



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10950.000625/2010-76
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-005.276 – 2ª Turma
Sessão de 28 de março de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado KOLLAN CONFECÇÕES LTDA ME

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. LEI Nº 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, antes de tudo, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto que sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta.

O cálculo da penalidade deve ser efetuado em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, se mais benéfico para o sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencida a conselheira Patrícia da Silva, que não conheceu do recurso. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencido o conselheiro Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado), que lhe negou provimento.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Fábio Piovesan Bozza (suplente convocado) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

O presente Recurso Especial trata de pedido de análise de divergência motivado pela Fazenda Nacional face ao acórdão 2402-002.917, proferido pela 2ª Turma Ordinária / 4ª Câmara / 2ª Seção de Julgamento.

Trata-se de Auto de Infração 37.237.3755, compreendendo o período de 01/2006 a 13/2008, lavrado para a cobrança de contribuições previdenciárias, parte da empresa e as destinadas ao financiamento do GILRAT, incidentes sobre pagamentos efetuados a segurados empregados e sócios a título de pró-labore.

Consta do relatório fiscal que o Contribuinte declarava-se como optante do SIMPLES, durante todo o período do lançamento, tendo sido excluída por intermédio dos Atos Declaratórios Executivos nºs 04 e 05, ambos de 18 de fevereiro de 2010, lavrados no curso da presente ação fiscal, conforme detalhado na representação fiscal n. 10950.000593/201017.

Em decorrência de sua exclusão, portanto, foram lançadas as contribuições objeto do presente Auto de Infração, extraídas das folhas de pagamento e das GFIP's apresentadas pela recorrente, já tendo sido considerados, para tanto, os valores recolhidos ao INSS na sistemática do SIMPLES.

O Contribuinte apresentou impugnação, às fls. 121/164, requerendo, em síntese, fosse declarado nulo o processo 10950.000593/2010-17 em razão dos seguintes apontamentos: a) ilegalidade do ADE nº 04, de 18/02/2010; b) ilegalidade do ADE nº 05, de 18/02/2010; c) não ter sido aliciado o ItylPF para incluir em seu objeto a fiscalização sobre o Simples e Simples Nacional; d) o sujeito passivo não ter sido cientificado de forma expressa sobre o primeiro ato de ofício praticado, das alterações e prorrogações do MPF; e) estar amparado em fato incerto, posto que sua exclusão ao Simples e ao Simples Nacional ainda não era definitiva; f) não ter sido intimado a optar pelo novo regime de tributação; g) o MPF ter violado o devido processo legal; h) o MPF ter violado o contraditório e a ampla defesa; i) o MPF ter violado o princípio da legalidade; e, caso superadas as preliminares, requereu fosse determinada a suspensão do trâmite processual, em relação aos lançamentos efetuados, e pretensos atos de cobrança, até a decisão final sobre sua exclusão ao Simples e ao Simples Nacional.

A 2ª Turma da DRJ/CTA, às fls. 188/215, julgou integralmente procedente o lançamento.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 199 (numeração manual), através do qual sustentou, em síntese: 1. a ilegalidade dos Atos Declaratórios de Exclusão da recorrente do regime do SIMPLES; 2. a nulidade do MPF, pois dele não constava a determinação de fiscalização dos recolhimentos efetuados ao SIMPLES, mas apenas de contribuições previdenciárias a cargo da recorrente; 3. a nulidade do MPF pela ausência de intimação da recorrente de suas prorrogações, o que significou afronta ao princípio do devido processo legal, contraditório e ampla defesa; 4. a impossibilidade do lançamento das contribuições antes de finalizado o processo de sua exclusão do SIMPLES; 5. que o auditor fiscal, por um lapso, não abateu do cômputo do auto de infração os valores recolhidos pelo SIMPLES e SIMPLES NACIONAL no que diz respeito a proporção que lhe cabia à título de contribuição previdenciária patronal em relação ao período de 01/2006 a 05/2007, cujo pagamento foi efetuado por meio do parcelamento da LC 123/06; 6. não foram excluídas da base de cálculo verbas como: auxílio-doença (quinze primeiros dias de afastamento), salário maternidade e repouso semanal remunerado conforme determinado pelo art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91; 7. que o auto de infração deveria ser anulado pelo fato de que a fiscalização considerou como base de cálculo das contribuições lançadas valores que não deveriam compô-la; 8. inaplicabilidade da multa de ofício de 75%, constante no art. 35-A da Lei 8.212/91, aos fatos geradores ocorridos antes de dezembro/2008, devendo ser aplicada ao presente caso a multa de mora de 24%, devidamente limitada ao patamar de 20%.

