a 5000 segurados (35 vezes o Valor Mínimo), para efeito de limite do valor da multa, consoante legislação, correspondente a R\$ 53.324,95 por competência;

(e) Foi respeitado o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN que trata da retroatividade benigna.

Pois bem. Insurgindo-se contra o presente lançamento, o recorrente traz como principal argumento de mérito para elidir a acusação fiscal, a alegação no sentido de que o débito levantado de ofício já estava declarado pelo contribuinte em sua GFIP, apresentada, tempestivamente, não incorrendo, portanto, na conduta infracional apontada pelo fisco.

Para reforçar sua alegação, o contribuinte juntou, aos autos, durante o curso do processo administrativo, os seguintes documentos:

- GFIPs (fls. 538/741);

- GFIPs transmitidas, referentes ao período de 01/2008 a 04/2009, devidamente impressas, bem como as Guias de Recolhimento do FGTS, além das GFIPs no formato digital, devidamente validada pelo Sistema de Validação e Autenticação de Arquivos Digitais, versão 3.0.9 (2012.03.22) (fls. 931/4284);

- Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada e “Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas”, de todas as filiais e respectivas competências, acompanhada de informações detalhas na forma de “Anexo” e “Notas Explicativas” (fls. 4289/4311).

E, ainda, após a primeira conversão do julgamento em diligência, com a prolação da Resolução nº 2401-000.275 (fls. 4316/4325), o contribuinte fez a juntada de planilha (fls. 4367/4628), contendo: (i) GFIPs entregues por competência (mês e estabelecimento); (ii) Data de entrega de cada GFIP; (iii) Código de entrega de cada GFIP; (iv) Base de cálculo declarada em cada GFIP.

Contudo, entendo que os documentos apresentados pelo contribuinte, longe de ilidirem a acusação fiscal, reforçam o acerto do lançamento. Isso porque, as GFIPs juntadas aos autos pelo recorrente, de fato, foram “excluídas” ou “substituídas” por outras, de modo que para afastar o presente lançamento, não basta a juntada de GFIPs, exigindo, ainda, que sejam as últimas GFIPs transmitidas, pois somente essas é que são consideradas válidas. É ver os exemplos abaixo:

Competência	Número de Controle da GFIP	Situação
01/2008	FquEK6tcwUB0000-5	Exportada – Excluída
02/2008	MtZfF1mn6710000-0	Exportada – Substituída
03/2008	HfbnsASOww80000-7	Exportada – Excluída
04/2008	BwQFC0q8Isv0000-6	Excluída – Não Exportada
05/2008	MKQYG1SfGSR0000-5	Exportada - Excluída

01/2009	PebUdnr5Zsm0000-7	Exportada - Substituída
02/2009	Hut7cw84g7O0000-2	Exportada - Substituída
03/2009	OuK92EBvHF50000-3	Exportada - Substituída
04/2009	Mhvn9h8agXK0000-6	Exportada – Substituída
01/2008	IOWuHt0A0SY0000-5	Exportada – Excluída
01/2009	FkwNbH0Dr570000-0	Exportada - Substituída

A conclusão acima foi, inclusive, a mesma do Acórdão nº 16-35.485 – de lavra da 12ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 1566/1585 do Processo nº 19515.000841/2011-14) que diz respeito aos conexos Autos de Infração de Obrigação Principal, bem como do Termo de Ciência de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento da 1ª Diligência Fiscal (fls. 4629/4631), e, ainda, do Relatório de Encerramento da 2ª Diligência Fiscal (fls. 4772/4792). É ver os seguintes excertos:

Acórdão nº 16-35.485 – 12ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 1566/1585 do Processo nº 19515.000841/2011-14)

(...)

Ocorre que, com o intuito de verificarmos as GFIP's entregues pela Impugnante, para confrontarmos os valores por ela declarados e os apurados pela fiscalização, consultamos o sistema informatizado da Receita Federal do Brasil e constatamos que embora a empresa tenha juntado na defesa cópias de GFIP's por ela declaradas, entregou na rede bancária novas GFIP's, apagando do sistema as informações anteriormente prestadas.

