



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

Processo n° 19515.004412/2010-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-005.650 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente RODOPA INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2007

JUNTADA DE DOCUMENTO NO RECURSO. POSSIBILIDADE.

De acordo com o art. 15 do Decreto n° 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.

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 SEGUINTE. 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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRECLUSÃO. RECONHECIMENTO.

Conforme previsão constante no artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, o contribuinte deverá suscitar a sua matéria de defesa em sede de impugnação, sendo vedado a inovação de argumentos em sede recursal que não se contraponham às conclusões do julgamento de primeira instância, em razão da preclusão.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPUGNAÇÃO PARCIAL.

Havendo a impugnação parcial da exigência, a parte não impugnada não instaura a fase contenciosa, nos termos do artigo 14 do Decreto nº 70.235/72.

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. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de

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

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 unanimidade, conhecer parcialmente do recurso voluntário. No mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Vencido o conselheiro Matheus Soares Leite (relator) que dava provimento parcial ao recurso para limitar a multa ao percentual de 20%. 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. 1000/1004, 3643/3645 e 4441/4445).

Pois bem. O presente processo administrativo é constituído pelo Auto de Infração nº 37.171.362-5, lavrado em 08/12/2010, relativo a contribuições (parte patronal, não declarada em GFIP) devidas à Seguridade Social, incidentes sobre remunerações pagas ou

creditadas a segurados empregados e contribuintes individuais (administradores e autônomos) não recolhidas nas épocas próprias, referente à contribuição da empresa e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

O crédito previdenciário que aqui se discute abrange o período de 02/2006; 08/2006 e 01/2007 a 12/2007, inclusive 13º salário, no montante de R\$ 5.647.869,21 (cinco milhões, seiscentos e quarenta e sete mil, oitocentos e sessenta e nove reais e vinte e um centavos), consolidado em 08/12/2010.

O Relatório Fiscal de fls. 677/688, informa, em síntese, que:

(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 a Previdência Social podem ser observados de forma individualizada na planilha anexa aos autos;

(c) Analisando os arquivos digitais da Folha de Pagamento (MANAD) e o arquivo digital do sistema GFIP, elaboramos uma planilha comparativa das informações individualizadas dos segurados obrigatórios (empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais), separados por estabelecimento e por competência, obtidas da Folha de pagamento (MANAD) e confrontadas com a GFIP;

(d) Da análise destes demonstrativos e em pesquisa ao sistema de arrecadação, concluímos que o contribuinte deixou de recolher aos cofres públicos os valores constantes no demonstrativo elaborado pela fiscalização, em anexo, relativos ao crédito tributário da contribuição social devida à Seguridade Social, da parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT;

(e) Foram utilizados os seguintes códigos de levantamento: IN – 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%;

(d) Foi feita a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa, observou-se que a mais benéfica ao contribuinte para as competências fevereiro e agosto de 2006 é a situação atual, aplicando-se a multa de que trata o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e, para o período de janeiro a dezembro de 2007, é a situação anterior à MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, aplicando-se a multa de mora de 24% mais a multa da obrigação acessória CFL 68, conforme demonstrativo “Rodopa Comparativo AI CFL 68 + 24% x 75%”, em anexo.

Tendo sido cientificado, pessoalmente, dos Autos de Infração em 15/12/2010, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva às fls. 716/732, acompanhada de cópia de documentos às fls. 733/991.

Alegou, em síntese, o Impugnante, o que segue:

(a) Após breve relato sobre a autuação e o desenvolvimento de sua atividade mercantil, o Contribuinte alega que todos os documentos solicitados foram devidamente entregues à fiscalização, e da sua análise e das próprias informações prestadas, restou concluída e comprovada a efetiva Declaração por parte do Contribuinte, das suas obrigações junto a Fazenda Nacional, no tocante a valores devidos a título previdenciário, mais especificamente à Seguridade Social da parte da Empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), nos valores constantes do demonstrativo elaborado pela fiscalização e dos documentos trazidos pela fiscalizada, salvo pequenas distorções;

(b) Ocorre que o aludido débito já estava devidamente declarado pelo Impugnante, tanto em suas obrigações acessórias, principais e lançamentos contábeis, ocorridos no mesmo período em sua contabilidade e até por se tratar de LCD Lançamento de Débito Confessado, muito antes da lavratura do presente Auto de Infração;

(c) Conhecendo tal inadimplência por falta de recolhimento das contribuições previdenciárias no período em pauta, o Impugnante tempestivamente optou pela adesão ao parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009, optando pela inclusão no mesmo de todos os seus débitos, inclusive os previdenciários;

(d) Os débitos em questão não podem ser exigidos no presente Auto de Infração, pois, já era conhecido e estava inserido no parcelamento, trazido pela Lei 11.941/2009, e sua exigência configura verdadeira cobrança em duplicidade;

(e) O Impugnante vem pagando as parcelas mínimas do parcelamento, e aguardando a sua ulterior consolidação, para inserção plena do débito em questão, que conforme dito possui objeto hábil a lançamento no parcelamento;

(f) O aludido débito não pode mais ser exigido, salvo inadimplência do Impugnante em relação ao pagamento das parcelas mínimas do parcelamento, ou após sua consolidação, as parcelas efetivamente devidas;

(g) Além disso, deverão ser aplicados ao corrente débito, todos os descontos e abatimentos proporcionais das multas e juros, nos termos da Lei 11.941/2009, que com certeza culminará na sua redução;

(h) A fiscalização fez incidir multa de mora exacerbada ao não considerar o disposto no artigo 150, IV, da Constituição da República, em síntese: que é vedado à União utilizar tributo com efeito de confisco. Transcreve doutrina;

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

(j) Considerando que não houve omissão na formação da base de cálculo, as informações foram transmitidas corretamente e o débito é objeto de parcelamento trazido pela Lei 11.941/2009, que atenuara os seus juros de mora e outras multas de ofício ou mora, não merece prosperar a multa de mora aplicada, ao menos nos patamares atribuídos;

(k) Caso entenda pela manutenção da multa, a mesma deve ser fixada em seu limite máximo legal, retornando-se à fiscalização ou outro órgão competente para compilação correta dos valores a serem aplicados, ou na observância da Lei nº 11.941/2009;

(l) O D. Fiscal levantou valores já devidamente declarados espontaneamente pelo Contribuinte/Impugnante, em GFIPs devidamente entregues;

(m) Os valores retidos de Empregados e Terceiros, de cada estabelecimento da empresa, de todas as competências objeto da presente, qual seja, Janeiro/2007 a Dezembro/2007, foram devidamente recolhidos, conforme também demonstrado e esclarecido pela Fiscalização;

(n) Além do Contribuinte/Impugnante ter declarado os mencionados débitos objeto da presente autuação, em suas obrigações acessórias, o mesmo também realizou todos os lançamentos contábeis referente às provisões de tais valores, em sua Contabilidade;

(o) Requer seja a impugnação recebida e, no mérito, integralmente provida para anular e julgar improcedente o Auto de Infração nº 37.171.362-5, consubstanciado nas razões acima, em especial para anular a multa de mora aplicada;

(p) Requer na remota hipótese de manutenção do presente Auto de Infração, seja o presente débito mantido no parcelamento trazido pela Lei nº 11.941/2009, aproveitando todos os benefícios, do qual a Impugnante é aderente, mesmo que a multa de mora seja mantida integralmente, aplicando-se as reduções previstas no mencionado ordenamento;

(q) Ainda assim, esclarece o Impugnante que, à par da presente defesa, não abre mão do parcelamento, motivo pelo qual não discute o débito principal que já é objeto do parcelamento, mas tão somente a multa de mora que não foi reduzida equitativamente;

(r) Caso o débito lançado no auto de infração seja excluído do aludido parcelamento em decorrência da interposição da presente impugnação, o que não se acredita, requer seja determinada a imediata devolução do prazo para interposição de nova defesa contra o auto na sua integralidade;

(s) 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 de mora aplicada, abrindo-se nova oportunidade ao Impugnante para contestá-la;

(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 16-33.245 (fls. 999/1016), de 17/08/2011, cujo dispositivo considerou improcedente a Impugnação, com a manutenção do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/2006 a 31/12/2007

Ementa:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTE INDIVIDUAIS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições previdenciárias a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

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 e 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 mora do contribuinte ao deixar de efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias.

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.

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 no artigo 2º da Lei 11.457 de 16/03/2007;

(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) Não houve qualquer tipo de cerceamento do direito de defesa, sendo o presente Auto de Infração lavrado em obediência ao princípio da estrita legalidade, informando com objetividade e clareza a origem do lançamento de crédito, sua composição, bem como os dispositivos legais e os documentos que o fundamentaram, atendendo a todas as normatizações sobre a matéria, permitindo assim, o exercício do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte;

(e) Não prospera o argumento do Impugnante de que os débitos em questão não podem ser exigidos no presente Auto de Infração, pois já eram conhecidos e estavam inseridos no parcelamento trazido pela Lei nº 11.941/2009, em razão do período de apuração (janeiro de 2007 a dezembro de 2007);

(f) Inicialmente, cabe lembrar que o presente Auto de Infração abrange o período de 02/2006 e 08/2006 e 01/2007 a 13/2007 e o contribuinte não faz qualquer menção em sua defesa quanto ao período de 2006, ressaltando apenas que o período de 01/2007 a 13/2007 já estava devidamente declarado, tanto em suas obrigações acessórias, principais e em lançamentos contábeis ocorridos no mesmo período em sua contabilidade e até por se tratar de LDC – Lançamento de Débito Confessado, motivo pelo qual não impugnou o montante principal do débito apurado;

(g) Da análise dos demonstrativos constantes no Auto de Infração e em pesquisa ao sistema de arrecadação, conclui-se que o contribuinte deixou de recolher aos cofres públicos as diferenças referentes aos valores constantes no demonstrativo elaborado pela fiscalização, relativos ao crédito tributário da contribuição social devida à Seguridade Social, da parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de

incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT e as destinadas aos Terceiros;

(h) É importante ressaltar que o Impugnante alega, mas não comprova nos autos os argumentos referentes ao parcelamento por ele efetuado abrangendo os valores aqui lançados, e sendo assim, vale o princípio de que “alegar e não provar é o mesmo que não alegar”;

