



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10680.011931/2007-60
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-010.161 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 24 de novembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ANGLOGOLD ASHANTI BRASIL MINERAÇÃO LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2005

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAL E ACESSÓRIA.
PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Conforme Nota SEI nº 27/2019/SRJ/PGACET/PGFN-ME, incabível a aplicação retroativa da multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o que inviabiliza a aferição da retroatividade benigna mediante a comparação do somatório das penalidades anteriores à Lei nº 11.941, de 2009, com o percentual estabelecido no art. 35-A desse diploma legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício).

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2402-003.834, proferido na Sessão de 19 de outubro de 2013, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos termos do dispositivo a seguir reproduzido:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para que sejam excluídos da multa aplicada os valores relativos: a) aos pagamentos de PLR aos segurados oriundos da empresa cindida

decorrentes de acordos por ela celebrado no período anterior à data de cisão; b) ao pagamento do abono salarial; e c) após, adequação da multa aplicada de acordo com o artigo 32A da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, caso mais benéfica.

O Acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2005

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional CTN.

Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

ABONO.

A natureza jurídica das parcelas integrantes da folha salarial é verificada pelas suas origens e características materiais; sendo irrelevantes para qualifica-la a denominação e demais formalidades adotadas pelo sujeito passivo. O abono salarial pago em parcela única e em decorrência da acordo trabalhista não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

VÍCIO MATERIAL.

Quando a descrição do fato não é suficiente para a razoável segurança de sua ocorrência, carente que é de algum elemento material necessário para gerar obrigação tributária, o lançamento se encontra viciado por ser o crédito dele decorrente incerto.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS.

Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de participação nos lucros e resultados da empresa instituídos por instrumento regular de negociação com os empregados.

GFIP. OMISSÕES. INCORREÇÕES. INFRAÇÃO. PENALIDADE MENOS SEVERA. RETROATIVIDADE BENIGNA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

Em cumprimento ao artigo 106, inciso II, alínea “c” do CTN, aplica-se a penalidade menos severa modificada posteriormente ao momento da infração.

A norma especial prevalece sobre a geral: o artigo 32A da Lei nº 8.212/1991 traz regra aplicável especificamente à GFIP, portanto deve prevalecer sobre as regras no artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 que se aplicam a todas as demais declarações a que estão obrigados os contribuintes e responsáveis tributários.

A Contribuinte apresentou Embargos Declaratórios, os quais foram acolhidos, prolatando-se o Acórdão de Embargos nº 2402-006.143, na Sessão de 05 de abril de 2018, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. LAPSO MANIFESTO

Restando comprovada a existência de omissão no acórdão de recurso voluntário, devem ser admitidos embargos de declaração para suprir a lacuna.

Verificado que a decisão teve por base equivocado pressuposto de fato, cabe admitir embargos para que sejam realizados os correspondentes ajustes.

OMISSÃO DE FATOS GERADORES. MULTA. CFL 68.

Apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, aí incluídas as relacionadas com processos trabalhistas, constitui infração à legislação.

O recurso visa rediscutir a seguinte matéria: multa cabível no caso em análise, em face da alteração da Lei nº 8.212, de 1991, pela Lei nº 11.941, de 2009.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que na nova sistemática, introduzida pela MP nº 449/2008, a multa é única e abrange o descumprimento da obrigação principal (deixar de recolher) e o da obrigação acessória (deixar de declarar), e para apurar a mais benéfica, deve-se somar as duas multas do sistema antigo e compará-las com a multa de ofício aplicada na nova sistemática (art. 35-A); que para as competências em que a multa de 75% seja mais benéfica, não deve ser aplicada a multa específica decorrente do descumprimento da obrigação acessória vigente à época da infração; que, ao contrário, nos casos em que a soma das multas dos artigos 35 e 32, na redação anterior, for inferior à do novo art. 35-A., devem ambas ser aplicadas simultaneamente.

Cientificado do Acórdão de Recurso Voluntário, do Recurso Especial da Procuradoria e do despacho que deu seguimento em 29/06/2016 (AR, e-fls. 1.214), a contribuinte apresentou, em 13/07/2016 (e-fls. 1.242), as Contrarrazões de e-fls. 1.232 a 1.240 nas quais defende, inicialmente, o não conhecimento do recurso por falta de prequestionamento e por falta de cotejo analítico. Quanto ao mérito, defende a manutenção da decisão recorrida quanto ao ponto, com base, em síntese, nos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. As objeções feitas pela contribuinte em sede de Contrarrazões não procedem. Sobre a ausência de prequestionamento, tal exigência não se aplica à Fazenda Nacional, se não por outra razão, pelo fato de que, na dinâmica do processo administrativo tributário, nos casos de Recurso Voluntário, a Fazenda Nacional não tem oportunidade de fazer questionamento, pois não é recorrente. Mas, ainda que assim não fosse, a questão da multa aplicável foi tratada expressamente no Acórdão, e, portanto, foi sim prequestionada. E sobre a falta de cotejo analítico, basta um exame superficial da peça recursal para perceber que a Fazenda Nacional efetivamente demonstra a ocorrência do dissídio jurisprudencial, mediante comparação entre fragmentos dos votos condutores e ementas dos paradigmas, os quais transcreve e destaca o aspecto em relação ao qual os julgados divergem.

Conheço, pois do recurso.

Quanto ao mérito, a matéria devolvida ao Colegiado é a definição do critério para aplicação da multa, mais especificamente para a correta aplicação da retroatividade benigna. Trata-se aqui de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, considerada a circunstância de que da mesma ação fiscal também resultou lançamento pelo descumprimento de obrigação principal (AI 68).

Na autuação aplicou-se a multa do art. 32, § 5º, da Lei nº 8.212, de 1.991; A decisão de primeira instância alterou a multa aplicável, determinando a aplicação da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 04/12/2009; O Acórdão de Recurso Voluntário alterou a multa mais uma vez, determinando a incidência da penalidade conforme o Art. 32-A, da Lei nº 8.212, de 1.991. A Fazenda Nacional defende a aplicação da multa conforme a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 04/12/2009.

Pois bem, quando se fala em retroatividade benigna, cuida-se obviamente de aplicação da penalidade mais favorável ao sujeito passivo, se a da legislação revogada, vigente à época do cometimento da infração e aquela instituída após o lançamento, e que substituiu a anterior. Nem sempre fica claro, a depender da conformação dos fatos, qual a legislação mais benéfica em cada caso. é indiscutível, portanto, e isso não está em questão, que deve ser aplicada a legislação mais benéfica, o que se discute, neste caso, é a comparação entre as penalidades de modo a se verificar a mais benéfica. Ou seja, entre que multa devem ser feito o cotejo.

Esta Câmara Superior de Recursos Fiscais por algum tempo entendeu que, o cotejo deveria ser feito entre a multa do art. 35-A (nova redação) e as multa do art. 32, § 5º somada coma do 35 (redação antiga), todas da Lei nº 8.212, de 1.991. O colegiado adotava o entendimento manifestado pela Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, tendo, inclusive, editado a Súmula CARF nº 119, consolidando esse entendimento.

Ocorre que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional editou posteriormente a Nota SEI nº 27/2019/SRJ/PGACET/PGFN-ME ela qual dispensa os Procuradores de recorre de decisões envolvendo o tema da retroatividade, em razão da reiterada jurisprudência do STJ no sentido da inaplicabilidade do art. 35-A a fatos pretéritos. Ei o terror da referida nota naquilo que interessa o presente feito:

Retroatividade benéfica do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009. Multa moratória incidente sobre contribuições previdenciárias em atraso. Percentual que se aplica aos casos de lançamento de ofício relativo a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991 (incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Ementa: Jurisprudência consolidada do STJ em sentido desfavorável à Fazenda Nacional. Inclusão na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §4º, da Portaria PGFN nº 502, de 2016.

Fundamentos:

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.

(...)

Sucedo 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*:

(...)

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.

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.

(...)

Tendo em vista a pacificação da jurisprudência no âmbito do STJ e a consequente inviabilidade de reversão do entendimento desfavorável à União, o tema ora apreciado enquadra-se na previsão do art. 2º, inciso VII, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, que dispensa a apresentação de contestação, o oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, em temas sobre os quais exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

(...)

1.26. 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.

Em razão dessa posição, o CARF revogou a Súmula CARF nº 109, e esta Câmara Superior revisou sua posição e passou a adotar o entendimento do STJ, que ensejou a referida Nota SEI. Diante disso, não pode ser acatada a pretensão da contribuinte de aplicação do art. 35-A.

Assim, para fatos geradores ocorridos antes da mudança legislativa em que foram aplicadas, simultaneamente, a multa pelo descumprimento de obrigação principal e a multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no caso da obrigação principal, deve ser mantida a multa do art. 35, da Lei nº 8.212, de 1.991, na redação anterior, e no caso da obrigação acessória, deve ser feito o cotejo, para verificação da multa mais benéfica, entre a multa do art. 32, §§ 4º e 5º da Lei, na redação anterior, com o art. 32-A, na nova redação.

Feitas essas considerações, fica claro que, no presente caso, a posição defendida pela Fazenda Nacional, ora recorrente, afronta a posição defendida por ela própria na precitada Nota SEI. Portanto, por todo o exposto, essa posição não merece prosperar.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa