



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

Processo n° 13971.003321/2010-19
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-005.583 – 2ª Turma
Sessão de 28 de junho de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MONTE CLARO PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2008

SITUAÇÕES FÁTICAS DIFERENTES. COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

O Recurso Especial da Divergência somente deve ser conhecido se restar comprovado que, em face de situações equivalentes, a legislação de regência tenha sido aplicada de forma divergente, por diferentes colegiados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri (relatora), Maria Helena Cotta Cardozo e Luiz Eduardo de Oliveira Santos, que conheceram do recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Júnior - Redator designado

Participaram do presente 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.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional cujo objeto é a discussão acerca da aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. A Recorrente requer que a retroatividade benigna seja aplicada, essencialmente, pelos critérios constantes na Portaria PGFN/RFB nº 14 de 04 de dezembro de 2009.

Originalmente o processo inicia-se com a lavratura de auto de infração de descumprimento de obrigação acessória, fundamentação legal 67, lavrado em razão de o Contribuinte ter deixado de informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por intermédio de documento definido em Regulamento, os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo, infração tipificada no art. 32, inciso IV, §§ 3º e 9º (acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997) da Lei nº. 8.212/91.

Nos termos do relatório fiscal de fls. 34, o cálculo da multa foi realizado com base nos §§ 4º e 7º da redação vigente do citado art. 32, pois o valor aplicado, acrescido ao valor da multa de mora (prevista no art. 35, inciso II da Lei 8.212/91) incidente sobre as contribuições lançadas nos AI de DEBCAD nº 37.280.445-4 e 37.280.446-2, foi inferior ao resultante quando da aplicação da legislação vigente a partir de 04/12/2008, qual seja, Lei nº 8.212/91, art. 32-A, inciso I (acrescentado pela Lei 11.941/2009), conforme o demonstrado no relatório "Comparação de Multa", integrante deste AI.

Na parte que nos interessa, cabe destacar que a Delegacia de Julgamento manteve o lançamento, julgando improcedente a impugnação e reforçando a aplicação da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14.

Contribuinte interpôs recurso voluntário o qual foi dado provimento parcial, decidindo o Colegiado que *para efeitos da apuração da situação mais favorável, há que se observar qual das seguintes situações resulta mais favorável ao contribuinte, conforme o art. 106, II, c, CTN: (a) a norma anterior, com a multa prevista no art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32, § 5º, Lei nº 8.212/1991 ou (b) a norma atual, nos termos do art. 32, inciso IV, Lei nº 8.212/1991 c/c o art. 32A, Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei 11.941/2009.*

O acórdão de nº 2403-002.052 recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2008

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Cientificado do acórdão e do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, o sujeito passivo, tempestivamente, apresentou seu próprio recurso especial ao qual foi negado seguimento nos termos do despacho de exame e reexame de admissibilidade de fls. 230/243. O mesmo foi devidamente intimado do respectivo despacho denegatório. Não foram apresentadas contrarrazões.

Importante mencionar que, conforme termo de desapensação de fls. 261, este processo encontrava-se apenso ao Processo 13971.003319/2010-31, principal, e foi desapensado para permitir o julgamento do respectivo recurso na sistemática prevista no art.47, §§1º e2º, do RICARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de2015.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Antes da análise do mérito da ação, necessário tecer comentários sobre o conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

Como esclarecido, trata-se de lançamento para cobrança de débito relativo ao descumprimento de obrigação acessória, fundamentação legal 67, lavrado em razão de o Contribuinte ter deixado de informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por intermédio de documento definido em Regulamento, os dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e outras informações de interesse do mesmo, infração tipificada no art. 32, inciso IV, §§ 3º e 9º (acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997) da Lei nº. 8.212/91.

Referida infração não se confunde com aquela exigida por meio de Auto de Infração com "Fundamentação Legal 68" (art. 32, IV, §§ 4º, 5º e 6º), sua exigência independe da definição acerca da ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou seu respectivo valor apurado. Assim, neste caso, não haveria que se falar em aplicação da retroatividade benigna nos moldes em que pretendido pela Fazenda Nacional, ou mesmo da forma como foi aplicado pelo lançamento, pela DRJ e pelo acórdão recorrido.

Ocorre que, mesmo diante de uma sucessão de equívocos, entendo haver nos autos uma divergência que, nos termos do Regimento Interno deste Conselho, justifica o conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, divergência esta que foi muito bem resumida pelo Despacho de Admissibilidade de fls. 169/172.

Mesmo na ausência de similitude fática entre o presente lançamento (AI 67) e aquele analisado no acórdão paradigma (AI 68), em ambos, a forma utilizada pela autoridade lançadora para o cálculo da multa foi exatamente a mesma, fazendo nascer, assim, uma semelhança jurídica na utilização do critério de aferição de qual seria a multa mais benéfica ao contribuinte.

Assim, existindo uma divergência interpretativa no que tange ao critério adotado pela Turma *a quo* e aquele utilizado pelo Colegiado responsável pela decisão do acórdão paradigma, cabe a esta Câmara Superior, nos termos do art. 67 do RICARF, analisar a questão suscitada por meio de recurso especial interposto tempestivamente.

Diante do exposto, conheço do recurso.

Vencida quanto ao conhecimento, deixo de me manifestar quanto ao mérito.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

Voto Vencedor

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Redator designado

Com a devida vênia ao posicionamento da nobre Relatora acerca do conhecimento do feito, ousou discordar.

Entendo que, ainda que a forma do cálculo da multa seja a mesma utilizada nos casos paradigmáticos, ali, nos casos paradigmáticos, pelo exame realizado, houve lavratura do denominado "AI 68" (infrações decorrentes de apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei n.º. 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV e parágrafo 3.º., acrescentados pela Lei n.º. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias).

Assim, a fundamentação utilizada para fins de aplicação da retroatividade benigna naqueles casos paradigmáticos remete à dependência entre a ocorrência de fato gerador não declarado, que gera a obrigação principal objeto de lançamento e a infração constante do art. 32, IV, §5.º, ou mais especificamente, às condutas simultâneas de (a) recolhimento insuficiente do tributo e (b) falta de declaração da verba tributável em GFIP. condutas estas que, a partir da égide da MP n.º. 449, de 2008, convertida na Lei n.º. 11.941, de 2009, passaram a ser apenadas pelo art. 35-A da Lei n.º. 8.212, de 1991, incluído por estes diplomas.

Já a penalidade aqui aplicada, e, mais especificamente, também sua fundamentação legal, note-se, conforme muito bem apontado pela Relatora, independem "da definição acerca da ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou seu respectivo valor apurado", podendo, existir, note-se, casos em que: a) fosse aplicada a penalidade aqui objeto de aplicação mediante o AI 67, ainda que b) não houvesse que se falar em aplicação do art. 35-A da Lei nº. 8.212, de 1991.

Assim, entendo que, para fins de caracterização da divergência interpretativa, deveriam ter sido apresentados casos onde aplicada a penalidade constante do §3o. e §9o. do art. 32, inciso IV da Lei no. 8.212, de 1991, se houvesse decidido pela aplicação da retroatividade benéfica, o que não ocorre no presente caso, onde, repito, os paradigmas se referem à infração constante do §5º. daquele dispositivo (AI 68). Entendo que a utilização de uma mesma sistemática de cálculo é acidental, o que não ocorreria, por exemplo, caso a penalidade aqui lançada fosse mais gravosa que a determinada pelo AI 68, objeto dos paradigmas.

Assim, voto por não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

È como voto.

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Redator designado