



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35464.003354/2006-37
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-009.382 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente MONACE ENGENHARIA E ELETRICIDADE LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2000 a 31/10/2001, 01/12/2001 a 31/12/2001, 01/04/2002 a 31/05/2002, 01/08/2002 a 31/12/2003, 01/01/2005 a 31/01/2005, 01/03/2006 a 30/04/2006

NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. ATO VINCULADO. AFERIÇÃO INDIRETA. ÔNUS DA PROVA.

A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, uma vez detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, cabe à autoridade tributária proceder ao lançamento, com os devidos acréscimos legais.

É lícita a apuração por aferição indireta do débito quando o sujeito passivo deixa de apresentar a documentação comprobatória necessária ou é apresentada de forma deficiente, assim como, quando a contabilidade não registra o movimento real da empresa

DECADÊNCIA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º DO CTN. SÚMULA CARF Nº 99.

Havendo recolhimento antecipado, o prazo decadencial relativo ao cumprimento de obrigação principal será de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN

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).

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO FISCAL ELEITO.

É dever do contribuinte a inscrição no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas, assim como, promover às atualizações necessárias, de forma a manter sempre atualizados seus dados.

PROCESSUAIS NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido o Auto de Infração lavrado segundo os requisitos estipulados no art. 10 do Decreto 70.235, de 1972 e comprovado que o procedimento fiscal foi feito regularmente, não se apresentando, nos autos, as causas apontadas no art. 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se cogitar em nulidade processual, nem em nulidade do lançamento enquanto ato administrativo e tampouco cerceamento de defesa.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LEIS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. SÚMULA CARF N.º 2.

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

As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais.

ALEGAÇÕES. PROVAS. MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO.

As provas e alegações de defesa devem ser apresentadas no início da fase litigiosa, considerado o momento processual oportuno, precluindo o direito do sujeito passivo de fazê-lo posteriormente, salvo a ocorrência das hipóteses que justifiquem sua apresentação posterior.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

As decisões administrativas e judiciais, mesmo proferidas pelo CARF ou pelos tribunais judiciais, que não tenham efeitos vinculantes, não se constituem em normas gerais, razão pela qual seus julgados não se estendem a outras ocorrências, senão aquela objeto da decisão.

MULTA.. RETROATIVIDADE BENIGNA.

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CABIMENTO. SÚMULA CARF n.º 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018). Súmula CARF n.º 4.

REGIMENTO INTERNO DO CARF. § 3º ART. 57. APLICAÇÃO

Presentes na peça recursal os argumentos de defesa já explicitados por ocasião do oferecimento da manifestação de inconformidade ou impugnação, que foram claramente analisados pela decisão recorrida, esta pode ser transcrita e ratificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto às alegações constantes do tópico “VII – Da Não Obrigatoriedade da GFIP Para Empregados Autônomos”; e na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial, para reconhecer a decadência dos períodos de apuração até a competência 08/2001 (inclusive) e determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sonia de Queiroz Accioly, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Samis Antônio de Queiroz, Martin da Silva Gesto e Mário Hermes Soares Campos (relator).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o Acórdão n.º 16-18.971 da 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I - DRJ/SP1 - (e.fls. 306/336), que julgou procedente em parte o lançamento consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD – DEBCAD) - n.º 35.808.926-3, de 08/06/2006, no valor original consolidado de R\$ 1.974.242,09. Impossibilitada a ciência pessoal ou por via postal, devido ao retorno das correspondências, a ciência foi realizada por meio do Edital/DRP – SP – SUL – n.º 21.404.2/166/2006, afixado em 24/08/2006, sendo considerada ocorrida em 11/09/2006, conforme o despacho de e.fl. 165.

Consoante o “Relatório Fiscal Substitutivo”, parte integrante do Auto de Infração (e.fls. 270/273), o sujeito passivo deixou de recolher em épocas próprias as contribuições previdenciárias sociais e contribuições destinadas a outras entidades – Terceiros (Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação –FNDE; Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra; Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai; Serviço Social da Indústria – Sesi e Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae). Ainda de acordo com o relatório, os levantamentos foram realizados por aferição indireta, uma vez que, a autuada deixou de atender ao Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD). As informações relativas à NFLD foram complementadas pelo “Relatório Fiscal Substitutivo” de e.fls. 270/273, onde destaco:

(...)

V. Do motivo da Notificação

A empresa acima qualificada deixou de recolher em época própria contribuições previdenciárias devidas ao FPAS e contribuições destinadas a Terceiros, arrecadadas pela SRP, motivo pelo qual esta sendo notificada a fazê-lo.

VI. Dos documentos examinados, da apuração das bases de cálculo e contribuições lançados nesta NF LD:

Os lançamentos referem-se a diferenças de contribuições previdenciárias e destinadas a Outras Entidades(Terceiros) apuradas conforme abaixo (vide relatório Discriminativo Analítico de Débito - DAD, fls. 04 a 14): '

Critério para Apuração do Valor de Crédito de Contribuições Previdenciárias:

A - CC = D

Sendo:

A(Apurado) = Contribuição Apurada com base nas informações de GFIP e RAIS

CC(Créditos Considerados) = Recolhimentos (GPS 2100)

D(Diferença) = valor do Crédito da Contribuição Previdenciária.

Critério para Apuração do Valor do Crédito de Contribuições Devidas a Outras Entidades(Terceiros):

AT-CCT=DT

Sendo:

AT(Apurado Terceiros): Contribuição apurada com base nas informações de GFIP e RAIS

CCT(Crédito considerado Terceiros) = recolhimentos GPS 2100

DT(Diferença Terceiros) = valor do crédito da contribuição devida a outras entidades(Terceiros).

Contribuição apurada com base nas informações de GFIP e RAIS: foram utilizados os dados de Massa Salarial e Desconto do Segurado declaradas pela empresa em GFIP(10/00 a 12/02), segundo informações constantes do banco de dados da SRP.

Configurada a competência 09/02 como a última para a qual a empresa entregou GFIP, para períodos posteriores foram encontrados unicamente valores em RAIS, sendo estes confiáveis para o ano de 2003 e desprezíveis para o último trimestre de 2002, o que ensejou a mera projeção das informações de GFIP de 09/02 para os três meses subsequentes.

A falta de GFIP para 10/01 impôs que se considerassem os dados de RAIS, e a completa ausência de informações para 2004, 2005 e 2006 limitou o levantamento total a 12/03.

No levantamento RAI-RAIS, as fls.10/ 14, constam contribuições devidas de segurados empregados. O levantamento com base em dados, exclusivamente extraídos da RAIS, não permitiu a esta fiscalização, apurar se houve ou não, por parte da empresa, o efetivo desconto da remuneração dos empregados, dos valores referentes às contribuições previdenciárias dos mesmos.

Recolhimentos(GPS 2100): foram consideradas as guias de recolhimento GPS relativas ao código de pagamento 2100 (empresas em geral CNPJ/MF).

Faz parte deste relatório o “Anexo BC/CS”(fls. 57 a 70), que determina a base de cálculo das contribuições da empresa e a contribuição dos segurados.

(...)

Inconformada com a autuação, a contribuinte apresentou impugnação, documento de e.fls. 86/100, onde principia advogando que a autuação deveria ser anulada, por falta de amparo jurídico. Afirma que não teria sido regularmente notificada para se defender e que, os créditos previdenciários teriam sido formalizados de maneira equivocada, posto que baseados em valores que entende inexistentes ou equivocados, viciando todo o lançamento, na medida que a autoridade fiscal lançadora: “...*desconsiderou os documentos fiscais da empresa, formalizando crédito previdenciário “inexistente”.*”

Aduz assim, em sede de preliminares, que não teria sido regularmente notificada, uma vez que o local onde desenvolvia suas atividades teria sido locado para uma outra pessoa jurídica, com a qual não possui qualquer vínculo, mantendo apenas duas salas fechadas para depósito, que seriam visitadas apenas a cada 30 ou 40 dias. Dessa forma, somente teria tomado ciência da presente autuação ao visitar a sede da repartição fiscal, em função de outra notificação. Portanto, assevera que, não tendo havido a adequada intimação, como se verificaria

dos próprios Avisos de Recebimento (AR) anexados ao processo administrativo, deixou involuntariamente de apresentar a documentação exigida no TIAD, entendendo que: “...prejudicando o próprio Discriminativo Analítico de Débito - DAD que foi realizado através de aferição indireta.” Complementa que, diante de tais fatos relatados, não teria havido recusa em apresentar qualquer documento ou informação, visto que, sequer havia o conhecimento daquela autuação. Também aduz não ter havido sonegação, posto que, diante da ausência de intimação, teria restado prejudicada a apresentação dos documentos solicitados e os AR’s atestariam não ter havido o devido recebimento pelos sócios e nem pelo responsável legal da empresa.

Na sequência da impugnação, apresenta a contribuinte argumentos contrários ao lançamento efetuado por meio de aferição indireta, classificando como “*procedimento arbitrário e ilegal*”, baseado em meros indícios, que, citando doutrina e julgados do extinto Conselho de Contribuintes, entende não se tratar de meio suficiente a corroborar autuações. Acentua seu inconformismo porque sempre teria atendido prontamente às exigências da Administração Tributária. Também é alegada indevida função arrecadatória e natureza confiscatória das penalidades aplicadas, além de falta de qualquer proporção ou razoabilidade entre o evento tido por danoso e a sanção imposta. É contestada ainda a aplicação da taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Taxa Selic) como fator de cobrança dos juros moratórios, sob argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade e por comportar indevida correção monetária, atentando contra o princípio da capacidade contributiva.

Antes de submeter o processo a julgamento, entendeu o Serviço de Contencioso Administrativo Previdenciário da Delegacia da Receita Previdenciária em São Paulo – Sul, pela determinação de realização de diligência fiscal, nos termos do despacho de e.fl. 196/204. Em cumprimento a tal solicitação, foram juntados os documentos de e.fl. 206/210 e proferido o despacho de e.fl. 211, informando que não foi possível o cumprimento da diligência.

Em razão de informação da fiscalização, quanto ao não cumprimento da diligência fiscal, foram os autos novamente baixados, desta feita pela DRJ/SP1, para atendimento do solicitado pela autoridade julgadora (despacho de fls. 215/216). Cumprindo tal determinação de diligência, foi elaborado o “Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal NFLD 358089263”, documento de e.fl. /265/268, onde foram prestadas informações e propostas alterações no lançamento, sendo ainda emitido o “Relatório Fiscal Substitutivo” de e.fl. 270/273. Instado a se manifestar quanto às conclusões da diligência, o sujeito passivo apresentou as contrarrazões de e.fl. 277/281 e e.fl. 282/294.

A impugnação foi considerada tempestiva e de acordo com os demais requisitos de admissibilidade, sendo julgado procedente em parte o lançamento. Foi reconhecida pela autoridade julgadora de piso a decadência do direito de lançamento de parte do crédito tributário constante da Notificação. Sendo assim excluídas do lançamento os seguintes períodos de apuração, de acordo com as respectivas irregularidades/rubricas apuradas: DAL - competências 11/2000 a 05/2001 (Diferenças de Acréscimos Legais - multa e juros); GF2-DFIP - competências 10/2000 a 05/2001 (terceiros) e GF2-GFIP - competências 10/2000 e 11/2000 (Empresa e SAT/RAT). Também foram acatadas no julgamento de piso a retificação do lançamento nos termos propostos pela fiscalização, baseadas em informações obtidas com fulcro na documentação apresentada posteriormente à lavratura da NFLD em contrarrazões às diligências realizadas. Foi assim emitido o “DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado” (e.fl. 297/304), onde é demonstrado o crédito fiscal remanescente após o julgamento de piso, e exarada a seguinte ementa:

INTIMAÇÃO/NOTIFICAÇÃO

São regulares as intimações e as notificações realizadas por via postal no endereço informado pelo contribuinte ao Fisco.

NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Contendo o lançamento todos os elementos previstos na legislação, não se configura qualquer vício de forma, ou ofensa a princípios jurídicos.

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.

AFERIÇÃO INDIRETA

É lícita a apuração por aferição indireta do débito quando a documentação comprobatória é apresentada de forma deficiente e/ou quando a contabilidade não registra o movimento real da empresa.

RETIFICAÇÃO

Constatados erros no lançamento, é dever de ofício da autoridade proceder à retificação do mesmo.

DECADÊNCIA

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário deve seguir as regras previstas no Código Tributário Nacional, em face da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, declarada pela Súmula Vinculante STF nº 08.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

São devidos os juros e a multa moratória sobre as contribuições arrecadadas em atraso.

CONFISCO

Não caracteriza confisco a multa aplicada nos estritos termos legais.

TAXA SELIC.

Sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pela Receita Federal do Brasil que estejam em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC de caráter irrelevável.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

Compete exclusivamente ao Poder Judiciário decidir sobre matéria relativa a constitucionalidade / legalidade.

APRESENTAÇÃO POSTERIOR DE DOCUMENTOS

As provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções legais.

INTIMAÇÃO. DOMICÍLIO DO SUJEITO PASSIVO. ENDEREÇO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE.

Indefere-se O pedido de endereçamento de intimações ao escritório dos procuradores em razão de inexistência de previsão legal para intimação em endereço diverso do domicílio do sujeito passivo.

Lançamento Procedente em Parte

Foi interposto recurso voluntário (e.fls. 344/370), onde a autuada ratifica e reproduz todos os argumentos de defesa apresentados por ocasião da impugnação. Em tópico intitulado “Nulidade da Notificação”, volta assim a advogar que não teria sido regularmente notificada e que os créditos previdenciários teriam sido formalizados de maneira equivocada, posto que baseados em valores que entende inexistentes ou equivocados. Uma vez que somente

teria tomado ciência da presente autuação ao visitar a sede da repartição fiscal, em função de outra notificação, não tendo havido a adequada intimação. Dessa forma, não teria havido recusa em apresentar qualquer documento ou informação, visto que, sequer havia o conhecimento daquela autuação, posto que os AR's atestariam não ter havido o devido recebimento pelos sócios e nem pelo responsável legal da empresa. Também são reiterados os argumentos contrários ao lançamento efetuado por meio de aferição indireta. Nesse sentido, novamente citando doutrina e julgados do extinto do Conselho de Contribuintes, assevera que o lançamento teria arbitrariamente se baseado em meros indícios, e que tais indícios não seriam meios suficientes para corroborar uma autuação. Reitera não ter havido recusa em apresentar qualquer documento ou informação requerida, visto que, sequer tinha conhecimento do procedimento fiscal e pontua também não ter havido qualquer sonegação. Em tópicos intitulados "V - Do Contraditório e da Ampla Defesa" e "VI - Erro na Fundamentação Legal", passa a recorrer a discorrer sobre o resultado das diligências solicitadas pela autoridade julgadora de piso, onde alega que foram elaboradas tabelas confusas e pouco elucidativas, impossibilitando a efetiva compreensão do resultado das providências em prejuízo do seu pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Aduz ainda a ocorrência do que classifica como erro de direito na própria fundamentação das autuações, restando: "... *patente a nulidade dos atos administrativos, visto que, dos inúmeros dispositivos legais destacados não há indicação precisa de quais especificadamente foram infringidos e em que extensão.*" Para melhor compreensão dos principais argumentos de defesa, peço vênias para parcial reprodução da peça recursal:

IV - DA IRREGULARIDADE DA INTIMAÇÃO

Como exposto na preliminar suscitada anteriormente, não houve recusa, por parte da empresa recorrente, em apresentar qualquer documento ou informação requerida, visto que, sequer havia o conhecimento daquela Autuação. Não houve Sonegação também, pois diante da ausência de Intimação/Notificação restou prejudicada a apresentação dos documentos. Destaca-se que, o envio de referidas Notificações e Termos foram realizados por correio e os Avisos de Recebimento comprovam que não houve o devido recebimento pelos sócios e nem pelo responsável Legal da empresa Recorrente.

O primeiro aviso de recebimento, de fls. 08, foi assinado por Francisco de Chagas, funcionário da Iocatária Socrel, conforme ficha de Registro de Empregados que foi cordialmente cedida à empresa recorrente para as referidas comprovações, sendo que, os documentos recebidos foram desconsiderados de pronto na triagem por não serem direcionados a empresa locatária.

No segundo aviso de recebimento, acostado às fls. 46, não existe indicação de postagem e recebimento por qualquer pessoa.

Importante destacar que, a recorrente em atendimento aos ofícios encaminhados pela D. Procuradoria da República, aos 17 de Agosto de 2.006, protocolizou na Seção de Comunicações Administrativas da Procuradoria da República do Estado de São Paulo, resposta às indagações solicitadas, enviando ainda todos os documentos relativos a essa TIAD.

Ora íncritos Julgadores, a recorrente nunca se evadiu das Notificações/intimações que recebeu, procurando sempre cooperar com a Fiscalização Previdenciária. Ocorre que, dado o exaurimento das atividades comerciais da empresa, resta impossível a averiguação diária das intimações e correspondências recebidas no endereço sede da empresa.

Nesse caso, como bem propôs a Ilma. Relatora deveria a Recorrida, observar os dispositivos previstos na Instrução Normativa SRP nº 03, de 14/07/2005, que prevê, em seu artigo 588, in verbis:

(...)

Ou seja, apenas depois de exaurida as possibilidades de notificação pessoalmente ou por via postal, devidamente comprovada, é que poder-se-ia utilizar a forma editalícia de cientificação do Autuado.

O que de fato não ocorreu.

Como demonstrado, a Recorrida não comprovou a postagem e o recebimento do AR acostado às fls. 46, nem a intimação pessoal do representante legal, mandatário ou preposto do sujeito passivo, a guisa da legislação mencionada.

Veja-se, não se conclui pela regularidade das intimações/Notificações, apenas porque a Recorrente apresentou as defesas cabíveis e manifestou-se tempestivamente, quando requerida. Diferentemente das proposições da Ilma. Julgadora, apenas chegar ao fim almejado não ilide a Fiscalização de fazê-lo sob a égide do princípio da legalidade e em cumprimento as disposições legais.

No Processo Administrativo e Judicial Brasileiro, para cumprir-se o princípio basilar do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, deve-se sempre observar se os atos e procedimentos forma efetuados respeitando-se estritamente o princípio da legalidade, sob pena de ilegalidade do processo e seu conteúdo.

Desta feita, resta patente a insubsistência da Autuação ora atacada, visto que os procedimentos formais adotados pela Fiscalização não seguiram os estritos ditames legais.

V - DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Não obstante o descumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa já tenha sido demonstrado no subitem anterior, especificamente pelo descumprimento dos ditames legais no procedimento de intimação da Recorrente, cumpre-nos destacar outro ponto importante abordado no r. *decisum*.

A pedido da 13ª Turma de Julgamento da DRJ/SPOI foram realizadas diligências pela Fiscalização Previdenciária, visando esclarecer, com a necessária precisão, qual o montante devido pela empresa e porque diante das retificações realizadas foram mantidas as penalidades aplicadas.

Isso será facilmente identificado com a análise das Tabelas elaboradas pelo Sr. Auditor Fiscal às fls. 241/252, durante a diligência noticiada.

Verifica-se que, de forma confusa e pouco elucidativa, as tabelas indicam retificação de valores que aparentemente reduzem significativamente os valores iniciais supostamente devidos, mas que na realidade os mantém como erroneamente diligência às fls. 261 no item 7 destaca que não cabe a redução da multa aplicada. Portanto, não houve redução de valores.

Ademais, as explicações trazidas pela diligência demonstram toda impropriedade dos atos administrativos de lançamento efetuados, tanto que, os cálculos simulados no programa de auditoria e fiscalização (SAFIS) apontam para zeramento do levantamento, pois não houve no momento da consolidação da NFLD 35.808.926-3, a correta distribuição proporcional dos valores de multa e juros entre as rubricas Empresa e Terceiros, comentário tecido pelo próprio Auditor Fiscal.

Os descompassos de informações e de atos chegam a tal dimensão que, nada foi possível depreender a respeito das diferenças existentes entre as contribuições previdenciárias e as destinadas a Outras Entidades (terceiros) apuradas.

Nesse contexto, destacamos que o Decreto n.º 70.235/72 em seu artigo 10, inciso IV e V prescrevem claramente a obrigatoriedade da determinação da exigência e das penalidades infringidas e isso, por todo exposto, não foi cumprido, motivo pelo qual também cabe a anulação das NFLD 35.808.926-3 (Consolidada); 35.808.927-1; 35.808.928-0; 35.808.925-5.

Assim, mais uma vez verifica-se o descumprimento dos requisitos formais previstos no Decreto n.º 70.235/72, impossibilitando a plena utilização do princípio do contraditório e da ampla defesa, pela Recorrente.

VI - ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Novamente, cumpre destacar que os atos praticados nas diligências efetuadas, mantiveram o Erro de Direito que tem origem no erro do critério jurídico -fundamento - utilizado pelo Sr. Auditor Fiscal para legitimar as autuações, uma vez que, como ato administrativo, este somente terá validade quando for praticado conforme a legislação aplicável.

A unanimidade dos Ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Erro de Direito não autoriza a retificação do Lançamento efetuado -autuação é uma espécie de Lançamento -, confirmando a tese de que a existência desse equívoco não garante ulterior revisão mas, apenas, a nulidade do ato administrativo praticado, conforme a seguinte transcrição:

Lançamento fiscal. Erro de direito não autoriza a revisão. Interpretação acertada, senão razoável da lei, a determinar a aplicação da Súmula 400.

Sobreleva, dentre esses julgados, aquele da Primeira Turma no RE 69.426, do Rio Grande do Sul, de que fui relator, e, onde se decidiu:

(...)

Sobre a nulidade insanável do Lançamento efetuado em vista da ocorrência de Erro de Direito, segue o entendimento de ilustres juristas do Direito Tributário:

(...)

Portanto, no caso em tela, resta patente a nulidade dos atos administrativos, visto que, dos inúmeros dispositivos legais destacados não há indicação precisa de quais especificadamente foram infringidos e em que extensão.

É certo que, esse procedimento que faz conter todos os dispositivos legais sobre as contribuições em questão, na verdade cerceia o direito de defesa da Recorrente, pois não indica com a especificidade necessária os dispositivos infringidos.

Assim, por violar o artigo 10, inciso IV da Lei de Processo Administrativo Fiscal - Decreto 70.235/72, as NFLD 35.808.926-3 (Consolidada); 35.808.927-1; 35.808.928-0; 35.808.925-5 devem ser ANULADAS, por ausência dos requisitos exigidos.

VII - DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA GFIP PARA EMPREGADOS AUTÔNOMOS

Primeiramente, cumpre-nos destacar novamente, as equivocadas e a total falta de organização nas informações prestadas pela Auditoria Fiscal e perpetradas pela lida. Julgadora, especificamente no item 14 e seguintes do r. decisum, ao afirmar que não houve entrega de GFIP para as competências 10/2002 a 12/2002.

Ora ínclitos Julgadores, no próprio relatório de encerramento fiscal, as fls. 259, item II, afirma a Auditoria Fiscal: "A empresa enviou GFIP sem movimento abrangendo as competências a partir de 11.2002". Ou seja, informou a Recorrente as GFIPs sem movimento nas competências compreendidas desde 11.2002, sendo tais informações desconsideradas pela Fiscalização.

Ademais, destacou-se no relatório de Encerramento de Diligência Fiscal, a não ausência total de vínculo em relação aos empregados Sr. Raymundo Ferreira da Silva, Antonio José da Silva e Adenilson Duarte Rodrigues, sendo esses dois últimos por pagamento de remuneração.

É notório que, a lei n.º 9.528/97 introduziu a obrigatoriedade de apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

Desde a competência janeiro de 1999, todas as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao recolhimento do FGTS, conforme estabelece a lei n.º 8.036/90 e legislação posterior, bem como às contribuições e/ou informações à Previdência Social, conforme disposto nas leis n.º 8.212/91 e 8.213/91 e legislação posterior, estão obrigadas ao cumprimento desta obrigação.

Deverão ser informados os dados da empresa e dos trabalhadores, os fatos geradores de contribuições previdenciárias e valores devidos ao INSS, bem como as remunerações dos trabalhadores e valor a ser recolhido ao FGTS.

A empresa está obrigada à entrega da GFIP 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.

Ocorre que, insiste a empresa ora peticionária que, na legislação citada acima existe rol de desobrigados de entregar a GFIP, no qual a situação ora discutida se enquadra perfeitamente. Estão desobrigados de entregar a GFIP:

- O contribuinte individual sem segurado que lhe preste serviço;
- O segurado especial;
- Os órgãos públicos em relação aos servidores estatutários filiados a regime próprio de previdência social;
- O empregador doméstico que não recolher o FGTS para o empregado doméstico;
- O segurado facultativo.

Cumpra-se destacar que, no caso em tela, como informado anteriormente, os funcionários Antônio José da Silva e Adenilson Duarte Rodrigues são autônomos, e, como a própria legislação pertinente prevê em relação a eles estão desobrigados à apresentação de GFIP.

Como é sabido por V. Sas, o prestador de serviço autônomo tem a propriedade de firmar diferentes contratos de trabalho, no mesmo período, ou seja, ao autônomo é defeso a prestação de diversos serviços, para diferentes tomadores, ao mesmo tempo.

Nesse contexto, verifica-se que ao primeiro tomador, cabe os recolhimentos previdenciários do empregado autônomo, ficando desobrigado os outros tomadores de efetuar os recolhimentos sob aquele empregado que já cumpriu as obrigações previdenciárias.

Desta premissa, extrai-se que a empresa ora recorrente também está desobrigada de proceder a GFIP com relação aos funcionários mencionados, visto que os mesmos prestavam serviços para outras empresas, que efetuavam os recolhimentos previdenciários e informavam nas correspondentes GFIPs.

Quanto ao funcionário, Raymundo Ferreira da Silva, como noticiado, desde 2001 afastou-se por doença e desde então não se tem mais notícias a seu respeito, sendo por esse motivo, impossível rescindir seu Contrato de Trabalho.

Ademais, desde 2005 a legislação em tela permite a retificação das informações sem qualquer penalidade, por se tratar de vício sanável. As informações prestadas incorretamente devem ser corrigidas por meio do próprio SEFIP, conforme estabelecido no Capítulo V do Manual da GFIP aprovado pela Instrução Normativa MPS/SRP 09/2005 e pela Circular Caixa 370/2005.

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 confirmações.

Para a retificação de informações, observar as orientações sobre chave de GFIP/SEFIP e modalidades, nos subitens 7.1 e 7.2 no Capítulo I do Manual da GFIP. No movimento com retificação de informações, será gerada uma GPS - Guia da Previdência Social com base na totalidade dos fatos geradores e demais informações. Caso tenham sido recolhidos anteriormente valores devidos à Previdência, no todo ou em parte, esta GPS não deverá ser utilizada. E isso foi cumprido pela empresa ora peticionária em relação aos funcionários destacados.

Assim reitera que os vícios apontados na presente Fiscalização foram integralmente sanados em conformidade com a legislação pertinente.

VIII - DAS RETIFICAÇÕES PROPOSTAS PELA FISCALIZAÇÃO

Após a análise dos documentos da empresa e procedida às diligências necessárias, acatou a lima. Julgadora as retificações empreendidas pela Fiscalização Previdenciária inclusive com a necessidade de lançamento complementar.

Mais uma vez, resta patente a total desorganização Fiscal na lavratura das NFLD's ora atacadas, inclusive determinando a desconsideração do levantamento **DAL**, com exceção a competência de 05/2001, vez que o mesmo foi gerado de forma incorreta pelo sistema informatizado.

Nota-se que o levantamento **DAL** é citado diversas vezes pela Fiscalização Previdenciária no decorrer das Autuações e Diligências efetuadas, bem como, nos fundamentos do voto integrante da r.decisão ora atacada.

Ora íncritos Julgadores, são notórios as disparidades dos fundamentos da Fiscalização, que aferi indiretamente todos os valores aqui discutidos, com base no sistema **DAL**, **GF2-GFIP** e **RAI-RAIS** e ao final do procedimento administrativo, suscita a **NULIDADE** de uma das formas de aferição, por insubsistência do sistema.

Além disso, de forma totalmente desprovida e infundada, a lima Relatora mantém a apuração pelo sistema **DAL**, referente à competência de Maio de 2001 e revoga as outras competências fiscalizadas, sem justificativa clara.

Desta feita, é imperativo, sob a mais lúdima justiça, a **ANULAÇÃO** da Autuação ora atacada e todas as outras NFLD s vinculadas aos fatos ora fiscalizados.

(...) (destaques do original)

No tópico do Recurso Voluntário intitulado “VII - Da Não Obrigatoriedade da GFIP para Empregados Autônomos” apresenta a autuada argumentos que não foram suscitados por ocasião da peça impugnatória e tampouco nas manifestações (contrarrazões) após as diligências realizadas, caracterizando-se como inovação recursal. Também é noticiado em tal tópico, o afastamento do funcionário Raymundo, por motivo de doença, sendo que não teria mais retornado ao local de trabalho. Esses mesmos prestadores de serviços foram expressamente citados no “Relatório de Encerramento de Diligencia Fiscal” (e.fl. 265), não obstante, nas contrarrazões e nova impugnação apresentadas a autuada não faz qualquer remissão aos mesmo.

Discorrendo sobre fundamentos da imposição de sanções para as hipóteses de inadimplemento de obrigações, volta a recorrente a defender que a impropriedade da penalidade aplicada no presente lançamento, sob alegações de possuir caráter confiscatório, além de apresentar, segundo seu entendimento, função tipicamente arrecadatória, com ausência de qualquer proporção ou razoabilidade entre o evento tido por danoso e a sanção a ele imposta. Nesse mesmo diapasão, contesta a aplicação da Taxa Selic como fator de cobrança dos juros moratórios, sob argumentos de inconstitucionalidade, por ter sido criada por lei ordinária, e ilegalidade, por comportar indevida correção monetária, atentando contra o princípio da capacidade contributiva. Ainda quanto às penalidades impostas, é requerida a aplicação do princípio da retroatividade benéfica, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), de acordo com os novos valores e forma de cálculos instituídos pela Medida Provisória (MP) 449, de 03 de dezembro de 2008. Ao final é requerido:

XI - DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer que o presente Recurso Administrativo seja recebido, conhecido e provido, para os fins de julgar **TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o lançamento tributário ora atacado, consubstanciado no TIAD e NFLD DEBCAD N.º 35.808.926-3, posto que, não houve Intimação/Notificação válida capaz desencadear o devido processo legal e a ampla defesa por parte da empresa ora recorrente, bem como, verifica-se a existência de erros formais insanáveis.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mário Hermes Soares Campos, Relator.

A recorrente foi intimada da decisão de primeira instância, por via postal, em 17/11/2008, conforme o Aviso de Recebimento de e.fl. 340. Tendo sido o recurso protocolizado em 16/12/2008, conforme carimbo apostado na página inicial (e.fl. 344), por servidor da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo, considera-se tempestivo. Os demais pressupostos de admissibilidade serão analisados na sequência.

Novos Argumentos Apresentados Somente por Ocasão do Recurso – Não conhecimento

Verifico que, não consta na peça impugnatória, ou nas contrarrazões apresentadas após as diligências realizadas, qualquer alusão relativamente a eventual não obrigatoriedade da GFIP para empregados autônomos, argumentos esses somente trazido aos autos por ocasião do Recurso Voluntário.

No tópico do Recurso Voluntário intitulado “VII - Da Não Obrigatoriedade da GFIP para Empregados Autônomos” apresenta a autuada argumentos que não foram suscitados por ocasião da peça impugnatória e tampouco nas manifestações (contrarrazões) suscitadas após as diligências realizadas, caracterizando-se como inovação recursal. Em tal tópico são citadas duas pessoas físicas (Adenilson e Antônio José), tratadas ao mesmo tempo como funcionários e prestadores de serviços, onde é informado cuidarem-se de autônomos, que estariam desobrigados à apresentação de GFIP. Afirma a recorrente que, devido ao fato de o prestador de serviço autônomo ter a possibilidade de firmar múltiplos contratos de trabalho, no mesmo período, para diferentes tomadores, ao mesmo tempo, caberia apenas ao primeiro tomador os recolhimentos previdenciários desses autônomos, ficando os demais tomadores desobrigados de efetuar os recolhimentos relativos a tais prestadores de serviços, assim, conclui: *“Desta premissa, extrai-se que a empresa ora recorrente também está desobrigada de proceder a GFIP com relação aos funcionários mencionados, visto que os mesmos prestavam serviços para outras empresas, que efetuavam os recolhimentos previdenciários e informavam nas correspondentes GFIPs.”* Também é noticiado o afastamento do funcionário Raymundo, por motivo de doença, mas que referido empregado não teria mais retornado ao local de trabalho. Esses mesmos prestadores de serviços foram expressamente citados no “Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal” (e.fl. 265), não obstante, nas contrarrazões e nova impugnação apresentadas a autuada não faz qualquer remissão aos mesmos.

Conforme o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (que trata do processo administrativo fiscal), a apresentação da impugnação inicia a fase litigiosa do processo administrativo fiscal, devendo em tal momento ser apresentados todos os argumentos de defesa em que o então impugnante pretenda se fundar. Nesses termos, era dever da autuada, já no ensejo da apresentação da impugnação, momento em que se instaura o litígio, municiar sua defesa com os elementos de fato e de direito que entendesse suportarem suas alegações. Deveria assim, sob pena de preclusão, instruir sua impugnação apresentando todos os argumentos e provas que entendesse fundamentar sua defesa. É o que disciplina os dispositivos normativos pertinentes à matéria, artigos 15 e 16 do referido Decreto, bem como o disposto no inciso I, do art. 373 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal. Assim,

devem ser considerados preclusos os referidos argumentos, apresentados somente nesta fase processual, motivo pelo qual entendo pelo seu não conhecimento.

Preliminar de Nulidade por Suposto Cerceamento de Direito de Defesa

Antes da análise propriamente do recurso, cumpre esclarecer que as decisões administrativas e judiciais que a recorrente trouxe ao recurso são desprovidas da natureza de normas complementares e não vinculam decisões deste Conselho, sendo opostas somente às partes e de acordo com as características específicas e contextuais dos casos julgados e procedimentos de onde se originaram, não produzindo efeitos em outras lides, ainda que de natureza similar à hipótese julgada.

Suscita a recorrente preliminar de nulidade por suposto cerceamento de seu direito de defesa e ao contraditório. Fundamentando tal alegação, argui que não teria sido regularmente notificada e que somente teria tomado ciência da presente autuação ao visitar a sede da repartição fiscal, em função de outra notificação, não tendo havido a adequada intimação. Dessa forma, não teria havido recusa em apresentar qualquer documento ou informação, visto que, sequer teria conhecimento daquela autuação, posto que os AR's atestariam não ter havido o devido recebimento pelos sócios e nem pelo responsável legal da empresa. Reitera não ter havido recusa em apresentar qualquer documento ou informação requerida, visto que, sequer tinha conhecimento do procedimento fiscal e pontua também não ter sonogado contribuições. Nos tópicos intitulados "V - Do Contraditório e da Ampla Defesa" e "VI - Erro na Fundamentação Legal", após discorrer sobre o resultado das diligências solicitadas pela autoridade julgadora de piso, alega que foram elaboradas tabelas confusas e pouco elucidativas, impossibilitando a efetiva compreensão do resultado das providências, mais uma vez em prejuízo do seu pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Aduz ainda a ocorrência do que classifica como erro de direito na fundamentação das autuações, em função das alterações procedidas após as diligências, o que também implicaria em nulidade dos atos administrativos, visto que, dos inúmeros dispositivos legais destacados não haveria indicação precisa de quais especificadamente teriam sido infringidos e em que extensão."

Tais nulidades foram exaustiva e satisfatoriamente afastadas por ocasião do julgamento de piso, onde foi apontado que o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, assim como a própria Notificação de Lançamento, foram regularmente encaminhados ao endereço cadastral informado pela contribuinte e constante dos bancos da Administração Tributária e que o procedimento fiscal seguiu rigorosamente todas as normas legais e regulamentares aplicáveis. Concordando com os termos da decisão de primeira instância, peço *vênia* para parcial reprodução de tais fundamentos, os quais adoto como razão de decidir:

DA REGULARIDADE DA INTIMAÇÃO E DA NOTIFICAÇÃO

10. Não prosperam os argumentos da Impugnante em relação à suposta irregularidade da intimação para apresentação de documentos realizada por meio de carta registrada dos correios encaminhada pela fiscalização. Isto porque, conforme a própria Impugnante afirma as atividades da empresa sempre foram realizadas no endereço para o qual foram encaminhadas as solicitações feitas pela fiscalização (vide fls. 86), ressaltando-se, ainda, que este era o endereço informado à Receita Federal do Brasil (fls. 217);

10.1. Portanto, não pode a Impugnante em decorrência da não informação à fiscalização de suposto novo endereço em que se encontravam os documentos ou as pessoas responsáveis por apresentá-los, pretender macular o procedimento fiscal. Ademais, consta da lei o dever da empresa de manter atualizados os seus dados cadastrais, conforme artigo 32, inciso III, da Lei nº 8.212/91, in *verbis*:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(--)

III - prestar ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e ao Departamento da Receita Federal-DRF todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse dos mesmos, na forma por eles estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização.

10.2. Destarte, não há dúvidas de que, caso a Notificada realmente não tenha sido informada das solicitações feitas pela fiscalização, tal fato ocorreu exclusivamente em decorrência de sua omissão em atualizar seus dados cadastrais, não podendo, destarte, querer imputar tal responsabilidade ao Fisco.

10.3. Ademais, a jurisprudência do STJ encontra-se no sentido do dever da empresa de informar onde pode ser localizada, sob pena de responsabilização solidária dos sócios por dissolução irregular. Como exemplo, cito a ementa abaixo:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR - SÓCIO-GERENTE REDIRECIONAMENTO - INTERPRETAÇÃO DO ART. 135, INCISO III, DO CTN - ART. 13 DA LEI 8.620/93 - FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL - NÃO CONHECIMENTO.

(...)

4. A empresa que deixa de funcionar no endereço indicado no contrato social arquivado na junta comercial, desaparecendo sem deixar nova direção, é presumivelmente considerada como desativada ou irregularmente extinta.

5. Imposição da responsabilidade solidária.

(Resp. 1047041/PR, relatora Ministra Eliana Calmon, segunda turma, publicado no DJe em 22/08/2008)

10.4. Ressalte-se, ainda, que a própria Impugnante, apesar de declarar que suas atividades encerraram-se, definitivamente, em março de 2002, apresentou às fls. 99/104 a 31ª Alteração e Consolidação contratual de 01/07/2003, registrada na JUCESP em 03/12/2003, a qual apresenta como endereço de sua sede a Rua Antônio do Campo, 345, Santo Amaro, ou seja, seu domicílio tributário constante dos Avisos de Recebimento (AR) encaminhados pela fiscalização.

10.5. Ademais, a legislação previdenciária não oferece qualquer óbice à cientificação do contribuinte por meio postal, não havendo ordem de preferência entre a intimação pessoal e a postal:

Instrução Normativa SRP n.º 03, de 14/07/2005

Art. 588. Será dada ciência do MPF ao sujeito passivo da seguinte forma:

I - pessoal, comprovada com a assinatura do representante legal, do mandatário ou do preposto do sujeito passivo;

II - por via postal, ou por qualquer outro meio, com prova de recebimento tomada no domicílio tributário do sujeito passivo;

III - por edital, quando os meios previstos nos incisos I e II resultarem infrutíferos.

(...)

§ 4º Os meios de cientificação, previstos nos incisos I e lido caput, não estão sujeitos a ordem de preferência.

10.6. Deste modo, não há que se falar em nulidade de intimação/notificação no caso em análise, vez que a fiscalização cumpriu com as normas legais e regulamentares que tratam da matéria.

10.7. No entanto, é de se ressaltar que os autos foram baixados por duas vezes em diligência fiscal, entre outros motivos, em decorrência da alegação da Impugnante de que teria enviado à Procuradoria da República todos os documentos solicitados em

TIAD. Nestas diligências, foi solicitada novamente toda a documentação e foi a mesma verificada, bem como a Impugnante teve oportunidade de contraditar as alegações da fiscalização, de forma a garantir o devido processo legal.

10.8. Além disso, nestas diligências fiscais, foram analisados os documentos disponibilizados pela empresa e foram propostas pela fiscalização retificações nos débitos lançados.

10.9. No que tange à alegação de que não tenha sido notificada do lançamento, a mesma também não procede haja vista que a ciência foi feita por edital (fls e com fulcro no art. 662, III da referida IN n.º 03/2005 in verbis:

Art. 662. O sujeito passivo será cientificado da NFLD e do AI da seguinte forma:

I - pessoalmente, após a lavratura da NFLD ou do AI, comprovando-se o recebimento mediante a assinatura do representante legal ou do mandatário;

II - por via postal ou por qualquer outro meio, com prova de recebimento tomada no domicílio tributário do sujeito passivo; ou

III - por edital, quando os meios previstos nos incisos I e II resultarem infrutíferos.

10.10. Cumpre frisar, ainda, que, mesmo tendo sido cientificado por edital, o contribuinte apresentou, tempestivamente, sua impugnação conforme despacho de fls. 161, não havendo assim qualquer ausência de notificação do presente lançamento, bem como, impossibilidade de defesa.

10.11. Assim, não é possível vislumbrar nos autos qualquer arbitrariedade ou ilegalidade nos procedimentos feitos pela Fiscalização para cientificar o contribuinte, seja do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, seja do presente lançamento.

10.12. Destarte, não há que se falar em qualquer vício no lançamento que pudesse ensejar a sua nulidade.

DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

11. Não podem prosperar, da mesma forma, os argumentos da Impugnante de que o lançamento seria nulo por estar confuso e não explicar de forma clara os valores lançados. Isto porque, a simples análise do Relatório Fiscal Substitutivo de fls. 264/267, bem como da informação fiscal de fls. 259/262, demonstra que a fiscalização descreveu de forma pormenorizada os motivos do lançamento, expondo de forma detalhada quais os documentos considerados para cálculo das remunerações dos segurados, apresentando, portanto, todos os motivos de fato para o lançamento.

11.1. Já, o anexo FLD - Fundamentos Legais do Débito traz de forma minuciosa todos os motivos de direito para o lançamento. Neste aspecto, deve-se ressaltar que tal relatório apresenta todos os fundamentos jurídicos por período do débito, não sendo, de forma alguma, confuso ou contraditório, como alega a Impugnante. Ele é extenso tão somente para informar os diversos fundamentos legais aplicáveis ao caso em tela, a fim de garantir o mais amplo direito de defesa;

11.2. Assim, foram oferecidas à Impugnante todas as informações relevantes para apresentar sua impugnação. Tanto o foi, que tempestivamente a Notificada impugnou o lançamento **demonstrando conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados. Ademais, em virtude de sua impugnação, foram os autos baixados em diligência fiscal, momento este em que o auditor-fiscal notificante houve por bem solicitar a retificação do lançamento.**

11.3. Destarte, o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, assegurado pela Constituição de 1988, tem por escopo oferecer aos litigantes, seja em processos judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerce o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório. A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada em ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio. Dessa forma, quando

a Administração, antes de decidir sobre o mérito de uma questão administrativa, dá à parte contrária a oportunidade de impugnar da forma mais ampla que entender, não está infringindo, nem de longe, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

11.4. Neste sentido, encontra-se a jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa se o sujeito passivo demonstra ter pleno conhecimento acerca das infrações que lhe foram imputadas, e, com base nisso, exerce, com plenitude, esse mesmo direito. (Acórdão n.º 105-15705, de 24/05/2006, Quinta Turma, Io CC, processo n.º 11618.004187/2001-78)

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE -CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA -Não estando configurado nos autos qualquer óbice ao pleno exercício por parte do contribuinte do seu direito de defesa, nos termos definidos na legislação, não há falar em nulidade,, seja do lançamento, seja da decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa.(Acórdão n.º 104-20239, de 21/10/2004, Quarta Turma, Io CC, processo n.º 11516.002235/2003-01)

11.5. Assim, sob qualquer ângulo de análise, não há que se falar em cerceamento de defesa no presente caso.

DA AFERIÇÃO INDIRETA

12. Não assiste razão à Impugnante quanto a sua irresignação no tocante ao procedimento de aferição utilizado pela fiscalização. Ora, no item 10 acima já restou demonstrado que a intimação para apresentação de documentos ocorreu dentro dos requisitos legais previstos, não havendo qualquer nulidade por ter sido efetuada por meio postal.

12.1. Assim, por certo que a não apresentação de documentos por parte da empresa, permite ao auditor-fiscal fazer uso do disposto no §3º do artigo 33 da Lei n.º 8.212/91, abaixo transcrito:

LEI 8.212/91: "Art. 33 [...]

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRFpodem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. "

12.2. Ademais, a empresa foi autuada pela não apresentação de documentos ao Fisco, por meio do Auto-de-Infração n.º 35.808.927-1, o qual foi julgado procedente em 20 de setembro de 2007, pelo Acórdão n.º 16-14850 da 13ª Turma da DRJ/SP 1.

12.3. Portanto, não restaram dúvidas acerca da correção do procedimento fiscal em arbitrar a remuneração em relação ao levantamento **RAI-RAIS**. Ressalte-se que o levantamento **GF2-GFIP foi baseado em informações prestadas pelo próprio sujeito passivo em GFIP**, considerando o disposto no parágrafo 2º do artigo 32 da Lei n.º 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97, bem como do §4º do art. 225 do Decreto n.º 3.048/99, in verbis:

Lei n.º 8.212/91

"Art. 32 (...)§ 2ºAs informações constantes do documento de que trata o inciso IV, servirão como base de cálculo das contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, bem como comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)"

Decreto n.º 3.048/99

"Art. 225 (...)§ 4o O preenchimento, as informações prestadas e a entrega da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social são de inteira responsabilidade da empresa."

12.3.1. Portanto, resta claro que o procedimento de aferição indireta foi utilizado tão somente para o levantamento RAI-RAIS.

12.4. Entretanto, com vista a assegurar o mais amplo direito de defesa ao contribuinte, foram os autos baixados por duas vezes em diligência fiscal, tendo sido analisados os documentos apresentados. Nestas diligências, foram propostas retificações a serem feitas, com base na documentação apresentada em procedimento de diligência fiscal.

12.5. No tocante às retificações propostas, deve-se ressaltar que as mesmas encontram-se perfeitamente demonstradas nas tabelas de fls. 241/252, sendo que o Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal de fls. 259/262, do qual o contribuinte foi cientificado em 11/07/2008, **explicita de forma clara todas as solicitações feitas pela autoridade julgadora em seus pedidos de diligência.**

12.6. Deve-se ressaltar, ainda, que a fiscalização apenas propõe a retificação a ser realizada, uma vez que tão somente a autoridade julgadora detém a competência, nesta fase processual, de promover a efetiva retificação do débito, caso concorde com os argumentos da fiscalização. Em razão deste fato, não foi apresentada qualquer retificação de multa moratória, haja vista, que apenas com a retificação promovida pela autoridade julgadora é que deverão ser recalculados proporcionalmente os valores de multa e juros aplicados sobre o novo montante do débito.

12.7. Também, não prosperam os argumentos da Impugnante de que não teria sido possível verificar as diferenças existentes entre as contribuições previdenciárias e as destinadas aos terceiros. Ora, as planilhas anexadas pela fiscalização às fls. 241/252 demonstram de forma individualizada os valores propostos de retificação em relação às contribuições previdenciárias e às contribuições devidas aos Terceiros.

12.8. Portanto, não há que se falar em arbitrariedades ou omissões no procedimento da fiscalização que seguiu rigorosamente todas as normas legais e regulamentares aplicáveis. (destaques do original)

É dever dos contribuintes em geral a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) e promover às atualizações necessárias, de forma a manter sempre atualizados seus dados. Assim, constitui ato a ser praticado perante o CNPJ a informação relativa à localização de seus estabelecimentos, assim como, as alterações desses dados ou situação cadastral, sendo obrigatória a comunicação pela entidade de toda alteração referente aos seus dados cadastrais. Também na hipótese de baixa da inscrição no CNPJ devem ser observados os devidos procedimentos prescritos no já citado art. 8º.

Ao tratar das intimações do sujeito passivo o art .23 do Decreto nº 70.235, de 1972, com a redação vigente à época dos fatos, assim preceituava:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997);

III - por edital, quando resultarem improfícuos os meios referidos nos incisos I e II.

§ 1º O edital será publicado, uma única vez, em órgão de imprensa oficial local, ou afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação.

(...)

Conforme restou demonstrado, tanto o TIAD, quanto a Notificação de Lançamento, foram encaminhados para o endereço cadastral informado pela própria autuada constante das bases de dados do órgão fiscalizador. Repise-se o fato de que tal endereço é o único informado pela contribuinte, com destaque para a Alteração e Consolidação contratual de 01/07/2003, registrada na JUCESP em 03/12/2003, a qual apresenta como endereço de sua sede a Rua Antônio do Campo, 345, Santo Amaro, ou seja, o mesmo endereço (domicílio tributário) constante dos Avisos de Recebimento encaminhados pela fiscalização, não se justificando assim os argumentos de que não teria sido regularmente intimada.

Com relação às modificações do lançamento após as diligências, também foi destacado no julgamento de piso que tais alterações se encontram perfeitamente demonstradas nas tabelas de e.fl. 241/252 e no Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal de e.fl. 259/262, do qual o contribuinte foi cientificado em 11/07/2008, sendo explicitadas todas as solicitações feitas pela autoridade julgadora em seus pedidos de diligência. Trata-se, enquanto informação prestada pela fiscalização, apenas de propostas de alterações, as quais foram acatadas pela autoridade julgadora por ocasião do julgamento de piso, dentro das prerrogativas das Delegacias da Receita Federal de Julgamento. Portanto, não se trata de alteração do lançamento pela fiscalização, e sim, de provimento parcial das razões de impugnação apresentada. Afasta-se assim a alegação de nulidade por suposto de erro de direito na fundamentação das autuações, em função das alterações procedidas após as diligências, uma vez que os dispositivos legais infringidos encontram-se regularmente descritos na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, com destaque para o anexo denominado “Fundamentos Legais do Débito”, tudo conforme ratificado no “Relatório Fiscal Substitutivo - NFLD 35.808.926-3 consolidada em 08/06/2006”, de e.fl. 270/273.

Outro ponto merecedor de destaque, é o fato, já apontado no julgamento de primeira instância, de que os autos foram baixados por duas vezes em diligência fiscal. Sendo que nessas diligências foi verificada a documentação solicitada à contribuinte e, após o encerramento, a então impugnante teve oportunidade de contraditar as alegações da fiscalização, de forma a garantir o devido processo legal. Portanto, ao cabo, houve a efetiva análise dos documentos disponibilizados pela autuada, o que redundou nas propostas de retificações nos débitos lançados por parte da fiscalização, demonstrando assim a procedência das irregularidades apuradas que remanesceram. Foi assim, privilegiado o princípio da verdade material, prevalecendo as informações obtidas em diligência, com fulcro na documentação apresentada pela empresa, que ensejaram as retificações no lançamento.

No tópico intitulado “VIII- Das Retificações Propostas pela Fiscalização”, apresenta a recorrente ilações atinentes à apuração das Diferenças de Acréscimos Legais, levantamento “DAL”, requerendo a anulação de todo o lançamento, sob argumento de: “... *desorganização Fiscal na lavratura das NFLD's*”. O item 8 do “Relatório de Encerramento de Diligência Fiscal” (e.fl. 265/269) é cristalino ao tratar dos “Esclarecimentos sobre o DAL”: “*À exceção da competência 052001, conforme planilhas as fls 256 e 241, os cálculos simulados no programa de auditoria e fiscalização (SAFIS) apontaram para o zeramento do levantamento. Não houve, no momento da consolidação da NFLD em referência, a correta distribuição proporcional dos valores de multa e juros entre as rubricas (“Empresa” e “Terceiros”).*” Ora, encontra-se claramente informado o motivo pelo qual foi proposta, e acatada pela autoridade julgadora de piso, a exclusão do levantamento “DAL”, devido a incorreta distribuição proporcional dos valores de multa e juros entre as rubricas de contribuições. Trata-se, claramente, de um erro constatado no lançamento e prontamente corrigido no julgamento de piso, não caracterizando situação que justifique nulidade da Notificação como um todo. Pontuo

que, o único período de apuração relativo ao levantamento “DAL” que poderia ser mantido, conforme proposto pela fiscalização (PA 05/2001), também foi excluído por decadência, conforme pode ser constatado no DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado” de efls. 297/304.

Conforme demonstrado, o Auto de Infração se revestiu de todas as formalidades legais previstas pelo art. 10 do Decreto nº 70.235/1972. Ao tratar da nulidades do processo administrativo fiscal, assim dispõe o referido Decreto:

CAPÍTULO III

Das Nulidades

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

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

Saliente-se que o art. 59, acima reproduzido, preconiza apenas dois vícios insanáveis: a incompetência do agente do ato e a preterição do direito de defesa. Situações essas não configuradas no presente lançamento, vez que efetuado por agente competente e ao contribuinte vem sendo garantido o mais amplo direito de defesa, desde a fase de instrução do processo, pela oportunidade de apresentar, em resposta à intimação que recebeu, argumentos, alegações e documentos, passando pela fase de impugnação e o recurso ora objeto de análise, onde ficam evidentes o pleno conhecimento dos fatos e circunstâncias que ensejaram o lançamento. Noutra giro, restou também demonstrado que a atuada foi regularmente intimada dos atos processuais, assim, como do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, não se encontrando presentes situações que ensejem a requerida nulidade do lançamento. Sem razão assim a recorrente quanto às arguições de nulidade.

Decadência

Apesar de não constar expressamente no Recurso Voluntário o pedido de reconhecimento de decadência parcial do crédito tributário, por se tratar de matéria de ordem pública e abordada no julgamento de piso, passo à análise, por entender ter ocorrido a decadência em maior extensão do que aquela reconhecida no Acórdão recorrido.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, tendo sido editada a Súmula Vinculante STF de nº 8, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Ao ser declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, prevalecem de fato as disposições contidas no CTN quanto ao prazo para a autoridade administrativa constituir/formalizar os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

Para a aplicação da contagem do prazo decadencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos (artigo 543C, do CPC e Resolução STJ 08/2008), posição esta adotada por este Conselho Administrativo Recursos Fiscais (CARF). Nesse sentido, o prazo decadencial para a Administração Tributária lançar o crédito tributário é de cinco anos, contado: i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).

Assim, nos termos definidos pelo Poder Judiciário, o prazo decadencial inicia sua fluência com a ocorrência do fato gerador nos casos de lançamento por homologação, quando há antecipação do pagamento, conforme artigo 150, § 4º do CTN. Por outro lado, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, inciso I do art. 173 do CTN, nos demais casos.

Na presente autuação, estamos diante de um lançamento por descumprimento de obrigação principal, dessa forma, há que se perquirir quanto à ocorrência, ou não, de pagamentos, para efeito de aplicação do prazo decadencial, conforme os comandos normativos suso referenciados.

Entendeu-se no julgamento de piso, que a verificação da antecipação do pagamento deveria considerar individualmente os fatos geradores objeto de lançamento, assim como as espécies de contribuições lançadas, vez que, havendo ou não o pagamento parcial antecipado das contribuições objeto de lançamento, diversa será a contagem do prazo decadencial. Confirma-se:

13.5. Portanto, é de se concluir que a verificação da antecipação do pagamento deverá considerar individualmente os fatos geradores objeto de lançamento, assim como as espécies de contribuições lançadas, vez que, havendo ou não o pagamento parcial antecipado das contribuições objeto de lançamento, diversa será a contagem do prazo decadencial, conforme acima explicitado.

(...)

13.7. Assim, havendo ou não o pagamento parcial antecipado das contribuições lançadas, diversa será a contagem do prazo decadencial, conforme acima explicitado. Desta forma, apresento abaixo planilha explicativa por fato gerador, competência e contribuição, indicando qual o prazo utilizado de decadência, considerando os recolhimentos apropriados pela fiscalização, conforme DAD de fls. 04/14:

Ocorre que tal entendimento encontra-se em desconformidade com o que dispõe o verbete sumular n.º 99 deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Tratando sobre a questão da decadência das contribuições sociais previdenciárias, em que tenha havido recolhimentos nos períodos de apuração objeto do lançamento, preceitua referida súmula que:

Súmula CARF n.º 99

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

Portanto, diferente do entendimento adotado no julgamento de piso, para efeito de aplicação do disposto no art. 150, §4º do CTN, deve ser considerado pagamento antecipado o

recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte em cada competência, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa à rubrica especificamente exigida no auto de infração. Outro ponto a ser observado, para efeito de contagem de prazo da decadência, é que, foi considerado no Acórdão recorrido como data do lançamento o dia 09/06/2006, data de lavratura da NFLD. Entretanto, de acordo com os autos, a ciência da Notificação somente ocorreu em 11/09/2006, conforme atesta o despacho de e.fl. 165.

Dessa forma, considerando a ocorrência de pagamentos em todos os períodos objeto do lançamento, conforme se constata no “RDA - Relatório de Documentos Apresentados” (e.fl. 26/28) e no RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados” (e.fl. 29/35), constatação essa corroborada com o quadro constante do item 13.7 do Acórdão recorrido (e.fl. 323), devem ser considerados decadentes os períodos de apuração até a competência 08/2001 (inclusive). Reconheço assim a decadência do direito de lançamento da presente autuação até a competência 08/2001 (inclusive), devendo ser excluídas do crédito tributário lançado

Acréscimos Legais – Multa e Juros de Mora Aplicados

Discorrendo sobre fundamentos da imposição de sanções para as hipóteses de inadimplemento de obrigações, volta a recorrente a defender que a impropriedade da penalidade aplicada no presente lançamento, sob alegações de possuir caráter confiscatório, além de apresentar, segundo seu entendimento, função tipicamente arrecadatória, com ausência de qualquer proporção ou razoabilidade entre o evento tido por danoso e a sanção a ele imposta. Nessa mesma diapasão, contesta a aplicação da Taxa Selic como fator de cobrança dos juros moratórios, sob argumentos de inconstitucionalidade, por ter sido criada por lei ordinária, e ilegalidade, por comportar indevida correção monetária, atentando contra o princípio da capacidade contributiva. Ainda quanto às penalidades impostas, é requerida a aplicação do princípio da retroatividade benéfica, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), de acordo com os novos valores e forma de cálculos instituídos pela Medida Provisória (MP) 449, de 03 de dezembro de 2008.

Quanto aos argumentos de defesa da recorrente voltados à inconstitucionalidade, caráter confiscatório e arrecadatório da multa aplicada, cumpre esclarecer que é vedado ao órgão julgador administrativo negar a vigência a normas jurídicas por motivo de alegada ilegalidade de lei ou inconstitucionalidade. O controle de legalidade efetivado por este Conselho, dentro da devolutividade que lhe compete frente à decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em consonância com a legislação vigente. Perquirindo se o ato administrativo de lançamento atendeu aos requisitos de validade e observou corretamente os elementos da competência, finalidade, forma e fundamentos de fato e de direito que lhe dão suporte, não havendo permissão para declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis. Nesse sentido temos a Súmula nº 2, deste Conselho Administrativo, com o seguinte comando: “*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*” Nesse mesmo sentido foi consignado no Acórdão recorrido:

DA MULTA MORATÓRIA

17. Em relação à multa consignada, tem-se que os percentuais aplicados estão rigorosamente estabelecidos na Lei Previdenciária, através das alterações introduzidas por leis específicas, sendo aplicadas de acordo com o período de regência, conforme discriminado no anexo Fundamentos Legais do Débito, especificamente como Acréscimos Legais - Multa (fls. 43).

(...)

17.2. Já, em relação à dosimetria legal e constitucionalidade, a instância administrativa não é fórum adequado a estas discussões, devendo a Administração cumprir a lei, sob pena de responsabilidade funcional, conforme será exposto a seguir.

Inobstante a correta fundamentação legal da multa aplicada, a autoridade responsável pela execução do acórdão, quando do trânsito em julgado administrativo, deverá observar a aplicação do princípio da retroatividade benigna, previsto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, em face das penalidades aplicadas, previstas na Lei n.º 8.212, de 1991, com as alterações promovidas pela MP 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, no sentido de, se for o caso, proceder-se ao recálculo da multa, de forma a se aplicar a penalidade mais benéfica à recorrente.

Juros de Mora

Quanto aos juros de mora lançados, mediante aplicação da Taxa Selic, mais uma vez a autoridade lançadora apenas aplicou o que determina a legislação tributária. Nos termos já explicitados, não compete à autoridade administrativa pronunciar-se sobre a legalidade ou constitucionalidade das normas regulamentares aprovadas e vigentes. Há, inclusive, orientação expressa quanto ao tema, consolidada na Súmula CARF n.º 4, que possui efeito vinculante, conforme a Portaria n.º 277, de 7 de junho de 2018, devendo ser observada pelos seus Conselheiros, nos seguintes termos:

Súmula CARF n.º 4

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

Sendo a atividade administrativa do lançamento vinculada e obrigatória, uma vez detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, cabe à autoridade tributária proceder ao lançamento, com os devidos acréscimos legais, conforme previsão normativa, uma vez presente a hipótese caracterizadora de sua cobrança.

Baseado em todo o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto quanto às alegações constantes do tópico “VII – Da Não Obrigatoriedade da GFIP Para Empregados Autônomos”, e na parte conhecida, dar-lhe provimento parcial, para reconhecer a decadência dos períodos de apuração até a competência 08/2001 (inclusive) e determinar a aplicação da retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%.

(documento assinado digitalmente)

Mário Hermes Soares Campos

