



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

**Processo n°** 12268.000400/2009-18  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9202-007.525 – 2ª Turma  
**Sessão de** 31 de janeiro de 2019  
**Matéria** Nulidade - Multa - Retroatividade Benigna.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** INFORMANET EDITORA DE PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS LTDA. EPP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

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

MULTA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. RETROATIVIDADE BENIGNA.  
NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Divergência quanto à multa aplicável em razão da retroatividade benigna não configura vício material do lançamento, que poderá ser ajustado para a correta aplicação da multa pela autoridade julgadora.

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 dar-lhe provimento.

Assinado digitalmente

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício.

Assinado digitalmente

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Luciana Matos Pereira Barbosa (suplente convocada), Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

## Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interpostos pela Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2301-02.252, proferido na Sessão de 23 de agosto de 2011, assim ementado:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

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

*PERÍCIA. INDEFERIMENTO POR SER PRESCINDÍVEL.*

*A perícia requerida é indeferida, com fundamento no art. 18 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações da Lei nº 8.748/1993, por se tratar de medida absolutamente prescindível, já que constam dos autos todos os elementos necessários ao julgamento.*

*NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.*

*Incabível a argüição de nulidade do lançamento de ofício quando este atender as formalidades legais e for efetuado por servidor competente. Quando presentes a completa descrição dos fatos e o enquadramento legal, mesmo que sucintos, de modo a atender integralmente ao que determina o art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.*

*IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTO FUNDADO EM INCONSTITUCIONALIDADE DE TRATADO, ACORDO INTERNACIONAL, LEI OU DECRETO.*

*Por força do art. 26A do Decreto 70.235/72, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.*

*FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA. ERRO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.*

*Se a fiscalização equivocou-se ao juntar a fundamentação fática da multa aplicada no tocante à aplicação da multa mais benéfica, temos caracterizada nulidade por vício material nessa parte do lançamento. Recurso Voluntário Provido em Parte.*

A decisão foi assim registrada:

*Acordam os membros do colegiado, I) por voto de qualidade: a) em anular o lançamento, somente no que tange à multa, devido à existência de vício na sua aplicação, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em considerar o vício como existente em todo o lançamento; II) Por maioria de votos: a) em conceituar o vício existente no lançamento da multa como material, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em considerar o vício como formal;*

*III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do Relator.*

O recurso visa rediscutir a seguinte matéria: **Natureza do vício de nulidade, se formal ou material.**

Em exame preliminar de admissibilidade, o Presidente da Terceira Câmara, da Segunda Seção do CARF deu seguimento ao apelo, nos termos do Despacho de e-fls. 405 a 407.

Em suas razões recursais, a Fazenda Nacional ressalta a diferença entre o fato que levou ao lançamento (motivo) e a descrição desse fato pelo agente do Fisco (motivação) Invocando a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo, sustenta que a motivação integra a formalização do ato, requisito formalístico dele. Aduz que, em se verificando vício quanto à motivação está-se diante de vício formal, passível de convalidação ou repetição, sem o defeito original; que no caso concreto, o vício apontado pelo acórdão recorrido seria a indicação de tabela comparativa de multas referidas na autuação e que não pertenceria a este processo; defende que tal vício poderia ser facilmente sanado com a substituição das tabelas em questão; que, portanto, o vício é meramente formal.

Cientificado do Acórdão Recorrido, do Recurso Especial da Procuradoria e do Despacho que lhe deu seguimento em 05/05/2017 (AR, e-fls. 410), a contribuinte não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

## **Voto**

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

Quanto ao mérito, a matéria devolvida ao Colegiado é a natureza do vício que ensejou o lançamento, se formal ou material. Segundo o voto condutor do acórdão recorrido, o lançamento seria nulo em razão de erro quanto à definição do valor da multa aplicada, conforme o seguinte trecho:

*No tocante às penalidades que se relacionam com a GFIP, o novo regime das infrações relativas às contribuições previdenciárias prevê que separemos duas situações: quando houver diferença de tributo e quando não houver tal diferença.*

*Nas competências em que houver tal diferença, ou seja, quando no mesmo procedimento de ofício houver lançamento de penalidade por infração relativa à GFIP e lançamento da própria contribuição em relação ao mesmo período, devemos nos basear no art. 35A. Assim, comparamos a multa de 75%*

*prevista no inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96 com a soma das multas dos §§4º, 5º e 7º do art. 32 da Lei 8.212/91. A penalidade mais benéfica ao contribuinte é aquela que deve prevalecer.*

*Nas competências em que não houver tal diferença, ou seja, quando a multa for fundamentada no § 6º do art. 32 da Lei 8.212/91, a comparação há de ser feita com o art. 32A da Lei 8.212/91, prevalecendo a multa mais benéfica.*

*A despeito de tais considerações, verificamos que a tabela comparativa das multas de fls. 101 não diz respeito ao presente processo. Tal fato causa erro na fundamentação fática da multa a ensejar a nulidade dessa parte do lançamento por vício material que impede a ampla defesa do contribuinte.*

Segundo o Relatório Fiscal foi aplicada a multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conforme o seguinte trecho do relatório.

*Foi aplicada, por competência, aos valores lançados no auto de infração (AI) de que trata este relatório fiscal, a multa de ofício no valor de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, conforme previsão contida no artigo 35-A da Lei 11.941/2009. Tal penalidade resultou mais benéfica ao contribuinte do que aquelas previstas na legislação anterior à Lei 11.941/09, conforme a demonstração contida na planilha 2, anexa ao AI, objeto deste relatório fiscal. Atendida, portanto, a previsão legal de aplicação da norma mais benéfica ao contribuinte contida na alínea "c" do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional (CTN).*

Como se vê a afirmação no voto condutor do julgado de que a planilha de fls. 101 não diz respeito ao processo é gratuita e baseada na conclusão de que a multa devida é diferente daquela aplicada na autuação.

Ora, conforme jurisprudência consolidada neste CARF, consubstanciada na Súmula CARF nº 119, após a edição da Medida Provisória nº 449, de 2008, no caso de lançamento de por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória aplica-se cumulativamente as duas multas, devendo essa soma ser considerada para fins de verificação da possibilidade de retroatividade benigna.

Ora, a multa aplicada resultou menor do que a multa devida e, ainda, que não tenha sido aplicado a penalidade, conforme previsto na nova legislação, o fato não configura vício a ensejar a nulidade do lançamento. Primeiramente, porque não há prejuízo para o contribuinte, mas, ao contrário, este acabou beneficiando-se da aplicação de uma penalidade menor.

O fato de haver eventualmente erro na imputação da multa devida, embora possa configurar defeito do ato administrativo do lançamento, tal vício não enseja, necessariamente, a nulidade do lançamento, cuja declaração teria efeito *ex tunc*, tornando o lançamento o equivalente a uma ato inexistente, um nada jurídico. Mas se trata apenas de um defeito, em relação a apenas um dos aspectos do lançamento, o que não justifica a total eliminação do ato do mundo jurídico.

Para casos como esses a legislação e a doutrina estabelecem a possibilidade de o lançamento ser revisto, se for o caso, em decorrência de impugnação do sujeito passivo, com fundamento no art. 145, I, do CTN. Confira-se:

*Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:*

***I - impugnação do sujeito passivo;***

*II - recurso de ofício;*

*III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.*

É o que ocorre ordinariamente nos processos administrativos submetidos à apreciação das turmas do CARF. O que justifica e impugnação, e o provimento total ou parcial das impugnações e dos recursos, é a existência de alguma inconformidade do lançamento com as normas que orientam sua formação, isto é, de algum vício no lançamento: base de cálculo maior que a devida, alíquota indevida, exigência de imposto sobre rendimento isento, etc. Não se trata de nulidade, mas de anulabilidade, de casos de alteração do lançamento à luz do contraditório.

No presente caso, o alegado vício consistiu em suposto erro na imputação da multa. Não é caso de nulidade, mas de adequação da exigência com a correta aplicação da multa, se for o caso, o que pode ser feito pela autoridade julgadora. Considerando-se, entretanto, que a multa aplicada resultou menor do que a devida, descabe a revisão do lançamento *in pejus*.

Mas, ainda que se considerasse a nulidade do lançamento – o que se admite apenas para argumentar – este seria formal, pois não há vício quanto à caracterização dos fatos e à definição da infração cometida, mas apenas quanto à definição legal da penalidade aplicável, o que pode ser alterado sem reexame dos fatos.

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, dou-lhe provimento.

Assinado digitalmente

Pedro Paulo Pereira Barbosa - Relator