



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

Processo nº 10976.000515/2008-00
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-004.639 – 2ª Turma
Sessão de 25 de novembro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TECNOWATT ILUMINACAO LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E ACESSÓRIA.
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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra.

Relatório

O presente Recurso Especial trata de pedido de análise de divergência motivado pela Fazenda Nacional face ao acórdão 2402-003.6019, proferido pela 2ª Turma Ordinária/4ª Câmara/2ª Seção de Julgamento do CARF.

Trata-se de infração ao disposto no parágrafo 5º, inciso IV, artigo 32 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, pela omissão nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social — GFIP, de valores de remuneração paga a contribuintes individuais e remuneração paga em processos trabalhistas, no período de 01/2003 a 12/2003, conforme discriminado no Relatório Fiscal da Infração e anexos, fls. 106/152.

A ação fiscal foi autorizada pelo Mandado de Procedimento Fiscal nº 0611000.2008.00242, conforme indicado no Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF, de fls. 93/95. De acordo com as fls. 01 e a planilha de fls. 152, a multa aplicada no valor de R\$ 35.622,22 correspondeu a cem por cento do valor da contribuição devida e não declarada, observado o limite mensal previsto no parágrafo 4º do art. 32 da Lei 8.212/91. Consta do Relatório Fiscal a informação acerca da inexistência de circunstâncias agravantes e da atenuante previstas respectivamente nos artigos 290 e 291, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99. O Auto-de-Infração foi lavrado em 21/11/2008, tendo o autuado sido cientificado em 24 de novembro de 2008, conforme assinatura aposta pelo procurador do contribuinte às fls. 01.

O contribuinte apresentou defesa em 19/12/2008, fls. 156/157, onde requereu o cancelamento desta Auto de Infração, tendo em vista que se trata de processo correlato aos de nº 37.035.304-8 e 37.035.306-4, contra os quais foi apresentada defesa. Requereu que, uma vez cancelados os autos de infração correlatos, fosse pela decadência, fosse pela não incidência de contribuição previdenciária sobre abonos concedidos por Convenção Coletiva, o presente auto de infração também deveria ser cancelado.

A 6ª Turma de Julgamento da DRJ de Belo Horizonte/MG, fls. 302/306, votou pela procedência do lançamento.

O Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, fls. 150/156, insurgindo-se apenas sobre a aplicação da retroatividade benigna da multa, de que trata o art. 106, II, do CTN, para fosse feita de acordo com o art. 32-A da Lei 8.212/91, e não com base no seu art. 35-A conforme fez a DRJ/BHE.

A 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, às fls. 355/360, deu parcial provimento ao recurso, determinando o recálculo da multa imposta nos termos da fundamentação acima, aplicando-se a que for mais benéfica.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial às fls. 362/369, alegando que o paradigma firma entendimento diverso do Acórdão recorrido, no sentido de ser legítima a

aplicação da multa nos termos do art. 35º A da Lei 8.212/91, por entender que, havendo lançamento de ofício das contribuições previdenciárias vinculadas à infração em análise, não mais deve ser aplicado o art. 32º A do mesmo diploma legal, sob pena *debis in idem*.

Ao realizar o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial, às fls. 372/373, a 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento deu seguimento ao recurso da Fazenda Nacional, entendendo haver divergência jurisprudencial, pois, conforme entendeu a Câmara *a quo*, nas situações em que somente tenha havido descumprimento de obrigação acessória relacionada à GFIP, aplica-se o art. 32-A da Lei 8.212/91, mas, havendo lançamento de tributo, a multa passa a ser aplicada nos termos do art. 35-A da Lei 8.212/91, que nos remete ao art. 44, I da Lei 9430/96. Já no Acórdão paradigma, a 1ª Turma da 4ª Câmara da Segunda Seção do CARF considerou ser legítima a aplicação da multa nos termos do art. 35º A da Lei 8.212/91, em situação análoga à presente, por entender que, havendo lançamento de ofício das contribuições previdenciárias vinculadas à infração em análise, não mais deve ser aplicado o art. 32º A do mesmo diploma legal, sob pena *debis in idem*.

Devidamente cientificado, o Interessado apresentou contrarrazões às fls. 377/381, vindo os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes - Relatora

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

Trata-se de infração ao disposto no parágrafo 5º, inciso IV, artigo 32 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, pela omissão nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social — GFIP, de valores de remuneração paga a contribuintes individuais e remuneração paga em processos trabalhistas, no, período de 01/2003 a 12/2003, conforme discriminado no Relatório Fiscal da Infração e anexos, fls. 106/152.

O Acórdão recorrido deu parcial provimento ao recurso voluntário, determinando o recálculo da multa imposta nos termos da fundamentação acima, aplicando-se a que for mais benéfica.

O Recurso Especial, apresentado pela Fazenda Nacional, trouxe para análise a divergência jurisprudencial no sentido de que o paradigma firma entendimento diverso do Acórdão recorrido, no sentido de ser legítima a aplicação da multa nos termos do art. 35º A da Lei 8.212/91, por entender que, havendo lançamento de ofício das contribuições previdenciárias vinculadas à infração em análise, não mais deve ser aplicado o art. 32º A do mesmo diploma legal, sob pena de *bis in idem*.

A lide se concentra sobre a correta interpretação da aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 106 do CTN.

O acórdão recorrido determinou a redução da multa de ofício ao percentual de 75%, em relação aos fatos geradores anteriores a 12/2008. Explicou que, em obediência ao prescrito no art. 144 do CTN, cabe afastar a majoração da multa de ofício para 150%, promovida pela fiscalização, uma vez que tal acréscimo só foi possível a partir da Medida Provisória nº 449/2008, isto é, para fatos geradores a partir da competência 12/2008. No caso dos autos, os fatos geradores são anteriores a tal competência, conforme consta do relatório. Assim, a multa deve ser aplicada em seu patamar ordinário e sem a qualificadora para fatos geradores anteriores a 12/2008.

O Recorrente, por sua vez, em sede de Recurso Especial, aduziu que a análise da norma mais benéfica aplicável ao caso deve levar em conta a soma das multas previstas pelo descumprimento das obrigações principais e acessórias, aplicáveis na sistemática anterior à Medida Provisória nº 449/2008, em comparação com a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, que é única, aplicável ao caso por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

O caso em tela trata da aplicação da multa no Direito Tributário no transcurso do tempo, pugnando assim pela análise dos artigos que se aplicam ao tema em todas as suas redações legais. Para isso, segue abaixo o quadro sinótico, que demonstra um panorama da evolução legislativa que se aplica ao tema:

MULTA PELO NÃO PAGAMENTO		
LEI 8212/91	LEI 8212/91	LEI 8212/91
	redação Lei 9876/99	
redação original – recolhimento em atraso	lançamento de ofício	alterada MP 449/2008 convertida Lei 11.941/2009
Art. 35 - Multa 60% (máximo)	Art. 35 - Multa 50%	Art. 35 - Manda aplicar o art. 61 (débitos lançados mas recolhimento em atraso)
		Insere Art. 35-A - Manda aplicar art. 44 (lançamento de ofício)
		Art. 61 Lei 9430/96 - Multa 20% a 75%
		Art. 44 Lei 9430/96 - Multa 75%

MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA		
LEI 8212/91	LEI 8212/91	LEI 8212/91
redação original	redação Lei 9528/97	alterada MP 449/2008
Art. 32 - sem Multa	Art. 32, §5º - Multa 100%	Insere Art. 32-A - Multa 20% (limitada a)

Deixo de transcrever aqui a redação original dos artigos legais utilizados no acórdão recorrido, uma vez que esta redação não estava vigente na época da constituição do crédito tributário. Ela consta no quadro sinótico apenas para contextualização dos percentuais de multa instituídos pelo legislador no transcurso do tempo.

Os artigos da Lei nº 8.212, de 1991, com as alterações da Lei nº 9.528, de 1997, correspondem ao período em discussão nestes autos, vejamos seu texto:

“Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciárias e outras informações de interesse do INSS.

(...)

§4º. A não apresentação do documento previsto no inciso IV, independentemente do recolhimento da contribuição, sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente a multa variável equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no art. 92, em função do número de segurados, conforme quadro abaixo.

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior.

§ 6º A apresentação do documento com erro de preenchimento nos dados não relacionados aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa de cinco por cento do valor mínimo previsto no art. 92, por campo com informações inexatas, incompletas ou omissas, limitadas aos valores previstos no § 4º.

§ 7º. A multa de que trata o § 4º sofrerá acréscimo de cinco por cento por mês calendário ou fração, a partir do mês seguinte àquele em que o documento deveria ter sido entregue.

(...)

Art. 35. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º e abril de 1997, sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

(...)

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

a) doze por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) quinze por cento, após o 15º dia do recebimento da notificação;

c) vinte por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRP;

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

Observe-se que o tema tem sido amplamente debatido neste tribunal administrativo, quando se trata de aplicação das referidas multas para descumprimento de obrigações principais ou acessórias ou até mesmo de ambas conjuntamente, sendo oportuno o esclarecimento.

Em casos como este a Câmara Superior de Recursos Fiscais vem firmando posicionamento de que ambos os artigos 32 e 35, Lei 8212/91 tem conteúdo material análogo, e que, portanto, a aplicação de ambos, embora possível na interpretação literal, seria vedada na interpretação sistemática da doutrina do Direito Tributário. Isso por que se ambos os artigos prevêm penalidade para conduta materialmente análoga estaria configurado “bis in idem”.

Nesse sentido, excerto do voto da relatora Maria Helena Cotta:

Com efeito, o entendimento desta CSRF é no sentido de que, embora a antiga redação dos artigos 32 e 35 da Lei nº 8.212, de 1991, não contivesse a expressão “lançamento de ofício”, o fato de as penalidades serem exigidas por meio de Auto de Infração e de NFLD, não deixa dúvidas acerca da natureza material de multas de ofício.

A norma transcrita anteriormente se encontra em sua redação vigente na data da constituição do crédito e de seu auto de infração, caso seguissemos somente o princípio “tempus regit actum” esta seria a melhor aplicação da lei ao caso concreto (subsunção do fato a norma), contudo, o direito tributário abarca o instituto da Retroatividade Benigna, previsto no art. 106, CTN que assim dispõe:

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.

Desse modo, respeitando o instituto da retroatividade benigna temos que observar se as alterações posteriores à autuação, implementadas pela Lei nº 11.941, de 2009, representariam a exigência de penalidade mais benéfica ao Contribuinte, hipótese que autorizaria a sua aplicação retroativa,

Em 2008 foi aprovada a Medida Provisória n. 449/2008, que insere o artigo 35 – A e 32- A ao texto legal, cuja redação no tocante aos artigos aqui discutidos permaneceu inalterada quando da sua conversão na Lei nº 11.941, de 2009. Assim os artigos 32 e 35, da Lei nº 8.212, de 1991, uniformizaram os procedimentos de constituição e exigência dos créditos tributários, previdenciários e não previdenciários, nos seguintes termos:

“Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS;

(...)

§ 2º A declaração de que trata o inciso IV do caput deste artigo constitui instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários.

(...)

*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.

(...)

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

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.

Desse modo, é possível afirmar que o artigo 35, da Lei 8212/91 na redação dada pela Lei 11.941/09 acima citada determina que nos casos em que se trate de tributo constituído (lançado e recolhido em atraso) aplicar-se-á o artigo 61 da Lei 9430/96.

Enquanto que o artigo 35-A esclarece que, nos casos de tributos cujo lançamento ocorreu de ofício, deve ser aplicado o comando legal do art. 44 da mesma Lei 9430/96.

O caso em apreço não discute débitos de tributos lançados e não pagos, mas sim de lançamento de ofício realizado pela Receita Federal, desse modo o artigo 61 da Lei 9430/96, não guarda aplicabilidade com o presente processo, importando tão somente nesse caso o artigo 44 da já citada Lei 9430/96, vejamos:

*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**; (grifei)*

Assim cito novamente decisão esclarecedora desta Câmara, no processo Nº 10935.006908/2007-14, que explicita a forma de interpretação e aplicação destes comandos legais ao longo do tempo:

“ Resta claro que, com o advento da Lei nº 11.941, de 2009, o lançamento de ofício envolvendo a exigência de contribuições previdenciárias, bem como a verificação de falta de declaração do respectivo fato gerador em GFIP, como ocorreu no presente caso, sujeita o Contribuinte a uma única multa, no percentual de 75%, sobre a totalidade ou diferença da contribuição, prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Com efeito, a interpretação sistemática da legislação tributária não admite a instituição, em um mesmo ordenamento jurídico, de duas penalidades para a mesma conduta, o que autoriza a interpretação no sentido de que as penalidades previstas no art. 32-A não são aplicáveis às situações em que se verifica a falta de declaração/declaração inexata, combinada com a falta de recolhimento da contribuição previdenciária, eis que tal conduta está claramente tipificada no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.”

Observe-se que, quando o artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996 dispõe expressamente “nos casos do lançamento de ofício” e inciso I utiliza a expressão “nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;”

percebe-se, claramente, que está embutido no mesmo artigo o lançamento de ofício e a falta de declaração.

Diante do exposto, é necessária a reforma do acórdão recorrido, pois embora este tenha decidido no sentido de aplicar ao contribuinte a norma mais benéfica, esta não pode ser escolhida aleatoriamente, ela precisa ser aplicada dentro uma interpretação coerente do ordenamento jurídico no qual esta inserida. O que se consegue através da aplicação do artigo 44, inciso I da Lei 9.430/1996.

Desse modo dou provimento ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que, na fase de execução desta decisão, se aplique a situação mais benéfica para a Contribuinte:

- a soma das duas multas, aplicadas no presente Auto de Infração e na NFLD correspondente; ou

- a multa de 75% sobre a totalidade ou diferença de contribuição, prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

É o voto.

(Assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes