



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13827.000261/2009-02
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2402-004.440 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2014
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado ND - CONSTRUCOES E SERVICOS LTDA. - EPP.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2005 a 31/01/2009

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Constatada a inexistência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão embargado, rejeita-se a pretensão da embargante.

Embargos rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos opostos.

Julio César Vieira Gomes - Presidente

Nereu Miguel Ribeiro Domingues - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio César Vieira Gomes, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Luciana de Souza Espíndola Reais, Thiago Tabora Simões, Ronaldo de Lima Macedo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional tratando sobre a aplicação da retroatividade benigna por este Conselho, onde determinou-se, de ofício, que a multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/91 deveria ser comparada à multa de que trata o art. 35 da Lei nº 8.212/91, de modo que fosse aplicada aquela mais benéfica, nos termos do art. 106 do CTN.

Sustenta a Embargante que a matéria não é considerada de ordem pública e se encontrava preclusa, tendo o acórdão deixado de consignar os pressupostos e os motivos que fundamentaram a apreciação do tema.

Requer a Embargante o acolhimento para sanar a omissão acima e prequestionar a matéria que não foi objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Relator

Primeiramente, cabe mencionar que os presentes embargos são tempestivos e preenchem a todos os requisitos de admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento.

Sobre a aplicação da retroatividade benigna, a Embargante sustenta que o acórdão embargado foi omissivo por não ter *“expressamente mencionados quais os pressupostos e os motivos que fundamentaram a apreciação de tema que não configura matéria de ordem pública e não foi questionado tempestivamente pelo contribuinte”*.

Verifica-se que a Embargante pretende ver expressamente analisados os fundamentos que levaram este Conselho a aplicar de ofício a retroatividade benigna, notadamente pelo fato de que tal matéria não seria considerada como de ordem pública, além de não ter sido objeto de defesa do contribuinte.

Sobre o tema, cumpre destacar que o Estado está vinculado à legalidade e deve, em regra, na sua aplicação, respeitar o princípio da irretroatividade das leis.

No entanto, o art. 106, inc. II do CTN prevê regra excepcional para a aplicação retroativa das leis, nos casos em que estas deixem de tratar o ato (i) como infração, (ii) 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, ou ainda quando a lei (iii) determine penalidade menos severa do que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Para a aplicação da referida regra excepcional, o ato não pode ter sido definitivamente julgado, em respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, consoante art. 5º, inc. XXXVI da CF/1988.

Assim, tendo sido o ato administrativo submetido a esta C. Corte Administrativa para julgamento, deve-se aplicar a legislação pertinente (seja aquela vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, quando regra geral, ou a legislação superveniente, quando presentes as hipóteses elencadas no art. 106 do CTN).

Em outras palavras, é dever deste Conselho realizar o devido controle de legalidade do lançamento, devendo ajustá-lo às previsões legais pertinentes, sob pena de ilegalidade.

Nota-se que não se está diante da aplicação *ex officio* de matéria de ordem pública, mas sim diante da aplicação da legislação cabível ao caso.

Não há que se cogitar na hipótese de aplicação de regra eminentemente técnica, como a da preclusão, para se afastar a aplicação de ofício da retroatividade benigna, tal como sugere a Embargante.

Isto porque, a superveniência da *lex mitior* é eventual, sendo esperado que o próprio Estado aplique-a caso o ato ainda esteja sob julgamento, independentemente de requerimento das partes nesse sentido.

Até porque, em muitos casos a lei benigna passa a vigorar após a apresentação das razões de defesa do contribuinte, sendo incongruente cogitar na hipótese de preclusão.

Outrossim, seria ilegal dar tratamento diverso ao contribuinte que apresentou suas razões de defesa após a vigência da lei benigna, porém sem requerer a sua aplicação, do contribuinte beneficiado pelo princípio da retroatividade benigna em virtude de a lei ter se tornado vigente após a apresentação dos argumentos de defesa.

Em vista disso, caso não haja o reconhecimento de ofício do art. 106 do CTN, o contribuinte estará sendo compelido a recolher penalidade mais gravosa do que aquela prevista para o caso, em flagrante ilegalidade.

Por essas razões, conclui-se que não há qualquer reparo a ser feito no v. acórdão embargado, motivo pelo qual voto pela rejeição dos presentes embargos.

Ante o exposto, voto pela **REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** opostos pela Fazenda Nacional.

É o voto.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues.