



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35464.002171/2006-02
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-010.359 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de outubro de 2022
Recorrente SONY PICTURES RELEASING OF BRASIL INC
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/11/2004

PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE DO STF. APLICAÇÃO DO CTN.

Prescreve a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, motivo pelo qual o prazo de decadência a ser aplicado às contribuições previdenciárias e às destinadas aos terceiros deve estar em conformidade com o disposto no CTN. Com o entendimento do Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda em 18/08/2008, na contagem do prazo decadencial para constituição do crédito das contribuições devidas à Seguridade Social utiliza-se o seguinte critério: (i) a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra geral do art. 173 do CTN, e, (ii) O pagamento antecipado da contribuição, ainda que parcial, suscita a aplicação da regra prevista no §4º do art. 150 do CTN.

COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação de ofício somente é autorizada nas hipóteses de verificação de débitos do requerente em favor da Fazenda Pública quando da análise de pedido de restituição

JUROS. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

Súmula CARF nº 04: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

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.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A prova produzida em processo administrativo tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Nesse sentido, sua realização não constitui direito subjetivo do contribuinte.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

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

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) reconhecer a decadência até a competência maio de 2001; e b) aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

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

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 190 e ss).

Pois bem. Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (Debcad nº 35.808.363-0), lavrada em face da empresa acima identificada relativa às

contribuições devidas à Seguridade Social de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 36/39, cujos fatos geradores ocorreram com o pagamento da prestação de serviços, pagos ou creditados às pessoas físicas sem vínculo empregatício, no montante de R\$ 83.765,14 (oitenta e três mil, setecentos e sessenta e cinco reais e catorze centavos), consolidado em 30/05/2006, referente às competências de 01/1999 a 11/2004, com ciência pelo contribuinte, por via postal, em 14/06/2006 (fls. 42).

O Relatório Fiscal de fls. 36/39 informa que:

O presente levantamento fundamenta-se no art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores dadas pela Lei nº 9.711, de 20/11/98.

Foram elaborados três levantamentos identificados como AUT, AF1 e AF2 - AUTÔNOMOS (todos classificados como não declarados em GFIP), que relacionam os créditos apurados com base nos livros contábeis, nas folhas de pagamento dos contribuintes individuais (autônomos) e nas DIRF - cód. 0588 (Declaração de Imposto de Renda retido na Fonte) do período.

A relação dos contribuintes individuais que prestaram serviços à empresa (sua identificação e valores recebidos, por competência) consta das fls. 34/35.

Os valores totais lançados constam do relatório específico, às fls. 14/17.

Em 30/06/06, a Impugnante contestou a presente NFLD, tempestivamente, através do instrumento de fls. 49/68, com juntada de Procurações, fls. 71/81; Alteração da razão social, fls. 82; Extrato de conta bancária da empresa, fls. 83, 85, 88; Guia da Previdência Social - GPS, fls. 84, 86, 89 e Notas fiscais de serviços, fls. 87, 90, 91, 92.

A impugnante, em sua defesa, alega:

1. Que a NFLD não foi lançada de acordo com o que determina o art. 37 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e a IN - Instrução Normativa nº 3, de 14/07/2005.
2. Que a Autoridade Fiscal não considerou algumas GPS que estão relacionadas com o recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a contribuintes individuais.
3. Que a NFLD foi lavrada sem a verificação apropriada dos documentos que foram apresentados pela Notificada.
4. Que no relatório fiscal o Auditor, equivocadamente, colocou o artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91 no que diz respeito ao embasamento legal para o presente lançamento fiscal sobre as remunerações pagas aos autônomos (pessoas físicas sem vínculo). Tal fato bastaria para o cancelamento da NFLD considerando que a notificada sofreu evidente cerceamento de defesa, tendo em vista que a imputação administrativa de infração incorreta, não garantiu à notificada o direito ao contraditório e a ampla defesa.
5. Que o lançamento fiscal deve conter os motivos de fato e de direito da imposição, descritos de forma clara e expressa, de modo a permitir a impugnação pelo sujeito passivo.
6. Que se operou a decadência das contribuições previdenciárias, tendo em vista que a Lei nº 8.212/91 não poderia instituir prazo especial de 10 anos para a decadência das contribuições previdenciárias por manifesta contrariedade ao texto constitucional; bem como a decadência das contribuições destinadas a terceiros, transcrevendo Pareceres CJ/MPAS, nº 828/99 e 1.804/99.

7. Que o presente lançamento fiscal é insubsistente na medida em que a Notificada efetuou o pagamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas aos autônomos no ano de 2004 (doe. nº3), conforme determina o artigo 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91.
8. Que, no mínimo, os valores pagos aos autônomos no ano de 2004 devem ser excluídos de imediato da NFLD, já que nesse período houve o recolhimento da contribuição previdenciária exigida.
9. Que, quanto aos juros, esses não podem exceder o percentual mensal de 1% ao mês, na forma disposta no artigo 161, § I o do CTN - Código Tributário Nacional.
10. A notificada protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção de quaisquer, especialmente pela juntada de novos documentos, bem como realização da perícia.
11. E, finalmente, requer que seja totalmente acolhida a presente impugnação, a fim de que seja decretada a nulidade da presente NFLD, pelas razões já expostas, ou no mérito, seja declarada a sua insubsistência, com o conseqüente cancelamento do débito.

Em 26/09/2006, os autos foram encaminhados ao Auditor Notificante em diligência para apreciação das alegações quanto ao equívoco do embasamento legal, bem como dos documentos juntados pela Impugnante (GPS das competências 09/2004 e 11/2004, referentes aos recolhimentos dos contribuintes individuais Marie France Perroy e Ana Paula Elias Salhani).

Em 30/11/2006, o Auditor Fiscal emitiu Relatório Fiscal Substitutivo corrigindo o equívoco no embasamento legal do levantamento (fls. 100/103) e, ainda, retificando as competências 09/2004 e 11/2004, devido às guias apresentadas pelo contribuinte (fls. 105).

Em 18/12/2006, foi dada ciência ao contribuinte deste relatório e reaberto o prazo para defesa para garantir o direito da ampla defesa e o contraditório. O contribuinte foi cientificado sobre esta reabertura de prazo através do Aviso de Recebimento, juntado às fls. 107 em 18/12/2006.

O contribuinte apresentou nova defesa, tempestivamente, em 02/01/2007 de fls. 110/127 trazendo as seguintes alegações:

1. Que a Autoridade Fiscal deixou de entregar os anexos do relatório fiscal substitutivo e que não justificou o motivo da emissão.
2. Que a NFLD é nula em virtude de cerceamento de defesa de vício formal e de constituição.
3. Que houve a decadência das contribuições previdenciárias e das contribuições destinadas às terceiras entidades.
4. Que a aplicação SELIC é ilegal como critério de atualização monetária.
5. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada de novos documentos, bem como realização da perícia.

Em 16/09/2007, os autos foram, novamente, convertidos em diligência para manifestação quanto aos valores incluídos na base de cálculo das competências 09/2004 a 11/2004 (levantamento AF2) e dar ciência ao contribuinte de novo relatório de Fundamentos Legais do Débito (fls. 171/176).

Em 29/06/2010, a Autoridade Fiscal apurou que as bases de cálculo das competências 09/2004 a 11/2004 (levantamento AF2) confrontadas com as GPS apresentadas pelo contribuinte referentes às competências 09/2004 e 11/2004 zeram os créditos lavrados para tais meses, conforme demonstrado em planilha às fls. 179.

Tendo sido aberto prazo de 30 dias para manifestação nos autos, a Impugnante, tempestivamente, manifestou-se, uma vez mais (fls. 154/155), expondo:

1. Que a DEFIS/SPO deixou de se manifestar quanto ao valor recolhido a maior na competência 09/2004, cujo crédito de R\$ 572,30 deveria ser utilizado para débito da competência 10/2004 de R\$ 848,26.
2. Reitera a ocorrência da decadência dos fatos geradores anteriores a 05/2001, conforme art. 150, parágrafo 4o do CTN e demais alegações para que seja declarada a insubsistência da presente NFLD, com o seu conseqüente cancelamento.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 190 e ss, cujo dispositivo considerou a impugnação **procedente em parte**, com a **manutenção parcial** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/11/2004

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

A empresa é obrigada a contribuir para a Seguridade Social com vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, quando o contribuinte em sua impugnação demonstra conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados, defendendo-se plenamente.

DECADÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRAZO SEGUNDO SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF E DA FORMA DE CONTAGEM DO ART. 173, I, DO CTN.

Prescreve a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, razão pela qual, em se tratando de lançamento de ofício, deve-se aplicar o prazo decadencial de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado (art.173, I, do CTN).

TAXA SELIC.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas em lei tributária. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS ADICIONAIS, INCLUSIVE PERÍCIA.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções constantes no § 4º do art. 16 do Decreto nº 70.235/72 e a solicitação de diligência ou perícia deve obedecer ao disposto no inciso IV do mesmo dispositivo legal.

LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. ALTERAÇÃO NOS CÁLCULOS E LIMITES DA MULTA. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS BENÉFICA.

Tratando-se de ato não definitivamente julgado, a Administração deve aplicar a lei nova a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, assim observando, quando da aplicação das alterações na legislação tributária referente às penalidades, a norma mais benéfica ao contribuinte (art. 106, II, “c”, do CTN).

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 211 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, conforme a seguir: (i) decadência das contribuições previdenciárias (fatos geradores anteriores a junho de 2001), com base no artigo 150, parágrafo 4º do CTN; (ii) necessidade de aproveitamento de crédito de R\$ 572,30 (setembro de 2004) pelo recorrente para abater a dívida de R\$ 848,26 (outubro de 2004); (iii) ilegalidade da aplicação da SELIC no caso, como critério de atualização monetária.

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

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

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

2. Prejudicial de Mérito – Decadência.

Do que se depreende dos autos, o lançamento se refere ao período **01/01/1999 a 30/11/2004**, sendo que o recorrente alega a decadência para o período anterior a **06/2001**, em razão de ter tomado ciência do lançamento no dia **14/06/2006 (e-fl. 42)** e haver princípio de pagamento da contribuição previdenciária incidentes sobre os valores pagos a contribuintes individuais, no período em epígrafe.

A decisão recorrida entendeu que o sujeito passivo teria deixado de praticar a atividade de apuração, não apresentando ao Fisco as informações pertinentes ao tributo em questão por meio de GFIP, e considerando que a presente autuação diz respeito apenas a contribuições não pagas, não haveria que se falar em lançamento por homologação, mas sim de lançamento de ofício previsto no art. 149, do Código Tributário Nacional, ao qual se aplicaria o prazo decadencial determinado pelo art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, reconhecendo a decadência do crédito apurado em relação às competências 01/1999 a 11/2000, nos termos do inciso V, do art. 156 do CTN.

Pois bem. Oportuno esclarecer, inicialmente, que em decorrência do julgamento dos Recursos Extraordinários nº 556.664, 559.882, 559.943 e 560.626 o Supremo Tribunal

Federal editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada no D.O.U. de 20/06/2008, nos seguintes termos:

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

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

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

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

No caso dos autos, o trabalho fiscal se reporta aos fatos geradores de Contribuições Previdenciárias, relativo ao período de apuração 01/01/1999 a 30/11/2004, tendo o contribuinte sido intimado acerca do lançamento, no dia 14/06/2006 (e-fl. 42).

Para aplicar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao caso em questão, que trata da exigência de Contribuições Previdenciárias, é de extrema relevância, a constatação da existência ou não de antecipação de pagamento, o que influencia, decisivamente, na contagem do prazo decadencial, seja pelo artigo 150, § 4º, ou pelo artigo 173, I, ambos do CTN.

Cabe pontuar, ainda, que para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração (Súmula CARF nº 99).

No caso dos autos, pelos documentos acostados pelo sujeito passivo, no Processo nº 18186001192/2007-91 (e-fls. 529 e ss), também de relatoria deste Conselheiro, constato que houve recolhimentos parciais para as competências autuadas e potencialmente sujeitas à decadência, de modo que é de se entender pela antecipação de pagamento, apta a atrair a incidência do art. 150, § 4º, do CTN, sobretudo em razão da previsão contida na Súmula CARF nº 99.

Nesse sentido, entendo que se deve aplicar o art. 150, §4º do CTN, uma vez que verificado que o lançamento se refere a descumprimento de obrigação tributária principal, e que

houve pagamento parcial das contribuições previdenciárias no período fiscalizado, além de não ter ocorrido fraude, dolo ou simulação, não comprovado, a meu ver, na hipótese.

Assim, uma vez que o recorrente tomou ciência do lançamento no dia 14/06/2006 (e-fl. 42), e o trabalho fiscal se reporta aos fatos geradores de Contribuições Previdenciárias, relativo ao período de apuração 01/01/1999 a 30/11/2004, restam decaídas as competências anteriores a junho de 2001.

Dessa forma, faz-se necessário reconhecer a decadência das competências lançadas até maio de 2001.

3. Mérito.

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

Pois bem. Conforme narrado, trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (Debcad nº 35.808.363-0), lavrada em face da empresa acima identificada relativa às contribuições devidas à Seguridade Social de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 36/39, cujos fatos geradores ocorreram com o pagamento da prestação de serviços, pagos ou creditados às pessoas físicas sem vínculo empregatício, no montante de R\$ 83.765,14 (oitenta e três mil, setecentos e sessenta e cinco reais e catorze centavos), consolidado em 30/05/2006, referente às competências de 01/1999 a 11/2004, com ciência pelo contribuinte, por via postal, em 14/06/2006 (fls. 42).

Em seu recurso, o sujeito passivo se limita a alegar que, em relação às competências dos meses de setembro e novembro de 2004, as Guias de Recolhimento da Previdência Social (GRPS) apresentadas em sua impugnação, zeram os lançamentos, sendo que, em relação à competência do mês de outubro de 2004, como foi recolhido a maior na competência do mês de setembro de 2004, cujo crédito seria de R\$ 572,30, tal valor deveria ser utilizado para abater a dívida de R\$ 848,26, relacionado ao mês de outubro de 2004.

Contudo, entendo que o pleito da recorrente escapa à competência deste colegiado, eis que, caso o contribuinte entenda haver realizado pagamento a maior em determinada competência, deve ingressar com pedido de restituição à unidade jurisdicionante da RFB ou efetivar a compensação de tais valores mediante informação em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP de competência posterior ao pagamento efetuado a maior, nos moldes preconizados no art. 89, da Lei nº 8.212/91.

Cabe destacar que o pedido de compensação deve observar normas próprias e que, atualmente, estão previstas na Instrução Normativa RFB nº 2055, de 06 de dezembro de 2021, que estabelece normas sobre restituição, compensação, ressarcimento e reembolso, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A observância deste procedimento tem como objetivo evitar que o contribuinte seja ressarcido, indevidamente, em duplicidade, além de se tratar de uma formalidade necessária para a verificação da liquidez e certeza do crédito alegado.

No tocante à utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados, sua incidência já foi pacificada, conforme Súmula nº 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no

período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ademais, sobre as demais arguições acerca da inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação tributária, oportuno observar que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

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

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

Para além do exposto, rejeito o pedido para realização de perícia ou conversão do julgamento em diligência, por entender que tal instrumento não serve para fins de suprir material probatório a cuja apresentação está a parte pleiteante obrigada. Em outras palavras, pretende o contribuinte, por via da prova pericial, que sejam produzidas as provas que embasam as informações, cujo ônus cabe a ele próprio.

Nesse desiderato, os elementos de prova a favor do recorrente, no caso em análise, poderiam ter sido por ele produzidos, apresentados à fiscalização no curso do procedimento fiscal, ou, então, na fase impugnatória, com a juntada de todos os documentos e o que mais quisesse para sustentar seus argumentos, não podendo o pedido de perícia ser utilizado como forma de postergar a produção probatória, dispensando-o de comprovar suas alegações.

Assim, o pedido de prova pericial técnica ou mesmo a conversão do julgamento em diligência, não serve para suprir ônus da prova que pertence ao próprio contribuinte, dispensando-o de comprovar suas alegações.

A propósito, 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.

Enfrentada as questões acima, apenas faço um pequeno reparo na decisão de piso, determinando, por força do art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício.

A esse respeito, relevante destacar que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional, passou a acolher a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, acolhendo o entendimento da inaplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, o qual prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício de contribuições previdenciárias relativas a fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 11.941/09.

Nesse sentido, após a consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

incluiu essa matéria na lista e elaborou a nota retro referida, cujos principais trechos destaco pela pertinência com a presente lide.

Vejamos o que consta na Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, que fez incluir na “Lista de Dispensa de Contestar e Recorrer – a que se refere o art.2º, V, VII e §§ 3º a 8º, da Portaria PGFN Nº 502/2016 - o item o item 1.26,”c”:

1.2.6. Multas

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS.

Referência: Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME

*Data da inclusão: 12/06/2018

5. A controvérsia em enfoque gravita em torno do percentual de multa aplicável às contribuições previdenciárias objeto de lançamento de ofício, em razão do advento das disposições da Lei nº 11.941, de 2009. Discute-se, nessa toada, se deveriam incidir os percentuais previstos no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação anterior àquela alteração legislativa; se o índice aplicável seria o do atual art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei 11.941, de 2009; ou, por fim, se caberia aplicar o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela nova Lei já mencionada.

6. A respeito da questão, a Fazenda Nacional vem defendendo judicialmente a tese de que, para a definição do percentual aplicável a cada caso, indispensável discernir se se trata de multa moratória, devida no caso de atraso no pagamento independente do lançamento de ofício, ou de multa de ofício, cuja incidência pressupõe a realização do lançamento pelo Fisco para a constituição do crédito tributário, diante do não recolhimento do tributo e/ou falta de declaração ou declaração inexata por parte do contribuinte.

7. Na perspectiva da Fazenda Nacional, havendo lançamento de ofício, incidiria a regra do art. 35 anterior à Lei nº 11.941, de 2009 (que previa multa para a NFLD e a

escalonava até 100% do débito) ou aplicar-se-ia retroativamente o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 (que estipula multa de ofício em 75%), quando mais benéfico ao contribuinte. Tais regras, conforme defendido, diriam respeito à multa de ofício. Noutras palavras, na linha advogada pela União, restaria afastada a incidência da atual redação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009), porquanto aplicável apenas à multa moratória, não havendo que se falar em redução da multa de ofício imposta pelo Fisco para o patamar de 20% do débito.

8. Sucede que, analisando a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça -

STJ, é possível constatar a orientação pacífica de ambas as Turmas de Direito Público no sentido de admitir a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa

moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício. É o que bem revelam as ementas dos arestos adiante transcritos, in verbis:

...

9. Vê-se que a Fazenda Nacional buscou diferenciar o regime jurídico das multas de mora e de ofício para, a partir disso, evidenciar a possibilidade ou não de retroação benigna (CTN, art. 106. II, "c") conforme as regras incidentes a cada espécie de penalidade.

10. Contudo, o STJ vem entendendo que, anteriormente à inclusão do art. 35-A pela Lei nº 11.941, de 2009, não havia previsão de multa de ofício no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (apenas de multa de mora), nem na redação primeva, nem na decorrente da Lei nº 11.941, de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 449, de 2008). Consequentemente, a Corte tem afirmado a incidência da redação do art. 35 da Lei 8.212/1991, conferida pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória, por caracterizar-se como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, "c", do CTN.

11. Nessas hipóteses, a jurisprudência pacífica do STJ afasta a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. Assim, o art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incidiria apenas sobre os lançamentos de ofício (rectius: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei nº 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN ("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").

Recentemente, a Procuradoria da Fazenda Nacional editou ainda o PARECER SEI Nº 11315/2020/ME, no qual ratifica a aplicação do entendimento acima mesmo diante das considerações em contrário apresentadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Quanto a este ponto, fazemos os seguintes destaques:

1. Trata-se da Nota Cosit nº 189, de 28 de junho de 2019, da Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil – COSIT/RFB e do e-mail s/n, de 13 de maio de 2020, da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional na 3ª Região – PRFN 3ª Região, os quais contestam a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, que analisou proposta de inclusão de tema em lista de dispensa de contestar e de recorrer, nos termos da Portaria PGFN nº 502, de 12 de maio de 2016[1].

...

10. Nesse contexto, em que pese a força das argumentações tecidas pela RFB, a tese de mérito explicitada já fora submetida ao Poder Judiciário, sendo por ele reiteradamente rechaçada, de modo que manter a impugnação em casos tais expõe a Fazenda Nacional aos riscos da litigância contra jurisprudência firmada, sobretudo à condenação ao pagamento de multa.

11. Ao examinar a viabilidade da presente dispensa recursal, a CRJ lavrou a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, relatando que a PGFN já defendeu, em juízo, a diferenciação do regime jurídico das multas de mora e de ofício para, a partir disso, evidenciar a possibilidade ou não de retroação benigna, conforme as regras incidentes a cada espécie de penalidade:

6. A respeito da questão, a Fazenda Nacional vem defendendo judicialmente a tese de que, para a definição do percentual aplicável a cada caso, indispensável discernir se se trata de multa moratória, devida no caso de atraso no pagamento independente do lançamento de ofício, ou de multa de ofício, cuja incidência pressupõe a realização do lançamento pelo Fisco para a constituição do crédito tributário, diante do não recolhimento do tributo e/ou falta de declaração ou declaração inexata por parte do contribuinte.

7. Na perspectiva da Fazenda Nacional, havendo lançamento de ofício, incidiria a regra do art. 35 anterior à Lei nº 11.941, de 2009 (que previa multa para a NFLD e a escalonava até 100% do débito) ou aplicar-se-ia retroativamente o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991 (que estipula multa de ofício em 75%), quando mais benéfico ao contribuinte. Tais regras, conforme defendido, diriam respeito à multa de ofício. Noutras palavras, na linha advogada pela União, restaria afastada a incidência da atual redação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991 (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009), porquanto aplicável apenas à multa moratória, não havendo que se falar em redução da multa de ofício imposta pelo Fisco para o patamar de 20% do débito. (grifos no original)

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

Embora inexista decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, o que implicaria força normativa formal nos termos do Regimento Interno deste Conselho (art. 62, § 1º, II, "b"), a jurisprudência reiterada e orientadora da 1ª Seção daquele Tribunal tem força normativa material, tanto que culminou com a edição da Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME (vide art. 62, § 1º, II, "c", do Regimento), impondo-se a sua observância até como forma de preservar o sobreprincípio da segurança jurídica e o consequente princípio da proteção da confiança.

Ante o exposto, no presente caso, faz-se necessário determinar a retroatividade benigna do art. 35 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício.

Por fim, registro que não vislumbro qualquer nulidade do lançamento, eis que o fiscal autuante demonstrou de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como houve a estrita observância dos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 do Decreto nº 70.235/72.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de: (i) reconhecer a decadência até a competência maio de 2001; (ii) determinar, por força do art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional, a retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício, se mais benéfico ao sujeito passivo.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Fl. 13 do Acórdão n.º 2401-010.359 - 2ª Seção/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 35464.002171/2006-02