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, às fls. 357/371, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Ordinário. A ementa do acórdão recorrido assim dispôs:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. POSSIBILIDADE. Não existe qualquer ilegalidade a ser reconhecida quando o lançamento das contribuições foi efetuado com a finalidade de prevenir a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, mesmo diante da existência de causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário.

SIMPLES. EXCLUSÃO. MOTIVOS DETERMINANTES. COMPETÊNCIA. Não é de competência desta Turma a análise da legalidade ou não dos motivos de fato e de direito que determinaram a exclusão da recorrente do regime simplificado do recolhimento de impostos e contribuições federais. (SIMPLES).

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. AUXÍLIOMATERNIDADE. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. VERBAS SALARIAIS. AUXÍLIO-DOENÇA (AFASTAMENTO DOS 15 PRIMEIROS DIAS) As verbas pagas a título de auxílio-maternidade, afastamento por auxílio doença nos 15 (quinze) primeiros dias e repouso semanal remunerado não concedido ostentam o caráter salarial, devendo ser

consideradas como base de cálculo das contribuições previdenciárias. Precedentes.

LANÇAMENTO. GFIP. CONFISSÃO DE DÍVIDA. As informações prestadas pelo contribuinte nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social GFIP, constituem-se em confissão de dívida tributária, nos termos do § 1º do art. 225 do Decreto 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social.

MULTA DE MORA. LIMITAÇÃO AO MÁXIMO DE 20%. CABIMENTO. ART. 35 DA LEI 8.212/91 ALTERADO PELA LEI 11.941/09. A multa de mora a ser aplicada nos casos do lançamento de contribuições previdenciárias não recolhidas pelo contribuinte e declaradas em GFIP deve limitar-se ao máximo de 20% do valor total apurado no Auto de Infração, de acordo com o disposto no art. 35 da Lei 8.212/91, c/c art. 61, § 2º da Lei 9.430/96, caso seja mais benéfico ao contribuinte diante do disposto no art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Às fls. 375/384, a Fazenda Nacional interpôs **Recurso Especial** de Divergência, alegando divergência jurisprudencial em relação à regra aplicável à **multa mais benéfica ao contribuinte**, considerando que o acórdão paradigma entendeu que, para efeito da apuração da multa mais benéfica ao contribuinte, em hipóteses tais como a dos autos, em que houve lançamento da obrigação principal bem como lançamento da obrigação acessória, deve-se efetuar o seguinte cálculo: somar as multas da sistemática antiga (art. 35, II e art. 32, IV da norma revogada) e comparar o resultado dessa operação com a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, introduzido pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009 e que remete ao art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 (75%). Já o Colegiado *a quo* entendeu que, para alcance da multa mais benéfica ao sujeito passivo, deve-se comparar a multa prevista na redação antiga do art. 35 da Lei nº 8.212 com a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212, introduzido pela MP nº 449/2008. Em suma, o Colegiado *a quo* entendeu ser desnecessária a soma do valor da multa da obrigação principal com a multa da obrigação acessória para efeitos de comparação com o que dispõe o art. 35-A da lei nº 8.212/91.

Às fls. 391/393, a 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento realizou o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, DANDO SEGUIMENTO ao recurso em relação à divergência relativa ao cálculo da multa.

Intimado às fls. 395, às fls. 399 o Contribuinte apresentou Contrarrazões ao Recurso Especial da União, arguindo, preliminarmente, ausência de divergência em relação ao acórdão paradigma, decorrente de situação fática diversa entre os acórdãos paradigma e recorrido. Alega que no caso sob apreciação refere-se à multa de mora relativa aos fatos geradores ocorridos antes da Lei 11.941/09, que deve obedecer aos mandamentos da redação revogada do art. 35 da Lei 8.212/91, pois mais benéfica ao recorrente. De outro modo, no acórdão paradigma, trata-se de descumprimento de obrigação acessória. No mérito, rebateu os argumentos defendidos pela União, pugnando pela manutenção do Acórdão.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes - Relatora

DO CONHECIMENTO

O Contribuinte arguiu em sede de contrarrazões o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade do recurso fazendário, por entender que no caso sob apreciação refere-se à multa de mora relativa aos fatos geradores ocorridos antes da Lei 11.941/09, que deve obedecer aos mandamentos da redação revogada do art. 35 da Lei 8.212/91, pois mais benéfica ao recorrente. De outro modo, segundo o Contribuinte, o acórdão paradigma, trata de descumprimento de obrigação acessória, o que impossibilitaria sua utilização.