(i) O sujeito passivo afirma que vem pagando as parcelas mínimas do parcelamento e aguardando a sua ulterior consolidação para inserção plena do débito em questão, mas não consta dos autos nenhum pedido de desistência de Impugnação em nome da defendente;

(j) O documento juntado na defesa, para tentar comprovar a opção da empresa pelo Parcelamento Especial, amparado pela Lei 11.941/2009, não apresenta nenhum número DEBCAD, bem como não apresenta o período do débito abrangido pelo mesmo, impossibilitando, desta forma, a comprovação dos fatos narrados na defesa;

(k) Sendo assim, considerando que o contribuinte não comprova a inclusão do débito em pauta em qualquer parcelamento devidamente consolidado pela Receita Federal do Brasil, não há que se rever o lançamento efetuado, nem se falar em cobrança em duplicidade;

(l) Do acima exposto conclui-se que, se a empresa estivesse inscrita 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;

(m) Dessa forma, as alegações da defesa e os documentos juntados pelo Contribuinte não servem para elidir os valores aqui apurados;

(n) Ocorre que, com o intuito de verificarmos as GFIP's entregues pelo 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;

(o) Tomando-se como exemplo a competência 02/2007, verifica-se que a empresa entregou 4 GFIP's para esta competência entre 07/03/2007 e 04/07/2008, sendo duas com o FPAS 612 e duas com o FPAS 515;

(p) Sendo assim, muito embora a empresa tenha declarado informações nas GFIP's e na contabilidade; ter alegado e juntado na defesa GFIP's que abrangem o período do débito aqui discutido, tais informações não constam mais do sistema informatizado para possibilitar a referida comparação;

(q) 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);

(r) 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;

(s) Tivesse a empresa entregue GFIP's na forma estabelecida pelo Manual da GFIP, não haveria substituição das GFIP's entregues anteriormente e os valores apurados pela fiscalização poderiam ser confrontados no sistema a qualquer tempo;

(t) No presente caso, a fiscalização informa que elaborou uma planilha comparativa das informações individualizadas dos segurados obrigatórios (empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais), separados por estabelecimento e por competência, obtidas das Folha de Pagamento (MANAD), as quais foram confrontadas com as GFIP apresentadas durante a ação fiscal, resultando no presente lançamento;

(u) O Impugnante não comprovou nos autos que os valores aqui apurados foram parcelados ou recolhidos e, estes seriam os únicos motivos que fariam com que o presente débito pudesse ser revisado ou eventualmente alterado;

(v) Ressalta-se que conforme acima exposto, 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;

(w) Ao realizar os lançamentos referentes às provisões dos valores aqui discutidos, em sua contabilidade, a impugnante apenas comprova que cumpriu o determinado no art. 32, II, da Lei nº 8.212/91. No entanto, tal fato em nada altera o procedimento fiscal ou o valor do crédito apurado;

(x) Diante do acima exposto, as alegações da defesa e os documentos juntados aos autos em nada alteram o procedimento fiscal que apurou valores devidos aos cofres públicos, não declarados em GFIP, conforme demonstrado pela fiscalização;

(y) Conforme consta no Relatório Fiscal, feita a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa, observou-se que a mais benéfica ao contribuinte para as competências fevereiro e agosto de 2006 é a situação atual, aplicando-se a multa de que trata o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, 75% e, para o período de janeiro a dezembro de 2007, a mais benéfica ao contribuinte é a situação anterior à MP nº 449/2008, convertida em Lei nº 11.941/2009, aplicando-se a multa de mora de 24% mais a multa da obrigação acessória CFL 68;

(z) 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;

(aa) 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);

(bb) 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;

(cc) 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;

(dd) 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. 1023/1065), no qual, após breve relato de suas atividades empresariais e das autuações combatidas, apresentou os seguintes argumentos:

(a) Não há crédito a ser exigido posto que as contribuições constantes do lançamento já foram incluídos em parcelamento especial;

(b) O órgão julgador trouxe ao processo informações que o recorrente desconhecia, as quais alteraram inclusive a descrição da suposta infração, portanto, merece o recorrente a reabertura do prazo de defesa;

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

(d) 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;

(e) Além de que 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;

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

(g) 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;

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

(i) 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;

(j) 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;

(k) Os AI foram lavrados 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;

(l) O recorrente comprovou que bem antes do início do procedimento fiscal já havia declarado, até em montantes superiores, os valores lançados, fato que impediria a constituição dos créditos;

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

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

(o) Observe-se que, prevalecendo o entendimento da DRJ, a Fazenda perderá mais de R\$ 1.464.361,57, posto que as contribuições confessadas pelo sujeito passivo suplantam os valores lançados;

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

(q) A multa de mora aplicada é confiscatória;

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

(s) O fisco não apresentou demonstrativo de comparação da multa mais benéfica, conforme exige a Instrução Normativa n.º 971/2009.

Ao final requereu:

(a) A declaração de nulidade do acórdão recorrido, em razão da inovação nos fundamentos das autuações;

(b) A improcedência das lavraturas, posto que as contribuições já haviam sido confessadas;

(c) A exclusão das multas aplicadas;

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

(e) 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. 2401-000.276 (fls. 3642/3651), 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. 2401-000.276 (fls. 3642/3651), foi elaborado o Termo de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento (fls. 4359 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. 4368/4370, reiterando as alegações tecidas na Impugnação e no Recurso Voluntário.

Houve a apresentação de embargos de declaração (fls. 4398/4409), em face da Resolução nº. 2401-000.276 (fls. 3642/3651) que determinou a conversão do feito em diligência, sendo rejeitados (fls. 4426/4431).

Por entender pela insuficiência das conclusões apresentadas no Termo de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento (fls. 4359 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 2401-000.573 (fls. 4440/4448), 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. 4454), 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. 4456).

Em seguida, houve a lavratura do Termo de Reintimação Fiscal (fls. 4471), tendo sido o contribuinte notificado no dia 13/10/2017 (fls. 4472).

Novamente, o contribuinte requereu a prorrogação do prazo para atendimento da intimação, por mais 20 (vinte) dias (fls. 4473).

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. 4476/4496), 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. 4479), em 05/02/2018 (fls. 4497).

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, mas não em sua integralidade, conforme será explicitado mais adiante.

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 aos processos destacados abaixo, pois versam sobre exigência de crédito tributário e pedido do contribuinte fundamentados em fatos idênticos:

(a) Processo nº 19515.004413/2010-71 que trata do Auto de Infração nº 37.171.364-1, lavrado em 08/12/2010, relativo a contribuições sociais devidas pelo contribuinte a terceiros (Salário-Educação, INCRA, SESC e SEBRAE), incidentes sobre

remunerações pagas ou creditadas a seus segurados empregados e não recolhidos nas épocas próprias à Seguridade Social.

(b) Processo nº 19515.004415/2010-61 que trata do Auto de Infração nº 37.171.366-8, lavrado em 08/12/2010, 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.

Por fim, destaco que todos os processos mencionados acima 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.

Cumprido de plano assentar que não serão objeto de apreciação por este Colegiado as matérias não expressamente impugnadas pelo Recorrente, as quais serão consideradas como verdadeiras, assim como as matérias já decididas pelo Órgão Julgador de 1ª Instância não expressamente contestadas pelo sujeito passivo em seu Recurso Voluntário, as quais se presumirão como anuídas pelo interessado.

Também não serão objeto de apreciação por esta Corte Administrativa as matérias substancialmente alheias ao vertente lançamento, eis que em seu louvor, no processo de que ora se cuida, não se houve por instaurado qualquer litígio a ser dirimido por este Conselho, assim como as questões arguidas exclusivamente nesta instância recursal, antes não

oferecida à apreciação do Órgão Julgador de 1ª Instância, em razão da preclusão prevista no art. 17 do Decreto nº 70.235/72.

Cabe lembrar que o presente Auto de Infração abrange o período de 02/2006 e 08/2006 e 01/2007 a 13/2007 e o contribuinte não fez qualquer menção em sua defesa quanto ao período de 2006, ressaltando apenas que o período de 01/2007 a 13/2007 já estava devidamente declarado, tanto em suas obrigações acessórias, principais e em lançamentos contábeis ocorridos no mesmo período em sua contabilidade e até por se tratar de LDC – Lançamento de Débito Confessado.

Assim, não restou configurada a instauração da fase litigiosa do procedimento para o período de 2006, conforme previsto no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, mas tão somente da exigência referente ao período de 2007.

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 02/2006 a 12/2007, devidamente impressas, bem como, na oportunidade, Guias de Recolhimento do FGTS.

Ademais, após a apresentação do apelo recursal, em petição de fls. 3431/3634, 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, 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 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 dos lançamentos efetuados pela fiscalização, bem como do acórdão proferido pela decisão de primeira instância, por entender que vulneram 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. 3431/3634, 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 2401-000.276 (fls. 3642/3651), 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 08.1.90.00-2014-00206-9, com a consequente intimação do contribuinte, por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal (fls. 3963/3964), 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. 3986/3987), compareceu aos autos, requerendo a juntada da planilha elaborada conforme solicitação fiscal (fls. 3993/4355), 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 08.1.90.00-2014-00206-9 (fls. 4359/4360), 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. 4368/4370).

Ademais, o presente feito foi novamente convertido em diligência, por meio da Resolução nº 2401-000.573 (fls. 4440/4448), 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. 4454 e 4471), quedando-se, contudo, inerte, mesmo após ter solicitado a prorrogação de prazo (fls. 4456 e 4473).

Como consequência, houve a formalização do Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal (fls. 4476/4496), encaminhado para o contribuinte, oportunizando-se, sua manifestação, também no prazo de 10 (dez) dias (fls. 4479), tendo tomado ciência no dia 05/02/2018 (fls. 4497), 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. 681/692).

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. 795/825).

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 2010, 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).

Por último, não prospera a alegação que resta nulo lançamento efetuado e as multas aplicadas, em razão da falta de apresentação do Termo de Verificação Fiscal. Além de se tratar de argumento trazido apenas em sede de apelo recursal, estando, portanto, sua análise preclusa, o Termo de Verificação Fiscal questionado pelo recorrente nada mais é do que o Relatório Fiscal (fls. 681/692) que acompanha o presente Auto de Infração.

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

6. Mérito.

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

Conforme consta no Relatório Fiscal de fls. 681/692, 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) Para facilitar a compreensão dos lançamentos efetuados foram utilizados os códigos de levantamento IN – 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%;

(d) Foi feita a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa, tendo sido observado que a mais benéfica ao contribuinte no período de janeiro a dezembro de 2007 foi a situação anterior à MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, e para os meses de fevereiro e agosto de 2006, prevaleceu a situação atual, conforme determina o artigo 106, II, alínea “c” do CTN – Lei nº 5.172/66 (tabela comparativa);

(e) O crédito apurado destina-se a Seguridade Social, correspondente à Contribuição da empresa: 20% e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho: 3%;

(f) 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.

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. 867/986 e 1358/1561);
- Ficha da DIPJ 2008 – Ano Calendário 2007 (fls. 987);
- Acompanhamento do pedido de parcelamento (fls. 990/991);
- Balancete Patrimonial da Empresa do Período Encerrado em 31/12/2006 e 31/12/2007 (fls. 988/989);

- GFIPs transmitidas, referentes ao período de 02/2006 a 12/2007, devidamente impressas, bem como as Guias de Recolhimento do FGTS (fls. 1147/3424);

- 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. 3431/3634).

E, ainda, após a primeira conversão do julgamento em diligência, com a prolação da Resolução nº 2401-000.276 (fls. 3642/3651), o contribuinte fez a juntada de planilha (fls. 3993/4355), 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
01/2007	Grk1MN9t7b0000-7	Exportada – Substituída
02/2007	BiI7XUvjxb0000-9	Exportada – Substituída
03/2007	MyP41sTUxcM0000-5	Substituída – Não Exportada
04/2007	KPE112wThCh0000-0	Excluída – Substituída
05/2007	CnK6u1jn4CL0000-1	Exportada - Substituída

A conclusão acima foi, inclusive, a mesma do Acórdão nº 16-33.245 – de lavra da 12ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 999/1016), bem como do Termo de Ciência de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento da 1ª Diligência Fiscal (fls. 6046/6048), e, ainda, do Relatório de Encerramento da 2ª Diligência Fiscal (fls. 6170/6190). É ver os seguintes excertos:

Acórdão nº 16-33.245 – 12ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 999/1016)

(...)

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 02/2007, verifica-se que a empresa entregou 4 GFIP's para esta competência entre

07/03/2007 e 04/07/2008, sendo duas com o FPAS 612 e duas com o FPAS 515.

Sendo assim, muito embora a empresa tenha declarado informações nas GFIP's e na sua contabilidade; ter alegado e juntado na defesa documentos que abrangem o período do débito aqui discutido, tais informações não constam mais do sistema informatizado para possibilitar a referida comparação.

(...)

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.

Diligência Fiscal nº 08.1.90.00-2014-00206-9 (fls. 4359/4360)

(...)

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. 4476/4496)

(...)

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. 4476/4496), 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).

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.

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, consultando o sistema SEFIP/GFIP, constatou que, para as competências do período fiscalizado, a empresa autuada declarou inúmeras GFIPs para a mesma competência, 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. 795/825) 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

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.

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. 4368/4370, protocolizada no dia 04/04/2014:

Finalmente, vale ressaltar que a não apresentação pela requerente de eventuais GFIP's retificadoras, não pode ter o 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 Procedimento Fiscal RPF/MPF nº 08.1.90.00.2014.00206 (fls. 3963/3964), por meio de consulta ao sistema DATAPREV GFIP WEB – Usuário UI21404/0935880, demonstrou ter absoluta ciência da existência das GFIPs retificadoras (fls. 3993/4355), 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. 4476/4496) pela autoridade fiscal, como resultado da 2ª Conversão do Julgamento em Diligência, o contribuinte foi intimado no dia 05/02/2018 (fls. 4497) 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 visa 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)*

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.

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.

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. 4476/4496) 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. 4476/4496) 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. 3431/3634).

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. 3431/3634), apenas traz uma visão isolada das informações constantes em GFIPs no sistema da

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.

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.

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. 3431/3634), 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. 3431/3634), com o documento pertencente ao sistema DATAPREV GFIP WEB – Usuário UI21404/0935880, **apresentado pelo próprio contribuinte** em sua resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal RPF/MPF nº 08.1.90.00.2014.00206 (fls. 3963/3964).

É ver os seguintes exemplos:

Competência	Número de Controle da GFIP	Datas				Situação
		Envio	Gravação	Exportação	Auto de Infração Consolidado em	
02/2007	HCC0Hv2Eztu0000-8	19/12/2011	22/12/2011	23/12/2011	08/12/2010	Exportada
08/2007	P78e2CEXumo0000-9	27/12/2011	30/12/2011	31/12/2011	08/12/2010	Exportada
11/2007	DOSxYbc7ftr0000-5	29/12/2011	31/12/2011	02/01/2012	08/12/2010	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.

Conforme esclarecido pela decisão de piso, o documento juntado na defesa, para tentar a comprovação da opção do contribuinte pelo Parcelamento Especial previsto pela Lei nº 11.941/2009, não apresenta nenhum número DEBCAD, nem mesmo o período do débito abrangido pelo mesmo, impossibilitando, desta forma, a comprovação dos fatos narrados.

E, durante todo o curso do processo administrativo, após a decisão proferida em 1ª instância, o contribuinte não se preocupou em esclarecer tais apontamentos, alegando, genericamente, mas sem provas, a suposta opção pelo parcelamento.

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

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.

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 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 apurou valores devidos aos cofres públicos, não declarados em GFIP, conforme demonstrado pela fiscalização.

6.3 Da Multa de Mora.

Alega o contribuinte, ora recorrente, que conforme preconizado pela Instrução Normativa RFB nº 971/2009, em seu artigo 476-A e incisos, no caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos até 30 de novembro de 2008 deve ser aplicada a penalidade mais benéfica, cuja análise deve ser realizada pela comparação entre os seguintes valores:

a) Somatório das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, nos moldes do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009, e das aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009; e

b) Multa aplicada de ofício nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01 de dezembro de 2008, aplicar-se-iam as multas previstas no artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Contudo, sustenta que a fiscalização deixou de apontar a comparação acima para aferição da multa de ofício indevidamente lançada, restando nula a aplicação da mesma por desrespeito a RFB/971/2009 e face a ausência de qualquer descumprimento legal. Defende, ainda, que não houve levantamento de ofício o que via de consequência impediria a aplicação

de qualquer tipo de penalidade, uma vez que o débito já estava constituído pelo lançamento realizado pelo próprio contribuinte.

Assim sendo, argumenta que deva ser afastada a aplicação da multa de ofício ou mesmo que a referida multa seja aplicada considerando o disposto no art. 476-A da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, em observância à legislação mais benéfica, de acordo com os períodos em análise.

Pois bem. De início, cabe lembrar que o presente Auto de Infração abrange o período de 02/2006 a 12/2007, sendo que o contribuinte não fez qualquer menção em sua defesa quanto ao período de 2006, ressaltando apenas que o período de 01/2007 a 12/2007 já estava devidamente declarado, tanto em suas obrigações acessórias, principais e em lançamentos contábeis ocorridos no mesmo período em sua contabilidade e até por se tratar de LDC – Lançamento de Débito Confessado, motivo pelo qual não impugnou o montante principal do débito apurado.

Dessa forma, não houve a instauração da fase litigiosa do procedimento para o período de 2006, conforme previsto no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72, eis que não houve a impugnação desta exigência, mas tão somente da exigência referente ao período de 2007.

Ademais, apenas em seu apelo recursal é que o contribuinte questiona o fato de a fiscalização supostamente ter deixado de apontar a comparação para aferição da multa de ofício lançada, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

Apesar da preclusão do argumento, trazido apenas em sede de apelo recursal, e apenas a título de esclarecimento, conforme consta no Relatório Fiscal (fls. 681/692), constato que foi feita a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa, sendo observado que a mais benéfica ao contribuinte para as competências fevereiro e agosto de 2006 seria a situação atual, tendo sido aplicada a multa de que trata o artigo 44 da Lei nº 9.430, de 1996, ou seja, 75% e, para o período de janeiro a dezembro de 2007, foi constatado que a mais benéfica ao contribuinte seria a situação anterior à MP nº 449/2008, convertida em Lei nº 11.941/2009, aplicando-se a multa de mora de 24% mais a multa da obrigação acessória CFL 68.

É ver, ainda, os Fundamentos Legais dos Acréscimos Legais constantes no DEBCAD em questão (fls. 82/83):

601 – ACRÉSCIMOS LEGAIS – MULTA

601.09 – Competências: 02/2006, 01/2007 a 13/2007, 07/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, I, II, III (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 239, III, “a”, “b” e “c”, parágrafos 2. Ao 6. e 11, e art. 242, parágrafos 1. e 2. (com a redação dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99). CÁLCULO DA MULTA PARA PAGAMENTO DE OBRIGAÇÃO VENCIDA NÃO INCLUÍDA EM NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO: 8% dentro do mês e do mês de vencimento da obrigação; 14%, no mês seguinte; 20% a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; PARA PAGAMENTO DE CRÉDITOS INCLUIDOS EM

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO: 24% em até 15 dias do recebimento da notificação; 30% após o 15. dia do recebimento da notificação; 40% após a apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS; 50% após o 15. dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; PARA PAGAMENTO DO CRÉDITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA: 60% quando não tenha sido objeto de parcelamento; 70%, se houve parcelamento; 80%, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; 100% após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento. OBS.: NA HIPÓTESE DAS CONTRIBUIÇÕES OBJETO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO TEREM SIDO DECLARADAS EM GFIP, EXCETUADOS OS CASOS DE DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DESSE DOCUMENTO, SERÁ A REFERIDA MULTA REDUZIDA EM 50% (CINQUENTA POR CENTO).

(...)

701 – FALTA DE PAGAMENTO, FALTA DE DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO INEXATA

701.01 – Competências: 02/2006 a 08/2006

Lei n. 8.212, de 24.07.91, 35-A (combinado com o art. 44, inciso I da Lei n. 9.430, de 27.12.96), ambos com redação da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009.

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

75% - Falta de pagamento, de declaração e nos de declaração inexata – Lei 9.430/96, art. 44, Inciso I:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Assim, não merece guarida a pretensão do contribuinte, eis que, ao contrário do que afirma, a fiscalização realizou a comparação entre a situação atual e a anterior, no tocante à aplicação da multa (tabela comparativa de fls. 679), inclusive respeitando os termos da Instrução Normativa RFB nº 971/2009. E, ainda, conforme assinalado acima, o contribuinte não logrou êxito em comprovar que o débito em questão já estava constituído em lançamento realizado anteriormente.

Apenas faço um pequeno reparo na decisão de piso, determinando, de ofício e por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, tão somente para o período de 2007 (eis que não houve a instauração da fase litigiosa do procedimento para o período de 2006, conforme previsto no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72), o recálculo da **multa de mora** aplicada, com base na redação do art. 35 da Lei nº 8.212/99 dada pela Lei nº 11.941/09 c/c art. 61 da Lei nº 9.430/96, que estabelece **multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

É ver os dispositivos supracitados, na redação anterior e na redação atualmente vigente:

LEI Nº 8.212/99 COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 11.941/09

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, **incidirá multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

- a) quatro por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;*
- b) sete por cento, no mês seguinte;*
- c) dez por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;*
- a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*
- b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*
- c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

- a) doze por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;*
- b) quinze por cento, após o 15º dia do recebimento da notificação;*
- c) vinte por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;*

d) vinte e cinco por cento, após o 15º dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cinqüenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) trinta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) trinta e cinco por cento, se houve parcelamento;

c) quarenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cinqüenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

(grifo nosso)

LEI Nº 8.212/99 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.941/09

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art.

*11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).***

(grifo nosso)

LEI Nº 9.430/96

*Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, **serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.** (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)*

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

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

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

(grifo nosso)

Esclareço que na legislação anterior inexistia a multa de ofício, em decorrência do lançamento de ofício, existindo tão somente a multa de mora, em decorrência no atraso do recolhimento, independentemente de o lançamento ter sido efetuado de ofício ou não. A punição do art. 35 da referida lei apenas se relacionava com demora no pagamento, sendo mensurada de acordo com o momento em que houvesse o recolhimento.

Com o advento da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, os §§ 1º a 4º do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 foram revogados, tendo sido dada nova redação ao *caput* do art. 35, que limitou a multa de mora ao patamar de 20% (vinte por cento), ante a exigência de se aplicarem as disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

Dessa forma, entendo que a comparação da multa de mora com a multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91 c/c art. 44, I da Lei nº 8.212/1996 não se sustenta, eis que o dispositivo trata de multa de ofício, que não existia na legislação à época do lançamento. A anterior multa de mora somente pode ser comparada com penalidades que tenha a mesma razão de existir, qual seja, o atraso no pagamento das contribuições.

Assim, se a mora era punida com multa moratória, com a alteração da legislação só é possível a aplicação da nova multa moratória, prevista no *caput* do artigo 35 da

Lei nº 8.212/91 que remete ao art. 61 da Lei nº 9.430/96, independentemente se o contribuinte declarou o débito em GFIP ou não.

Esse entendimento possui eco, ainda, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em diversas oportunidades, decidiu pela aplicabilidade do limite de 20% (vinte por cento) previsto no art. 35 da Lei nº 8.212/91 c/c as disposições do art. 61 da Lei nº 9.430/96, em obediência ao art. 106, II, do CTN:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.689.832 - SP (2017/0192294-0)
RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : MACK COLOR ETIQUETAS ADESIVAS
LTDA ADVOGADO : LUIZ GUILHERME GOMES PRIMOS -
SP118747 RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL PROCESSO
CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO
ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. DESCUMPRIMENTO DE
OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NORMA TRIBUTÁRIA
SUPERVENIENTE DE CARÁTER PUNITIVO, PORÉM MAIS
BENIGNA. ART. 106 DO CTN. RETROATIVIDADE. RECURSO
ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO (...) I - Consoante o decidido
pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o
regime recursal será determinado pela data da publicação do
provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu,
aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - In casu,
controverte-se acerca do percentual de multa moratória
aplicável ao lançamento de ofício após a alteração do art. 35 da
Lei n. 8.212/91 pela Lei n. 11.941/09 que, ao incluir o art. 35-A
naquele diploma normativo, determinou a observância do
parâmetro mais gravoso do art. 44 da Lei n. 9.430/96, qual seja,
de 75% (setenta e cinco por cento). III - Esta Corte possui
entendimento segundo o qual deve ser observado o percentual
original da multa moratória previsto no art. 35 da Lei n.
8.212/91, porquanto as ulteriores disposições do art. 35-A
cominam penalidade mais severa, autorizando a aplicação do
preceito anterior, mais benéfico, a teor do disposto no art. 106,
II, c, do CTN. Precedentes. IV - Recurso Especial provido. (REsp
1585929/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA,
PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 26/04/2016)
Diante do exposto, com base no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o
art. 255, § 4º, III, do RISTJ e a Súmula 568/STJ, dou provimento
ao recurso especial, nos termos da fundamentação. Publique-se.
Intimem-se. Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2018. MINISTRO
MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ - REsp:
1689832 SP 2017/0192294-0, Relator: Ministro MAURO
CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 06/02/2018)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.004 - PR (2014/0195715-6)
RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE :
FAZENDA NACIONAL ADVOGADO : PROCURADORIA-
GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR000000 RECORRIDO
: LATICINIOS CAMPO MOURÃO LTDA - ME ADVOGADO :
JOAQUIM QUIRINO MENDES - PR034184 DECISÃO Vistos,
etc. (...) No que diz respeito à aplicação retroativa da legislação
tributária mais benéfica, melhor sorte não socorre a Fazenda
Nacional, pois o art. 35-A da Lei n. 8.212/1991, prevendo nova

sistemática de aplicação de multas, tem origem na Lei n. 11.941/2009. Desse modo, aplica-se a legislação vigente na época em que os fatos geradores ocorreram, nos termos do art. 144, bem como a penalidade mais benéfica em relação a atos não definitivamente julgados, conforme orientação normativa constante do art. 106, II, c, todos do CTN: Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. [...] Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. (...) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REDUÇÃO DA MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO DO ART. 106 DO CTN. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128, 460, 512 E 515 DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES STJ. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que, tratando-se de execução não definitivamente julgada, aplica-se o disposto no art. 106 do CTN, que permite a redução da multa prevista na lei mais nova, por ser mais benéfica ao contribuinte mesmo a fatos anteriores à legislação aplicada. **2. Não configura julgamento extra petita a redução de multa, de ofício, com base em lei mais benéfica ao contribuinte, em processo no qual se discute a nulidade do débito fiscal.** Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 1.026.499/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/8/2009, DJe 31/8/2009). Ante o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ e a Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 18 de outubro de 2017. Ministro Og Fernandes Relator (STJ - REsp: 1473004 PR 2014/0195715-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 20/10/2017)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.686.484 - SP (2017/0178287-5)
RELATORA: MINISTRA REGINA HELENA COSTA
RECORRENTE : BRASMANCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA ADVOGADO : JOSÉ RAIMUNDO DE ARAÚJO DINIZ - SP060608 RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL INTERES. : RICAHRD CHENG TSU FU INTERES. : KUN TU LEE INTERES. : HSIEH HSIEN LIANG DECISÃO Vistos.

(...) O art. 35-A da Lei n. 8.212/91, prevendo nova sistemática de aplicação de multas, tem origem na Lei n. 11.941/09. Desse modo, considerando que os fatos são pretéritos a 2009, aplica-se a legislação vigente à época em que os fatos geradores ocorreram, nos termos do art. 144, bem como a penalidade mais

benéfica em relação a atos não definitivamente julgados, conforme orientação normativa constante do art. 106, II, 'c', todos do CTN (REsp 1452527/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015, DJe 10/06/2015). 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 941.577/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016) Isto posto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial, para fixar o percentual da multa moratória em 20% (vinte por cento). Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 09 de outubro de 2017. MINISTRA REGINA HELENA COSTA Relatora (STJ - REsp: 1686484 SP 2017/0178287-5, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 18/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PREMISSA EQUIVOCADA. SÚMULA 284/STF. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MULTA. REDUÇÃO PARA 20%. ART. 35 DA LEI N. 8.212/91 E ART. 106, II, C, DO CTN. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. PRECEDENTES. HONORÁRIOS. CABIMENTO. 1. Tratando-se de ato não definitivamente julgado, aplica-se a lei mais benéfica ao contribuinte, para redução de multa, conforme dispõe o art. 106, inciso II, alínea c, do CTN. 2. O art. 35 da Lei n. 8.212/91 foi alterado pela Lei n. 11.941/09, devendo o novo percentual aplicável à multa seguir o patamar de 20% que, sendo mais propícia ao contribuinte, deve ser a ele aplicado, por se tratar de lei mais benéfica, cuja retroação é autorizada com base no art. 106, II, do CTN. 3. Precedentes: AgRg no AREsp 185.324/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.8.2012; AgRg no REsp 1216186/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/5/2011; REsp 1117701/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19/10/2009. 4. O art. 35 da Lei n. 8.212/91, com a redação anterior à Lei n. 11.940/09, não distingue a aplicação da multa em decorrência da sua forma de constituição (de ofício ou por homologação), hipótese prevista tão somente com o advento da Lei n. 11.940/09, que introduziu o art. 35-A à Lei de Custeio da Seguridade Social, restringindo sua incidência aos casos ocorridos após sua vigência, sob pena de retroação. 5. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal ou redução de seu valor, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. (STJ - EDcl no AgRg no REsp: 1275297 SC 2011/0209167-1, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 03/12/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2013)

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.

Ante o exposto, voto no sentido de determinar, de ofício, tão somente para o período de 2007 (eis que não houve a instauração da fase litigiosa do procedimento para o período de 2006, conforme previsto no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72), o recálculo da **multa de mora** aplicada, com base na redação do art. 35 da Lei nº 8.212/99 dada pela Lei nº 11.941/09 c/c art. 61 da Lei nº 9.430/96, que estabelece **multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**, por força da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, “c”, do CTN.

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

Em seu apelo recursal o contribuinte alega, ainda, a inconstitucionalidade da multa de mora 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 PARCIALMENTE do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para determinar, de ofício, tão somente para o período de 2007 (eis que não houve a instauração da fase litigiosa do procedimento para o período de 2006, conforme previsto no artigo 14 do Decreto nº 70.235/72), o recálculo da **multa de mora** aplicada, com base na redação do art. 35 da Lei nº 8.212/99 dada pela Lei nº 11.941/09 c/c art. 61 da Lei nº 9.430/96, que estabelece **multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**, por força da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, “c”, do CTN.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Dirirjo 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 PARCIALMENTE do Recurso Voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro