



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

**Processo n°** 12269.000170/2008-98  
**Recurso n°** Especial do Procurador  
**Acórdão n°** 9202-005.397 – 2ª Turma  
**Sessão de** 26 de abril de 2017  
**Matéria** 67.636.4010 - CS - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - PENALIDADE/RÉTROATIVIDADE BENIGNA - AIOP/AIOA: FATOS GERADORES ANTERIORES À MP Nº 449, DE 2008.  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** FOX VEICULOS LTDA.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2004

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Na aferição acerca da existência de divergência jurisprudencial, não basta que os acórdãos recorrido e paradigma tratem da mesma matéria, sendo imprescindível que se constate a similitude fática entre os julgados postos em comparação. Soluções diversas em face de situações fáticas diferentes, ainda que gravitem em torno do mesmo tema, não caracterizam dissídio interpretativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício e Relator.

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

## Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA - DEBCAD nº 37.283.725-5, à e-fl. 03, cientificado à contribuinte em 13/02/2008 (e-fl. 03), com relatório fiscal da infração às e-fls. 11 e 12. A multa decorrente da infração foi de R\$ 30.594,17.

A autuação foi lavrada por ter a contribuinte deixado de incluir em GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social todos os dados correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, no período abrangido entre as competências de 06/2003 a 12/2004.

É importante referir que, no lançamento, conforme documento de e-fls. 10, somente houve lançamento de obrigações acessórias e uma informação fiscal de débitos, sem lançamento, não tendo havido notificação fiscal de lançamento (NFLD), nos termos abaixo reproduzidos:

Documento	Período	Número	Data	Valor
AI	02/2008 02/2008	371400392	11/02/2008	30.594,17
AI	02/2008 02/2008	371400406	11/02/2008	1.195,13
AI	02/2008 02/2008	371400414	11/02/2008	1.195,13
AI	02/2008 02/2008	371400422	11/02/2008	2.151,00
IFD	03/2001 12/2003	371499011	11/02/2008	2.344,16

O AIOA foi impugnado, às e-fls. 41 a 46, em 12/03/2008. Já a 8ª Turma da DRJ/POA, no acórdão nº 10-17.833, prolatado em 26/11/2008, às e-fls. 1035 a 1038, considerou, por unanimidade, o lançamento procedente, com relevação de parte da multa, pela correção parcial das faltas das informações efetuadas. A relevação das multas reduziu o valor em litígio a R\$ 4.301,31.

Inconformada, em 17/06/2011, a contribuinte, interpôs recurso voluntário, às e-fls. 108 a 128, discutindo, em síntese:

- reafirma o caráter não remuneratório do auxílio-creche, como justificção para não inserir esses valores em GFIP, uma vez que entende ser este de natureza indenizatória;
- por eventualidade, caso não seja afastado o auxílio-creche da remuneração, pleiteia redução da multa, pois teria agido

simplesmente no atendimento à convenção coletiva do Sindicato dos Comerciantes de Porto Alegre.

O recurso voluntário foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento em 28/07/2011, resultando no acórdão 2401-01.936, às e-fls. 1124 a 1130, que tem a seguinte ementa:

*PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5.º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES - AUXÍLIO CRECHE*

*A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de-infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar o INSS na administração previdenciária.*

*Inobservância do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.: "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 previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Incluído pela Lei 9.528, de 10.12.97)".*

*FATO GERADOR - OMISSÃO EM GFIP - AUXÍLIO CRECHE - PARECER DA PGFN - SÚMULA DO CARF - NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.*

*Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatório, dessa forma, indevida a autuação*

(...)

*PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, IV, § 5º E ARTIGO 41 DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 284, II DO RPS, APROVADO PELO DECRETO Nº 3.048/99 - OMISSÃO EM GFIP - MULTA - RETROATIVIDADE BENIGNA*

*Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior*

*Recurso Voluntário Provido em Parte*

O acórdão teve o seguinte teor:

*ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para que se exclua da autuação os fatos geradores relacionados ao pagamento de auxílio creche 505, bem como recalcular o valor da multa, limitando-a, nos termos do art. 32-A, I da Lei nº 8.212/91, se mais benéfico ao contribuinte.*

#### **RE da Fazenda Nacional**

Cientificada do acórdão, em 29/11/2011 (e-fl. 1059), a Procuradoria da Fazenda Nacional, em 15/12/2011, manejou recurso especial de divergência - RE (e-fls. 1061 a 1068) ao citado acórdão, entendendo que o aresto diverge de entendimentos firmados no CARF em matéria de critério de aplicação da retroatividade benigna às penalidades lançadas.

A divergência foi assim apontada (e-fl. 1065):

*Naquela ocorrência, consignou-se que havendo lançamento do tributo, juntamente com a lavratura de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, o dispositivo legal a ser aplicado passa a ser o art. 35-A da Lei 8.212/91, que nos remete ao art. 44, I, da Lei 9.430/96, haja vista que o art. 32-A da Lei 8.212/91 somente se aplica às situações em que somente tenha havido descumprimento de obrigação acessória relacionada à GFIP. Havendo lançamento de tributo, a multa passa a ser aplicada nos termos do art. 35-A, da Lei 8.212/91, sob pena de bis in idem.*

*Vê-se, portanto, que a 3ª Turma da 4ª Câmara da Segunda Seção do CARF considerou ser legítima a aplicação da multa nos termos do art. 35-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. 32-A do mesmo diploma legal, sob pena de bis in idem.*

Assim, o aresto recorrido diverge de entendimento firmado no CARF no acórdão paradigma 2403-00.035, da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento.

Por fim, a Procuradora requer o conhecimento e o provimento do RE para a reforma do acórdão para que se adote a tese esposada no paradigma, devendo-se verificar, na execução do julgado, qual norma mais benéfica: se a soma das duas multas anteriores (art. 35, II, e 32, IV, da norma revogada) ou a do art. 35-A da MP 449/2008.

O RE da Fazenda foi apreciado pelo Presidente da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, nos termos dos arts. 67 e 68 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria nº 256 de 22/06/2009, por meio do despacho às e-fls. 1098 a 1100, datado de 23/01/2012, entendendo por lhe dar seguimento, em face do cumprimento dos requisitos regimentais.

#### **Contrarrazões da contribuinte**

A contribuinte foi intimada do acórdão nº 2401-01.936, do RE interposto pela Fazenda Nacional e do despacho da admissibilidade deste, por meio da Intimação 2237/2012/SECAT/COB (e-fl. 1103), em 24/05/2012 (e-fl. 1104).

Em 04/06/2012, ela apresentou suas contrarrazões ao RE da Procuradoria, às e-fls. 1105 a 1117.

Primeiramente, afirma que o RE não deve ser conhecido, por inexistir similitude fática entre o recorrido e seu paradigma, fazendo com que não haja divergência a ser arguida. O acórdão recorrido foi lavrado para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória enquanto o paradigma trata de descumprimento de obrigação acessória e principal. Por fim, reafirma a aplicação retroativa da legislação posterior à emissão do AIOA, nos moldes da decisão recorrida.

Por essa razão pleiteia que o RE não seja admitido, ou, alternativamente, não lhe seja dado provimento.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

O recurso é tempestivo.

Preliminarmente, há que se enfrentar o argumento trazido nas contrarrazões da contribuinte. Quando da emissão do AIOA em testilha, não houve emissão de auto de infração de obrigação principal relativa aos tributos não pagos. A contribuinte dispôs-se a pagá-los com base em informação de débito fiscal (IFD, citada na e-fl. 10). Tal pagamento estava sujeito apenas à multa de mora, do art. 35, inc. I, da Lei nº 8.212/1991, com a redação anterior à vigência da MP 449/2008.

O paradigma trazido ao processo, expressamente, busca a adequação do lançamento de multa de ofício em AIOP e lançamento de multa de ofício em AIOA.

No relatório do paradigma (e-fl. 1072, primeiro e segundo parágrafos) constata-se:

*Trata-se de recurso voluntário, fls. 89 a 98, acompanhado de anexos às fls. 99 a 137, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Porto Alegre (RS) (DRRPOA), fls. 73 a 79, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação acessória, AI nº 37.130.938-7, lavrada em 25/10/2007, às fls. 01.*

*Observa-se que a NFLD nº 37.108.360-5, relacionada diretamente a este Auto de Infração, AI nº 37.130.938-7, aponta no Termo de Encerramento da Ação Fiscal — TEAF, às fls. 39, o resultado do procedimento fiscal:*

(sublinhei)

Após citar o art. 35-A, já com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009, no voto (e-fl. 1096, 11º e 12º parágrafos) pode-se observar:

*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.*

*As contribuições decorrentes da omissão em GFIP foram objeto de lançamento, por meio da notificação já mencionada e, tendo havido o lançamento de ofício, não se aplicaria o art. 32-A, sob pena de bis in idem.*

(sublinhei)

No presente caso, não existe lançamento da então exigida multa de mora sobre o valor da obrigação principal, para que se realize tal adequação, logo, tem razão a contribuinte quando afirma não haver similitude fática entre recorrido e paradigma.

Além disso, ainda que fosse admitido o RE, o entendimento que esta Turma vem desposando, quando acata recursos sobre a matéria, culmina com a utilização da Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04/12/2009, para a apuração da multa mais benigna aos contribuintes. O seu art. 3º, § 1º, dispõe:

*Art. 3ª 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.*

(sublinhei)

Em face do exposto, com a vênia do então Presidente da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento, entendo que não restou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial por falta de similitude fática entre o acórdão recorrido e o paradigma. Conhecer do RE da Procuradoria da Fazenda.

### **Conclusão**

Assim, voto por não conhecer do recurso especial de divergência de iniciativa da Fazenda Nacional.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Processo nº 12269.000170/2008-98  
Acórdão n.º **9202-005.397**

**CSRF-T2**  
Fl. 1.137

---