Compulsando o Exame de admissibilidade, observo que as diferenças de conteúdo fático são meramente acidentais, sendo a questão central do debate, e essencial, é a **tese jurídica de aplicação da multa de acordo com a Retroatividade Benigna**. A divergência nitidamente fica por conta da aplicação e interpretação da legislação ordinária no que compete ser e como aplicar a Retroatividade Benigna prevista no CTN.

Observo que no caso em tela o Recurso da Procuradoria logrou êxito em comprovas os requisitos exigidos no Regimento Interno deste Tribunal Administrativo.

Sendo assim, o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

DO MÉRITO

Trata-se de Auto de Infração 37.237.3755, compreendendo o período de 01/2006 a 13/2008, lavrado para a cobrança de contribuições previdenciárias, parte da empresa e as destinadas ao financiamento do GILRAT, incidentes sobre pagamentos efetuados a segurados empregados e sócios a título de pró-labore. Conforme relatório fiscal, o Contribuinte foi excluído do SIMPLES por intermédio dos Atos Declaratórios Executivos nºs 04 e 05, ambos de 18 de fevereiro de 2010, lavrados no curso da presente ação fiscal, ocasionando as contribuições objeto do presente Auto de Infração, extraídas das folhas de pagamento e das GFIP's apresentadas pela recorrente, já tendo sido considerados, para tanto, os valores recolhidos ao INSS na sistemática do SIMPLES.

O Acórdão recorrido deu parcial provimento ao Recurso Ordinário.

O Recurso Especial apresentado pela Fazenda Nacional **trouxe para análise a divergência jurisprudencial no tocante o cálculo da multa no tocante ao descumprimento de obrigações principais e acessórias**.

Cinge-se a controvérsia às penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, quando mais benéfica ao sujeito passivo.

A solução do litígio decorre do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “a” do CTN, a seguir transcrito:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifos acrescentados)

De início, cumpre registrar que a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), de forma **unânime** pacificou o entendimento de que na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre dispositivos, percentuais e limites. É necessário, basicamente, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Assim, a multa de mora prevista no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não é aplicável quando realizado o lançamento de ofício, conforme consta do Acórdão nº 9202-004.262 (Sessão de 23 de junho de 2016), cuja ementa transcreve-se:

AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MULTA - APLICAÇÃO NOS LIMITES DA LEI 8.212/91 C/C LEI 11.941/08 - APLICAÇÃO DA MULTA MAIS FAVORÁVEL - RETROATIVIDADE BENIGNA NATUREZA DA MULTA APLICADA.

A multa nos casos em que há lançamento de obrigação principal lavrados após a MP 449/2008, convertida na lei 11.941/2009, mesmo que referente a fatos geradores anteriores a publicação da referida lei, é de ofício.

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA - COMPARATIVO DE MULTAS - APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre percentuais e limites. É necessário, basicamente, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Se as multas por descumprimento de obrigações acessória e principal foram exigidas em procedimentos de ofício, ainda que em separado, incabível a aplicação retroativa do art. 32-A, da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, eis que esta última estabeleceu, em seu art. 35-A, penalidade única combinando as duas condutas.

A legislação vigente anteriormente à Medida Provisória nº 449, de 2008, determinava, para a situação em que ocorresse (a) recolhimento insuficiente do tributo e (b) falta de declaração da verba tributável em GFIP, a constituição do crédito tributário de ofício, acrescido das multas previstas nos arts. 35, II, e 32, § 5º, ambos da Lei nº 8.212, de 1991, respectivamente. Posteriormente, foi determinada, para essa mesma situação (falta de pagamento e de declaração), apenas a aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que faz remissão ao art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

Portanto, para aplicação da retroatividade benigna, resta necessário comparar (a) o somatório das multas previstas nos arts. 35, II, e 32, § 5º, ambos da Lei nº 8.212, de 1991, e (b) a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991.

A comparação de que trata o item anterior tem por fim a aplicação da retroatividade benigna prevista no art. 106 do CTN e, caso necessário, a retificação dos valores no sistema de cobrança, a fim de que, em cada competência, o valor da multa aplicada no AIOA somado com a multa aplicada na NFLD/AIOP não exceda o percentual de 75%.

Prosseguindo na análise do tema, também é entendimento pacífico deste Colegiado que na hipótese de lançamento apenas de obrigação principal, a retroatividade benigna será aplicada se, na liquidação do acórdão, a penalidade anterior à vigência da MP 449, de 2008, ultrapassar a multa do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, correspondente aos 75% previstos no art. 44 da Lei nº 9.430/96. Caso as multas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela MP 449 (convertida na Lei 11.941, de 2009), tenham sido aplicadas isoladamente - descumprimento de obrigação acessória sem a imposição de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação principal - deverão ser comparadas com as penalidades previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, bem assim no caso de competências em que o lançamento da obrigação principal tenha sido atingida pela decadência. Neste sentido, transcreve-se excerto do voto unânime proferido no Acórdão nº 9202-004.499 (Sessão de 29 de setembro de 2016):

Até a edição da MP 449/2008, quando realizado um procedimento fiscal, em que se constatava a existência de débitos previdenciários, lavrava-se em relação ao montante da contribuição devida, notificação fiscal de lançamento de débito - NFLD. Caso constatado que, além do montante devido, descumprira o contribuinte obrigação acessória, ou seja, obrigação de fazer, como no caso de omissão em GFIP (que tem correlação direta com o fato gerador), a empresa era autuada também por descumprimento de obrigação acessória.

Nessa época os dispositivos legais aplicáveis eram multa - art. 35 para a NFLD (24%, que sofria acréscimos dependendo da fase processual do débito) e art. 32 (100% da contribuição devida em caso de omissões de fatos geradores em GFIP) para o Auto de infração de obrigação acessória.

Contudo, a MP 449/2008, convertida na lei 11.941/2009, inseriu o art. 32-A, o qual dispõe o seguinte:

“Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou

omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

“Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

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

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

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício, a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, ou seja, em havendo lançamento da obrigação principal (a antiga NFLD), aplica-se multa de ofício no patamar de 75%. Essa conclusão leva-nos ao

raciocínio que a natureza da multa, sempre que existe lançamento, refere-se a multa de ofício e não a multa de mora referida no antigo art. 35 da lei 8212/91.

Contudo, mesmo que consideremos que a natureza da multa é de "multa de ofício" não podemos isoladamente aplicar 75% para as Notificações Fiscais - NFLD ou Autos de Infração de Obrigação Principal - AIOP, pois estaríamos na verdade retroagindo para agravar a penalidade aplicada.

Por outro lado, com base nas alterações legislativas não mais caberia, nos patamares anteriormente existentes, aplicação de NFLD + AIOA (Auto de Infração de Obrigação Acessória) cumulativamente, pois em existindo lançamento de ofício a multa passa a ser exclusivamente de 75%.

Tendo identificado que a natureza da multa, sempre que há lançamento, é de multa de ofício, considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

No presente caso, foi lavrado AIOA julgada, e alvo do presente recurso especial, prevaleceu o valor de multa aplicado nos moldes do art. 32-A.

No caso da ausência de informação em GFIP, conforme descrito no relatório a multa aplicada ocorreu nos termos do art. 32, inciso IV, § 5º, da Lei nº 8.212/1991 também revogado, o qual previa uma multa no valor de 100% (cem por cento) da contribuição não declarada, limitada aos limites previstos no § 4º do mesmo artigo.

Face essas considerações para efeitos da apuração da situação mais favorável, entendo que há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte:

▪ Norma anterior, pela soma da multa aplicada nos moldes do art. 35, inciso II com a multa prevista no art. 32, inciso IV, § 5º, observada a limitação imposta pelo § 4º do mesmo artigo, ou

▪ Norma atual, pela aplicação da multa de setenta e cinco por cento sobre os valores não declarados, sem qualquer limitação, excluído o valor de multa mantido na notificação.

Levando em consideração a legislação mais benéfica ao contribuinte, conforme dispõe o art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), o órgão responsável pela execução do acórdão deve, quando do trânsito em julgado administrativo, efetuar o cálculo da multa, em cada competência, somando o valor da multa aplicada no AI de obrigação acessória com a multa aplicada na NFLD/AIOP, que não pode exceder o percentual de 75%, previsto no art. 44, I da Lei nº 9.430/1996. Da mesma forma, no lançamento apenas de obrigação principal o valor das multa de ofício não pode exceder 75%. No AI de obrigação

acessória, isoladamente, o percentual não pode exceder as penalidades previstas no art. 32A da Lei nº 8.212, de 1991.

Observe-se que, no caso de competências em que a obrigação principal tenha sido atingida pela decadência (pela antecipação do pagamento nos termos do art. 150, § 4º, do CTN), subsiste a obrigação acessória, isoladamente, relativa às mesmas competências, não atingidas pela decadência posto que regidas pelo art. 173, I, do CTN, e que, portanto, deve ter sua penalidade limitada ao valor previsto no artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 1991.

Cumpre ressaltar que o entendimento acima está em consonância com o que dispõe a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.027 em 22/04/2010, e no mesmo diapasão do que estabelece a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009, que contempla tanto os lançamentos de obrigação principal quanto de obrigação acessória, em conjunto ou isoladamente.

Neste passo, para os fatos geradores ocorridos até 03/12/2008, a autoridade responsável pela execução do acórdão, quando do trânsito em julgado administrativo, deverá observar a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009 - que se reporta à aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias nos lançamentos de obrigação principal e de obrigação acessória, em conjunto ou isoladamente, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. De fato, as disposições da referida Portaria, a seguir transcritas, estão em consonância com a jurisprudência unânime desta 2ª Turma da CSRF sobre o tema:

Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009

Art. 1º A aplicação do disposto nos arts. 35 e 35-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, às prestações de parcelamento e aos demais débitos não pagos até 3 de dezembro de 2008, inscritos ou não em Dívida Ativa, cobrados por meio de processo ainda não definitivamente julgado, observará o disposto nesta Portaria.

Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).

§ 1º Caso não haja pagamento ou parcelamento do débito, a análise do valor das multas referidas no caput será realizada no momento do ajuizamento da execução fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

§ 2º A análise a que se refere o caput dar-se-á por competência.

§ 3º A aplicação da penalidade mais benéfica na forma deste artigo dar-se-á:

I - mediante requerimento do sujeito passivo, dirigido à autoridade administrativa competente, informando e comprovando que se subsume à mencionada hipótese; ou

II - de ofício, quando verificada pela autoridade administrativa a possibilidade de aplicação.

§ 4º Se o processo encontrar-se em trâmite no contencioso administrativo de primeira instância, a autoridade julgadora fará constar de sua decisão que a análise do valor das multas para verificação e aplicação daquela que for mais benéfica, se cabível, será realizada no momento do pagamento ou do parcelamento.

Art. 3º A análise da penalidade mais benéfica, a que se refere esta Portaria, será realizada pela comparação entre a soma dos valores das multas aplicadas nos lançamentos por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e de obrigações acessórias, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, e da multa de ofício calculada na forma do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009.

§ 1º Caso as multas previstas nos §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, tenham sido aplicadas isoladamente, sem a imposição de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação principal, deverão ser comparadas com as penalidades previstas no art. 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.

§ 2º A comparação na forma do caput deverá ser efetuada em relação aos processos conexos, devendo ser considerados, inclusive, os débitos pagos, os parcelados, os não-impugnados, os inscritos em Dívida Ativa da União e os ajuizados após a publicação da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

Art. 4º O valor das multas aplicadas, na forma do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, sobre as contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, deverá ser comparado com o valor das multa de ofício previsto no art. 35-A daquela Lei, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009, e, caso resulte mais benéfico ao sujeito passivo, será reduzido àquele patamar.

Art. 5º Na hipótese de ter havido lançamento de ofício relativo a contribuições declaradas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), a multa aplicada limitar-se-á àquela prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.

Em face ao exposto, dou provimento ao recurso para que a retroatividade benigna seja aplicada em conformidade com a Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes