



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

Processo nº 15504.018483/2008-61
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2301-004.987 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de abril de 2017
Matéria Obrigações acessórias
Embargante UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)
Interessado CENTRO MINEIRO DE ENSINO SUPERIOR CEMES LTDA E OUTROS

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

Não se acolhem os embargos declaratórios quando inexistente a omissão apontada no julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos apresentados, para, no mérito, rejeitá-los, por inexistir o vício apontado pela Fazenda Nacional, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Andrea Brose Adolfo - Presidente em Exercício e Relatora.

EDITADO EM: 08/05/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Evaristo Pinto, Andrea Brose Adolfo (Presidente em Exercício e Relatora), Fabio Piovesan Bozza, Jorge Henrique Backes (suplente convocado), Julio Cesar Vieira Gomes e Maria Anselma Coscrato dos Santos (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional) às e-fls. 999/1001, contra Acórdão nº 2403-001.616 (e-fls. 976/997) visando sanar alegada

omissão acerca da aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91 ao presente caso, introduzido pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

O acórdão embargado foi assim redigido:

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. OMISSÃO DE FATOS GERADORES.

Constitui infração à legislação previdenciária a apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, com omissão de fato gerador de contribuição previdenciária.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE. ACOLHIMENTO PARCIAL.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, "a" determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

PÓLO PASSIVO. CO-OBRIGADOS.

A indicação dos representantes legais da empresa, pessoas físicas, na autuação é para instruir os autos com todas as informações necessárias ao trâmite administrativo e/ou judicial do processo.

JUROS. INCIDÊNCIA. ARGUIÇÃO DE CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Na forma da súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, " O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

Também na forma da súmula nº 4 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, " A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais."

AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUCESSÃO.

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou

nome individual, sucede e responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

MULTA

Conforme redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 o novo comando do art. 32 da Lei nº 8.212/91 se expressa na forma do § 9º da Lei nº 11.941, de 2009: “A empresa deverá apresentar o documento a que se refere o inciso IV do caput deste artigo ainda que não ocorram fatos geradores de contribuição previdenciária, aplicando-se, quando couber, a penalidade prevista no art. 32-A desta Lei.

Aduz que o contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 da Lei 8.212/91 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 multas do art. 32-A.

MULTA MAIS BENÉFICA.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, cabe aplicar multa menos gravosa.

A efetiva comparação para determinação da multa mais benéfica deverá ser feita por ocasião do pagamento ou do parcelamento do débito.

Caso não haja pagamento ou parcelamento do débito, a análise do valor das multas será realizada no momento do ajuizamento da execução fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência parcial em relação ao período constituído para a competência 10/2003, inclusive e anteriores nos termos do art. 150, § 4º do CTN. No Mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando que o recálculo da multa ocorra sob o comando do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, quando da ocasião do pagamento. Vencido o conselheiro Leônicio Nobre de Medeiros na questão do recálculo da multa.(grifamos)

Alega a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.- PGFN que "o Relator, seguido pela maioria dos Conselheiros, considerando as alterações trazidas nos dispositivos da Lei nº 8.212/91, pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 (convertida na Lei nº 11.941/2009), determinou que a multa seja calculada conforme a nova legislação e comparada com a multa aplicada, a fim de que se utilize a forma de cálculo de multa mais benéfica ao sujeito passivo."

Continua:

Contudo, o acórdão em questão foi omisso, pois não se pronunciou sobre a aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91 ao presente caso, introduzido pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

Tal pronunciamento se mostrava de suma importância porque, antes das inovações da MP 449, além da lavratura do auto de infração para imposição de multa isolada, com base no artigo 32 da Lei nº 8.212/91, também se realizava o lançamento do principal, em NFLD, com incidência da multa de mora prevista no artigo 35, II da Lei nº 8.212/91.

Diante de tal separação, com o advento da MP 449/2008, ao menos dois dispositivos devem ser analisados para que se possa determinar com precisão a norma legal que regulará a aplicação da multa: artigo 32-A e artigo 35-A, ambos da Lei nº 8.212/91.(com grifos no original)

Requer que seja sanada a omissão apontada, para que seja analisada a incidência da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, na hipótese dos autos.

Os embargos foram admitidos nos termos do Despacho nº 2403-006 de e-fl. 1008.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Brose Adolfo - Relatora.

Os embargos foram opostos tempestivamente, portanto conheço e passo à sua análise.

Como explicitado no relatório, trata-se de suposta omissão do acórdão embargado acerca da aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

De acordo com o art. 65 Regimento Interno do CARF, Portaria MF nº 343/2015, são cabíveis embargos de declaração, nos seguintes casos:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

O lançamento em discussão refere-se a multa por descumprimento de obrigação acessória (deixar de incluir em GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias), em período anterior à alteração legislativa promovida pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, nos artigos 32 a 35 da Lei nº 8.212/1991.

Sabe-se que são várias as correntes existentes neste Conselho Administrativo acerca do cálculo aplicável às multas previdenciárias, em decorrência do princípio da retroatividade benigna.

Dentre elas podemos destacar a que entende que as multas previstas no antigo art. 35 da Lei nº 8.212/1991 seriam consideradas moratórias e o comparativo - para fins da retroatividade benigna - deveria ser feito com a novel redação do art. 35 (na redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

Ou seja, para essa corrente doutrinária, a multa do antigo art. 35 deve ser limitada a 20% (pela nova redação do mesmo art. 35, que remete ao art. 61 da Lei nº 9.430/1996).

Ao mesmo tempo, para a multa por descumprimento de obrigação acessória, anteriormente prevista no art. 32, IV e § 5º da Lei nº 8.212/1991, o comparativo deve ser realizado com a nova multa prevista no art. 32-A acrescentada na Lei nº 8.212/1991 pela MP nº 449/2008, e depois convertida na Lei nº 11.941/2009, *verbis*:

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: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Entendo ser esse o posicionamento adotado pela turma prolatora do acórdão ora embargado, conforme se pode verificar do seguinte trecho do voto do relator, Conselheiro Ivacir Júlio de Souza (e-fls. 994/997)

DA MULTA

Às fls. 01, obedecendo aos preceitos legais vigentes à época dos fatos geradores, se registra a descrição sumária da infração e o dispositivo legal infringido:

“Apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV e parágrafo 3., acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91,

art. 32, IV e parágrafo 5, também acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4”

*Ocorre que o sobredito § 5º **foi revogado** conforme redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 e o novo comando se expressa na forma do § 9º da Lei nº 11.941, de 2009 :*

“A empresa deverá apresentar o documento a que se refere o inciso IV do caput deste artigo ainda que não ocorram fatos geradores de contribuição previdenciária, aplicando-se, quando couber, a penalidade prevista no art. 32-A desta Lei.

(...)

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.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA

Sob a égide do princípio da retroatividade benigna , o artigo 106 do Código Tributário Nacional - CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Visto deste prisma, impõe-se o recálculo da multa com base no artigo 32-A da Lei nº 11.941/ 2009 em razão do novo comando expressado na forma do § 9º da Lei nº 11.941/2009 para compará-lo com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 32 da Lei 8.212/91 e assim determinar a multa mais benéfica.

“ 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, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa cuja a definição do cálculo se observará quando a liquidação do crédito for postulada pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009:

“Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional CTN.”

CONCLUSÃO

Em razão de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para EM PRELIMINAR, na forma do artigo 150, § 4º do Código Tributário nacional – CTN, determinar que se reconheça a DECADÊNCIA dos créditos constituídos para a competência 10/2003 , inclusive, e anteriores e NO MÉRITO CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinando que o recálculo da multa observe o comando do artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento. (grifos no original)

Pela transcrição acima, nota-se que o entendimento da turma foi no sentido de aplicação do art. 32-A da Lei nº 8.212/1991, incluído pela Lei nº 11.941/2009. Portanto, não se trata de omissão, mas sim do posicionamento da turma de origem, para a qual a multa prevista no art. 32, IV e § 5º da Lei nº 8.212/1991 (com redação dada pela Lei nº 9.528/1997)

deve ser comparada com a nova multa por descumprimento de obrigação acessória introduzida pela MP nº 449/2008 (art. 32-A da Lei nº 8.212/1991)

Ante o exposto, voto por conhecer dos embargos apresentados, para no mérito, rejeitá-los, por inexistência do vício apontado pela Fazenda Nacional, mas sim do entendimento da turma sobre a matéria, divergente do entendimento expresso pela PGFN.

É como voto.

Andrea Brose Adolfo - Relatora