Tomando-se como exemplo a competência 10/2008, do Estabelecimento CNPJ nº 65.791.980/000133 verifica-se que a empresa entregou 4 GFIP's para esta competência entre 05/11/2008 e 14/06/2009, sendo duas com o FPAS 612 e duas com o FPAS 515; código de recolhimento 115.

Sendo assim, muito embora a empresa tenha declarado informações nas GFIP; ter alegado e juntado na defesa GFIP que abrangem o período do débito aqui discutido, tais informações não constam mais do sistema informatizado da RFB, tendo sido apagadas pelo Contribuinte.

Vale esclarecer ainda que 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.

Tivesse a empresa entregue GFIP's na forma estabelecida pelo Manual da GFIP, não haveria substituição das GFIP's entregues anteriormente.

Diligência Fiscal nº 08.1.90.00-2014-00205-0 (fls. 4629/4631)

(...)

Resultado do Procedimento Fiscal:

O contribuinte entregou e vem entregando novas GFIPs para os diversos estabelecimentos e competência que acabam por alterar as bases de cálculo e conseqüentemente os valores devidos, e em nenhum momento verifica-se que o contribuinte ao entregar as GFIPs retificadoras observou o que determina o Manual da GFIP/SEFIP especificamente o Capítulo V – RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES Item 1 – ORIENTAÇÕES GERAIS PARA RETIFICAÇÃO VIA GFIP/SEFIP.

Relatório de encerramento de diligência fiscal (fls. 4772/4792)

(...)

Portanto a sistemática de retificações da GFIP (transmissão de novo arquivo SEFIPCR.SFP, contendo todos os fatos geradores) data de 2005 (não tendo sido modificado até o presente), sendo que a empresa objeto dos lançamentos fiscais NÃO efetuou as retificações das suas GFIPs de acordo com a legislação, ou seja, transmitiu novos arquivos SEFIPCR.SFP informando apenas parte dos fatos geradores, por esse motivo houve a lavratura de Autos de Infração referentes à obrigação acessória.

Ademais, conforme esclarecido no Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792), não se constatou em nenhuma competência a ocorrência de entrega de GFIP antes do procedimento fiscal, não considerada na lavratura do Auto de Infração e que fosse capaz de alterar o lançamento.

Em resumo, as GFIPs devidamente “exportadas”, foram consideradas na apuração do débito, sendo que os valores ali constantes não foram utilizados para o cálculo das contribuições referentes à “Obrigação Principal”, evitando-se, com isso, sua constituição em duplicidade. Conforme esclarecido, a fiscalização efetuou o lançamento das Contribuições Previdenciárias considerando os valores das remunerações pagas pela empresa a seus segurados, informados nas folhas de pagamento, nas planilhas de contribuintes individuais e na contabilidade da empresa.

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.

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, como bem esclarecido pela decisão de piso, 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.

O Órgão Julgador de 1ª Instância, nos autos do Processo nº 19515.000841/2011-14, que diz respeito aos conexos Autos de Infração de Obrigação Principal, consultando o sistema SEFIP/GFIP, constatou que, para as competências do período fiscalizado, a empresa autuada declarou inúmeras GFIPs para a mesma competência,

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.

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.

sobrepondo-se umas às outras, todas preenchidas em desacordo com as orientações sobre chave de GFIP/SEFIP e modalidades, nos subitens 7.1 e 7.2 no Capítulo I do Manual da GFIP.

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.

Nesse sentido, malgrado o Recorrente alegue ter declarado os fatos geradores nas GFIPs do período em questão, não se tratam das últimas GFIPs transmitidas e consideradas válidas, pois foram substituídas ou excluídas.

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.

O 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. Comprovar a declaração em GFIP, mas que não seja GFIP válida (última transmitida), não é o suficiente para afastar a acusação fiscal.

Alerta-se, ainda, que todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao período fiscalizado, encontram-se registrados no Relatório de Documentos Apresentados (fls. 345/359 do Processo nº 19515.000841/2011-14) e que foram considerados pela fiscalização quando dos lançamentos efetuados, não sendo possível arguir a exigência de cobrança em duplicidade.

Nesse sentido, as diferenças de contribuições sociais apuradas no lançamento tributário não foram declaradas em GFIPs correspondentes, antes do início do procedimento fiscal, tampouco recolhidas em Guias da Previdência Social – GPS.

Descabe, ainda, a alegação do recorrente no sentido responsabilizar o Fisco ou a Instituição Bancária responsável pela suposta transmissão das GFIPs, pois é o próprio contribuinte que tem o dever de zelar pelo bom e efetivo cumprimento de suas obrigações tributárias, não sendo possível transferir responsabilidade que lhe é imposta, por força de lei, a terceiros.

E, ainda, apesar de o contribuinte defender com veemência que desconhece a existência eventuais GFIPs retificadoras, no curso do processo administrativo, acaba por reconhecer sua existência, afirmando, contudo, que o ônus de sua juntada nos autos seria da própria fiscalização. É ver o seguinte trecho da manifestação de fls. 4647/4649, protocolizada no dia 04/04/2014:

Finalmente, vale ressaltar que a não apresentação pela requerente de eventuais GFIP's retificadoras, não pode ter o

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.

condão de validar a lavratura do Auto de Infração, posto ser flagrante a sua nulidade.

Ademais, conforme consta no relatório de encerramento do procedimento fiscal ora impugnado, o sr. Auditor fiscal afirma que “todas as GFIP’s entregues constam no sistema, sejam válidas ou substituídas (...)”, o que demonstra cabalmente que todas as informações solicitadas (GFIP’s entregues por competência, data de entrega, código de entrega e base de cálculo declarada de cada GFIP) constam no banco de dados da Previdência Social, inexistindo, portanto, qualquer óbice para que o sr. Auditor atendesse a determinação emanada do Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e que deu origem a presente diligência, qual seja, a elaboração de nova planilha esclarecendo os lançamentos em questão e sua manifestação quanto aos documentos juntados posteriormente a apresentação do recurso, consistente no Relatório “CVALDIN”, documento interno da Receita Federal comprobatório de que não existe nenhuma divergência dos valores declarados espontaneamente pelo contribuinte, com os que constam nos bancos de dados da Previdência Social, que pudesse ensejar ou justificar o aditamento e alteração substancial do auto de infração.

E, ainda, o próprio contribuinte, em resposta ao Termo de Início de Constatação RPF/MPF nº 08.1.90.00.2014.00205-0 (fls. 4367/4628), por meio de consulta ao sistema DATAPREV GFIP WEB – Usuário UI21404/0935880, demonstrou ter absoluta ciência da existência das GFIPs retificadoras (fls. 4385/4606), fato anteriormente negado, uma vez que alegou ter sido surpreendido, com essa informação, tão somente durante o curso do processo administrativo.

Ademais, após a elaboração do Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792) pela autoridade fiscal, como resultado da 2ª Conversão do Julgamento em Diligência, o contribuinte foi intimado no dia 05/02/2018 (fls. 4793) para se pronunciar sobre “quais GFIPs teriam sido entregues e que não sejam aquelas utilizadas pela fiscalização como parâmetro do lançamento, que não constem na planilha elaborada pela fiscalização, com a devida prova de suas alegações”, sendo que permaneceu inerte, mostrando desinteresse na instrução probatória.

Por outro lado, a alegação de que o ônus de colacionar aos autos as GFIPs substitutas seria do fisco que possui o controle das informações fiscais, merece profundas ressalvas. O princípio da verdade material exige que o fisco busque as provas para fundamentar suas alegações, mas o contribuinte tem também a obrigação de colaborar para que a realidade dos fatos venha a prevalecer, sobretudo quando a prova é de seu próprio interesse.

Entendo que 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 lançamento, ou, ainda, apresentar as GFIPs retificadoras com a declaração dos respectivos fatos geradores e com validade perante o sistema da Receita Federal, ou, até mesmo, a existência de eventuais erros de declaração, **ônus esse que não se desincumbiu.**

Nesse ponto, vale transcrever as lições de Fabiana Del Padre Tomé⁵:

Tendo em vista ser a prova uma espécie de fato que se reporta a outro enunciado fático, motivando o fato jurídico em sentido estrito, apresenta-se a prova como elemento indispensável para a regular constituição do fato jurídico em sentido estrito, no âmbito de norma jurídica em sentido estrito [mais especificamente, de norma individual e concreta].

Tal conclusão aplica-se ainda que a assertiva seja referente a fatos negativos. A negação de um fato jurídico exige determinação no tempo e no espaço, caracterizando aquilo que Devis Echandía denominou negativas formais, por seu conteúdo implicar afirmação de fato positivo contrário ao alegado pela parte adversa. Semelhante é o posicionamento de Nicola Framarino dei Malatesta, para quem “a negação de uma determinada qualidade e a de um direito determinado são sempre formais”. Esclarece o autor: “Não se nega a qualidade de branco a um objeto, senão para asseverar que sua cor é vermelha, verde, amarela, ou qualquer outra, contrária ao branco. A negação de uma qualidade é sempre, portanto, formal, tendo por conteúdo imediato, a afirmação de uma outra qualidade. [...] A existência real de todo direito concreto está sempre ligada à existência de condições positivas.

*Por isso, de um lado, o sujeito exclusivo do direito é a pessoa humana e não se pode conceber um direito, direi assim, suspenso fora do sujeito; do outro, a existência de todo direito concreto está ligada à existência de determinadas condições positivas e não é por isso admissível pela existência de condições positivas contrárias. Quando, pois, se nega um direito a uma pessoa, se o afirma a outra ou ao menos se afirma uma condição positiva, incompatível com a existência do direito em questão”. **A prova compete a quem tem interesse em fazer prevalecer o fato afirmado.** Por outro lado, se o autor apresenta provas do fato que alega, incumbe ao demandado fazer a contraprova, demonstrando fato oposto. Em processo tributário, por exemplo, se o Fisco afirma que houve determinado fato jurídico, apresentando documento comprobatório, ao contribuinte cabe provar a inoccorrência do alegado fato, apresentando outro documento, pois a negativa se resolve em uma ou mais afirmativas. (Grifo nosso)*

Ressalto, ainda, que não se trata de invocar a presunção de legitimidade dos atos administrativos para fazer prevalecer a autuação, dado que é “(...) insustentável o lançamento ou o ato de aplicação de penalidade que não tenha suporte em provas suficientes da ocorrência do evento”⁶, mas sim de privilegiar a correta distribuição do ônus da prova, já que o fato alegado e não comprovado, no sentido de que as GFIPs colacionadas aos autos em defesa são válidas, é de interesse do próprio contribuinte.

⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015. 4. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 288-289.

⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015. 4. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 298.

Ademais, conforme novamente esclarece Fabiana Del Padre Tomé⁷, “(...) provar algo não significa simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar, fazendo-o com o *animus* de convencimento”.

Para além do exposto, o Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792) foi enfático em afirmar que não se constatou em nenhuma competência a ocorrência de entrega de GFIP antes do procedimento fiscal, não considerada na lavratura do Auto de Infração e que fosse capaz de alterar o lançamento.

E, ainda, o mesmo Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4772/4792) afirmou que:

Nos Autos de Infração referentes a obrigação principal os argumentos elencados pelo contribuinte contra o lançamento fiscal não se sustentam visto que a sobreposição de GFIPs NÃO alterou o cálculo das contribuições lançadas, posto que foram calculadas pela diferença entre os valores devidos (decorrentes dos fatos geradores encontrados nas folhas de pagamento, nas planilhas de contribuintes individuais e na contabilidade da empresa) e dos valores recolhidos nas guias de recolhimento – GPS.

Oportuno, ainda, refutar as alegações do contribuinte no sentido de que a regularidade do procedimento adotado estaria comprovada no Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada e “Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas”, de todas as filiais e respectivas competências, acompanhada de informações detalhas na forma de “Anexo” e “Notas Explicativas” (fls. 4289/4311).

Trata-se de documento interno da Receita Federal do Brasil e que, no meu entendimento, não tem o alcance probatório que o contribuinte alega ter, mormente considerando que serviram de base para análise e apuração do presente lançamento, as contas contábeis do contribuinte, as GFIPs constantes no sistema da Previdência Social quando do fato gerador, as planilhas de pagamento a Contribuintes Individuais, bem como as Folhas de Pagamento apresentadas. Em outras palavras, foi mediante o confronto desses documentos é que a fiscalização tributária efetuou o lançamento que aqui se combate.

Assim, o Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada e “Planilha Comparativa – GFIP x Pendências Apuradas” (fls. 4289/4311), apenas traz uma visão isolada das informações constantes em GFIPs no sistema da Receita Federal, em momento dissociado do fato gerador, sendo que o lançamento tributário em questão, refere-se justamente a débitos não declarados em GFIP, não havendo comprovação do contribuinte em sentido contrário, ou seja, de que os débitos objeto do presente lançamento foram efetivamente declarados tempestivamente em **GFIP válidas**. Nesse compasso, o comparativo elaborado pelo contribuinte levou em consideração GFIPs que já foram substituídas e que, portanto, não se prestam a afastar a higidez do presente lançamento.

Ademais, o número de controle das GFIPs constantes no Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada (fls. 4289/4311),

⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015. 4. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 405.

são de GFIPs posteriores ao lançamento tributário, não fazendo prova, pois, de que o contribuinte havia declarado os débitos em GFIP em momento anterior à ação fiscal. Tal fato é possível constatar mediante a análise em conjunta do número de controle das GFIPs constantes no Relatório denominado CVALDIV – Consulta Demonstrativo da Divergência Apurada (fls. 4289/4311 do presente Processo e fls. 5111/5728 do Processo nº 19515.000841/2011-14), com o documento pertencente ao sistema DATAPREV GFIP WEB – Usuário UI21404/0935880, **apresentado pelo próprio contribuinte** em sua resposta ao Termo de Início de Constatação RPF/MPF nº 08.1.90.00.2014.00205-0 (fls. 4385/4606).

É ver os seguintes exemplos:

Competência	Número de Controle da GFIP	Datas				Situação
		Envio	Gravação	Exportação	Auto de Infração Consolidado em	
04/2008	PxwcMz9Y1z90000-5	10/04/2012	12/04/2012	15/04/2012	23/03/2011	Exportada
09/2008	IRgzf0G26AL0000-4	10/04/2012	12/04/2012	15/04/2012	23/03/2011	Exportada
04/2009	KqzIU3QV7XX0000-9	16/04/2012	17/04/2012	01/05/2012	23/03/2011	Exportada

Tais fatos demonstram, ainda, que o contribuinte, após o lançamento tributário e após o Acórdão de primeira instância, transmitiu novas GFIPs com o intuito de sanar o erro, contudo, não afetando a integridade do lançamento tributário a que se discute, por não ter se desincumbido do ônus de demonstrar que, quando do fato gerador, os débitos já estavam devidamente declarados em GFIPs válidas.

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 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, prestadas em desacordo com a folha de pagamento do contribuinte, de modo que a fiscalização agiu com acerto, estando correto, neste ponto, o lançamento tributário efetuado.

6.2. Da alegação de que houve opção e deferimento de adesão ao Parcelamento Especial da Lei nº 11.941/2009 e que a cobrança posta nos autos ocorre em duplicidade.

O recorrente ainda alega que, tempestivamente, optou pela adesão ao parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, incluindo todos os seus débitos, inclusive os previdenciários. Assim, entende que os débitos não poderiam ser exigidos no presente auto de infração, eis que já eram conhecidos e estavam inseridos no parcelamento, trazido pela Lei nº 11.941/2009, sendo que sua exigência configuraria verdadeira cobrança em duplicidade.

Ocorre que, apesar de o contribuinte apresentar essa alegação com bastante insistência, não apresentou nenhum documento capaz de confirmar a inclusão do débito em

pauta em qualquer programa de parcelamento previsto em lei, não havendo que se falar em cobrança em duplicidade, estando íntegro, neste ponto, o lançamento.

Ademais, destaco que, em consulta pública ao sítio da Receita Federal do Brasil, no ambiente “Consulta Parcelamentos Concedidos no Âmbito da RFB⁸”, constam os seguintes resultados relativos ao contribuinte:

CNPJ/MF		Consulta Parcelamentos Concedidos no Âmbito da RFB
Matriz	65.791.980/0001-33	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Transportes	65.791.980/0002-14	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Cassilândia	65.791.980/0004-86	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Sinop	65.791.980/0005-67	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Cassilândia	65.791.980/0006-48	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Peruíbe	65.791.980/0008-00	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Santa Fé do Sul	65.791.980/0009-90	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Divisão Higiene e Limpeza	65.791.980/0010-24	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Santa Fé do Sul (indústria)	65.791.980/0011-05	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Carapicuíba	65.791.980/0012-96	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Boutique de Carnes	65.791.980/0013-77	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Araçariçuama	65.791.980/0014-58	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial Araraquara	65.791.980/0019-62	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial – Triparia – Santa Fé do Sul	65.791.980/0003-03	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ
Filial – Sinop – Couro	65.791.980/0007-29	Não consta Parcelamento deferido para este CNPJ

Para além do exposto, ressalte-se que os valores recolhidos pela empresa foram devidamente apropriados ao débito, mediante as Guias de Recolhimento da Previdência Social – GPS apresentadas pelo sujeito passivo durante a ação fiscal. Nesse sentido, se o contribuinte estivesse inscrito em algum parcelamento consolidado, contendo as mesmas competências do período aqui apurado, o mesmo teria sido apropriado ao lançamento como o foram as Guias da Previdência Social (GPS) recolhidas pela empresa e apresentadas durante a ação fiscal, o que não ocorreu.

Mais uma vez, entendo que o contribuinte não se desincumbiu do ônus probatório, não sendo possível atestar a veracidade de suas alegações e, apesar da insistência e

⁸ Consulta Parcelamentos Concedidos no Âmbito da RFB. Disponível em: <
<http://www.receita.fazenda.gov.br/Aplicacoes/ATSP/Parcelamento/Consulta.asp>>. Acesso em: 14/06/2018.

resistência em reconhecer a higidez do presente lançamento, não logrou êxito em produzir prova em sentido contrário.

Decerto, considerando que o contribuinte não comprovou a inclusão do débito em pauta em qualquer programa de parcelamento ou o recolhimento dos montantes autuados, não há que se rever o lançamento efetuado, nem que se falar em cobrança em duplicidade.

Diante do acima exposto, as alegações da defesa e os documentos juntados aos autos em nada alteram o procedimento fiscal que, acertadamente, constatou a apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

6.3. Da Multa Aplicada.

Alega o contribuinte, ora recorrente, que a fiscalização sequer atendeu os ditames legais da multa aplicada, pois se realmente existisse as diferenças apuradas, a multa deveria, no mínimo, obedecer ao que dispõe o artigo 284 do RPS, considerando a suposta base omitida como valor a recolher, e não o valor aplicado, que supera em muito os limites legais. Argumenta, pois, que a multa foi aplicada em desconformidade com a legislação, sem levar em conta os documentos apresentados e os dados fornecidos à fiscalização, inclusive incidindo sobre período que não foi fiscalizado e conseqüentemente não houve levantamento, qual seja, maio a novembro de 2009.

Também alega que verificando a planilha constante no Auto de Infração, fica impossível tecnicamente entender como o agente autuante chegou em tais valores, não havendo forma de apurar o lançamento havido, restando impossível qualquer tipo de impugnação acerca de valores lançados sem fundamento ou base legal.

Nesse sentido, entende que o fisco deve apresentar nota ou planilha compreendendo o período lançado no auto e nota explicativa do valor aplicado a título de multa, a fim de que possa exercer seu direito de impugnar o Auto de Infração de forma adequada.

Subsidiariamente, argumenta que a multa deveria ser aplicada no patamar mínimo em decorrência das circunstâncias do caso, que a par da legislação vigente à época, não poderia exceder o limite de R\$ 49.377,65.

Pois bem. Também entendo que não assiste razão ao recorrente, neste ponto, sendo que a decisão recorrida enfrentou muito bem a questão. Isso porque, no caso, foi devidamente aplicada a multa correspondente a 100% (cem por cento) do valor devido relativo à contribuição não declarada, conforme artigo 32, § 5º da Lei nº 8.212/91, c/c o artigo 284, II, do Regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 e alterado pelo Decreto 4.862/03, valor atualizado pela Portaria Interministerial MPS/MF 568 de 31/12/2010, por força do artigo 373 do RPS, observado o limite por competência, em função do número de segurados da empresa, previsto no artigo 32, parágrafo 4º da Lei nº 8.212/91.

Nas competências objeto deste auto de infração, o número de segurados da empresa variou entre 1001 a 5000 segurados (35 vezes o Valor Mínimo) para efeito de limite do valor da multa, consoante legislação, correspondente nesta data a R\$53.324,95 por competência.

A esse respeito, não prospera a alegação do recorrente ao defender que a multa deveria ser aplicada no patamar mínimo em decorrência das circunstâncias do caso, que a par da legislação vigente à época, não poderia exceder o limite de R\$ 49.377,65.

Isso porque, conforme já debatido neste Conselho⁹, o reajustamento dos valores de multa por descumprimento de obrigações acessórias é feito mediante edição de Portarias Ministeriais, publicadas em Diário Oficial, na estrita observância dos limites e parâmetros impostos pela Lei nº 8.212/91. O regulamento ou a Portaria não estão cominando penalidades por infração à legislação, ou seja, não estão inovando a legislação; tão somente atualizam-se valores de penalidades cuja cominação já estava prevista na lei, em sentido estrito.

Nesse sentido, aplica-se a multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária de acordo com a legislação da época dos fatos geradores, porém, o seu valor-base, reajustado na forma prevista na legislação, será o vigente na data da lavratura do auto de infração¹⁰.

Para além do exposto, novamente se esclarece que, apesar de o agente autuante mencionar em seu Relatório Fiscal o período de janeiro de 2008 a novembro de 2009, o valor da multa lançada, no montante de R\$ 586.574,45, diz respeito somente aos fatos geradores compreendidos entre janeiro a novembro de 2008 (fls. 477), cujas competências nos Autos de Infração de Obrigação Principal foram beneficiadas com a multa de mora de 24% (vinte e quatro por cento). Assim, a menção a período diverso do autuado, trata-se de mero erro material que não prejudicou o exercício da ampla defesa pelo contribuinte, não havendo razão ao recorrente quando afirma que houve sua incidência sobre “período que não foi fiscalizado e conseqüentemente não houve levantamento, qual seja, maio a novembro de 2009”.

Enfrentada as questões acima, apenas faço um pequeno reparo na decisão de piso, determinando, de ofício e por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário nacional, o recálculo do presente Auto de Infração de Obrigação Acessória (CFL 68), tomando-se em consideração as disposições inscritas no art. 32-A, I, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, se e somente se o valor da multa assim calculado se mostrar menos gravoso ao Recorrente.

Isso porque, a ausência de apresentação da GFIP, bem como sua entrega com atraso, com incorreções ou com omissões, constitui-se violação à obrigação acessória prevista no artigo 32, inciso IV, da Lei nº 8.212/91 e sujeita o infrator à multa prevista na legislação previdenciária. Com o advento da Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, a penalidade para tal infração, que até então constava no artigo 32, § 5º, da Lei nº 8.212/91, passou a estar prevista no artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, o qual é aplicável por força da retroatividade benigna prevista no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional.

Saliento que não se trata de decisão *extra petita* ou mesmo *ultra petita*, eis que se trata de matéria de ordem pública, cuja aplicação decorre de lei (art. 106, II, “c”, do CTN), independentemente da vontade manifestada pela parte nos autos do presente processo.

⁹ Acórdão nº 2302-003.634 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária. Reldator-Designado *ad hoc*: Denny Medeiros da Silva. 11 de fevereiro de 2015.

¹⁰ Acórdão nº 2401-004.187 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária. Relator: Cleberson Alex Friess. 19 de fevereiro de 2016.

Ante o exposto, voto no sentido de determinar, de ofício e por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário nacional, o recálculo do presente Auto de Infração de Obrigação Acessória (CFL 68), tomando-se em consideração as disposições inscritas no art. 32-A, I, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, se e somente se o valor da multa assim calculado se mostrar menos gravoso ao Recorrente.

7. Das alegações acerca da legalidade e inconstitucionalidade da legislação.

Em seu apelo recursal o contribuinte alega, ainda, a inconstitucionalidade da multa aplicada no patamar exigido, por ter supostamente caráter confiscatório e, portanto, malferir o disposto no inciso IV, do artigo 150, da Lei Maior.

Contudo, 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.

Trata-se, ainda, de mandamento previsto no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

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

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

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

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

A proibição consta, ainda, no art. 62, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 343/2015, *in verbis*:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e

e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no

âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Tem-se, pois, que a declaração de inconstitucionalidade 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 nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão. Portanto, não assiste razão ao contribuinte.

8. Da intimação pessoal do patrono do contribuinte e da sustentação oral.

O contribuinte, em seu petítório recursal, protesta pela realização de sustentação oral em plenário, quando do julgamento do recurso, mediante intimação pessoal de seu patrono, sob pena de nulidade. Para tanto, requer sejam as intimações e notificações referentes ao presente processo, expedidas em nome do advogado Erick Alexandre do Carmo Cesar de Jesus, portador da OAB/SP 252.824, sob pena de nulidade absoluta.

Contudo, trata-se de pleito que não possui previsão legal no Decreto nº 70.235/72, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal, nem mesmo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria nº 343/2015, por força do art. 37 do referido Decreto.

Ademais, o art. 23, incisos I a III do Decreto nº 70.235/72, dispõe expressamente que as intimações, no decorrer do contencioso administrativo, serão realizadas pessoalmente ao sujeito passivo e não a seu patrono.

Por fim, cabe esclarecer que as pautas de julgamento dos Recursos submetidos à apreciação deste Conselho são publicadas no Diário Oficial da União, com a indicação da data, horário e local, o que possibilita o pleno exercício do contraditório, inclusive para fins de o patrono do sujeito passivo, querendo, estar presente para realização de sustentação oral na sessão de julgamento (parágrafo primeiro do art. 55 c/c art. 58, ambos do Anexo II, do RICARF).

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para determinar, de ofício e por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário nacional, o recálculo do presente Auto de Infração de Obrigação Acessória (CFL 68), tomando-se em consideração as disposições inscritas no art. 32-A, I, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, se e somente se o valor da multa assim calculado se mostrar menos gravoso ao Recorrente.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Matheus Soares Leite

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Redator Designado

Divirjo tão somente em relação ao entendimento de ser cabível recálculo de ofício da multa aplicada com base em critério diverso do veiculado na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 2009, o qual lastreou o art. 476-A da IN RFB nº 971, de 2009, incluído pela IN RFB nº 1.027, de 2010.

Isso porque, em face do disposto no art. 57 da Lei nº 11.941, de 2009, a aplicação da penalidade mais benéfica deve observar regramento a ser traçado em portaria conjunta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no caso a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 2009; regramento incompatível com o recálculo vertido no voto do Relator.

Logo, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro