



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001391/2009-83
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-009.906 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 22 de setembro de 2021
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado CREDIT SUISSE HEDGING-GRIFFO ASSET MANANGMENT S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL/ACESSÓRIA. PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benigna da multa prevista no art. 35, da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação da Lei nº 11.941, de 2009, no caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991.

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 negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em exercício

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mario Pereira de Pinho Filho, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Marcelo Milton da Silva Risso, Mauricio Nogueira Righetti, Martin da Silva Gesto (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em exercício). Ausente a conselheira Ana Cecilia Lustosa da Cruz, substituída pelo conselheiro Martin da Silva Gesto.

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional contra o Acórdão nº 2301-003.959, proferido na Sessão de 19 de março de 2014, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, nos termos do dispositivo e ementas, a seguir reproduzidos:

Dispositivo:

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32A, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente; b) em negar provimento ao recurso, na questão da data de assinatura do acordo para pagamento de PLR ser posterior ao peritório de aferição, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Wilson Antônio de Souza Correa e Adriano Gonzáles Silvério, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento ao recurso, na questão da substituição salarial, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Wilson Antônio de Souza Correa e Mauro José Silva, que votaram em dar provimento ao recurso; III) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que fique claro que a Relação de Co-Responsáveis CORESP", o "Relatório de Representantes Legais RepLeg e a Relação de Vínculos VÍNCULOS, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator: Marcelo Oliveira. Sustentação oral: Marcelo Horácio. OAB: 213.001/SP.

Ementas:**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS. SUMULA CARF 88.

A Relação de Co-Responsáveis CORESP", o "Relatório de Representantes Legais RepLeg" e a "Relação de Vínculos VÍNCULOS", anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa."

INCONSTITUCIONALIDADE ADICIONAL DE 2,5%.

Aplicação da Sumula CARF 02, segundo a qual proclama que esse órgão não tem competência para analisar a inconstitucionalidade de normas.

TAXA SELIC INCIDÊNCIA

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.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. REQUISITOS DA LEI 10.101/00. DATA DE ASSINATURA DOS ACORDOS E DIVERGÊNCIA NOS VALORES PAGOS AOS EMPREGADOS.

A Lei 10.101/2000 regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição. A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante: a) comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; e b) convenção ou acordo coletivo. Dos

instrumentos decorrentes da negociação entre empresa e empregados/sindicato deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo. Como está claro na Lei, a isenção tributária concedida busca integrar capital e trabalho e incentivar a produtividade. Por lógica, não há como incentivar a produtividade se o período a que se referem os resultados já estiverem no passado. Como no presente caso a assinatura dos acordos foi após o período para aferição das metas o incentivo à produtividade não será alcançado, pois não há incentivo para se alcançar algo que já ocorreu, proibindo, conforme a Lei, a concessão de isenção desses valores, por ausência de requisito determinado, motivo da negativa de provimento ao recurso do sujeito passivo, neste ponto.

A legislação privilegia a livre negociação entre as partes, ressaltando apenas pontos que devem reger todos os acordos. É muito comum e normal que no curso das negociações para entabular o acordo final sejam definidas as metas primordiais que se buscam alcançar, não se podendo afirmar que os empregados, quando da assinatura do acordo desconheciam os objetivos a serem perseguidos.

Não descumpra a legislação o fato de os empregados receberem valores diversos, na medida em que a Lei 10.101/00 não exige que todos sejam agraciados igualmente, situação essa que conspiraria com a própria norma que pretende o comprometimento e o cumprimento das metas pelas partes, sendo que cada qual estará sujeito à álea de atingir os objetivos programados, podendo receber mais ou menos.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 32A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A Fazenda Nacional interpôs Embargos Declaratórios, os quais foram acolhidos, ensejando a prolação do Acórdão de Embargos nº 2301-007.741, em 06 de novembro de 2018, que decidiu:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos sem efeitos infringentes para, sanando os vícios apontados no Acórdão nº 2301003.958, de 19/03/2014, (a) alterar a seguinte parte do dispositivo: " II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento ao recurso, na questão da substituição salarial, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Wilson Antônio de Souza Correa e Mauro José Silva, que votaram em negar provimento ao recurso"; e (b) ajustar a ementa correlata, para refletir o que foi decidido no voto.

O Acórdão foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2007 a 31/08/2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Na existência de obscuridade, omissão ou contradição no acórdão proferido os embargos devem ser acolhidos.

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS. SUMULA CARF 88.

A Relação de Co-Responsáveis CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais RepLeg” e a “Relação de Vínculos VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.”

INCONSTITUCIONALIDADE ADICIONAL DE 2,5%.

Aplicação da Sumula CARF 02, segundo a qual proclama que esse órgão não tem competência para analisar a inconstitucionalidade de normas.

TAXA SELIC INCIDÊNCIA

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.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. REQUISITOS DA LEI 10.101/00. DATA DE ASSINATURA DOS ACORDOS E DIVERGÊNCIA NOS VALORES PAGOS AOS EMPREGADOS.

A Lei 10.101/2000 regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição. A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante: a) comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; e b) convenção ou acordo coletivo.

Dos instrumentos decorrentes da negociação entre empresa e empregados/sindicato deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo. Como está claro na Lei, a isenção tributária concedida busca integrar capital e trabalho e incentivar a produtividade. Por lógica, não há como incentivar a produtividade se o período a que se referem os resultados já estiverem no passado. Como no presente caso a assinatura dos acordos foi após o período para aferição das metas o incentivo à produtividade não será alcançado, pois não há incentivo para se alcançar algo que já ocorreu, proibindo, conforme a Lei, a concessão de isenção desses valores, por ausência de requisito determinado, motivo da negativa de provimento ao recurso do sujeito passivo, neste ponto.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 32A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A contribuinte também interpôs Embargos Declaratórios os quais, todavia, foram rejeitados.

O recurso visa rediscutir a seguinte matéria: Retroatividade benigna na aplicação da multa.

Em suas razões recursais a Fazenda Nacional aduz, em síntese, que O que a proibição do bis in idem pretende evitar é a dupla penalização por um mesmo ato ilícito, e não a utilização de uma mesma medida de quantificação para penalidades diferentes, decorrentes do cometimento de atos ilícitos também diferentes; que antes das inovações da MP 449/2008, atualmente convertida na Lei 11.941/2009, o lançamento do principal era realizado separadamente, em NFLD, incidindo a multa de mora prevista no artigo 35, II da Lei 8.212/91, além da lavratura do auto de infração, com base no artigo 32 da Lei 8.212/91 (multa isolada); que com o advento da MP 449/2008, instituiu-se uma nova sistemática de constituição dos créditos tributários, o que torna essencial análise de pelo menos dois dispositivos: artigo 32-A e artigo 35-A, ambos da Lei 8.212/91; que se trata de preceito normativo destinado unicamente a penalizar o contribuinte que deixa de informar em GFIP dados relacionados a fatos geradores de contribuições previdenciárias, nos termos do art. 32, inciso IV, da Lei 8.212/91; que o atual

regramento não criou maiores inovações aos preceitos do antigo art. 32 da Lei 8.212/91, exceto no que tange ao percentual máximo da multa que, agora, passou a ser de 20% (vinte por cento); que a infração antes penalizada por meio do art. 32, passou a ser enquadrada no art. 32-A, com a multa reduzida. Contudo, a MP 449/2008 também inseriu no ordenamento jurídico o art. 35-A; que tal dispositivo remete a aplicação do artigo 44 da Lei n.º 9.430/96, que a leitura desse dispositivo corrobora a tese suscitada no acórdão paradigma e ora defendida, no sentido de que a o art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96 abarca duas condutas: o descumprimento da obrigação principal (totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento) e também o descumprimento da obrigação acessória (falta de declaração ou declaração inexata); que se deve privilegiar a interpretação no sentido de que a lei não utiliza palavras ou expressões inúteis e, em consonância com essa sistemática, tem-se que, a única forma de harmonizar a aplicação dos artigos citados é considerar que o lançamento da multa isolada prevista no artigo 32-A da Lei 8.212/91 ocorrerá quando houver tão-somente o descumprimento da obrigação acessória, ou seja, as contribuições destinadas a Seguridade Social foram devidamente recolhidas; que, por outro lado, toda vez que houver o lançamento da obrigação principal, além do descumprimento da obrigação acessória, a multa lançada será única, qual seja, a prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91; que essa foi a conclusão a que chegou o eminente relator do acórdão paradigma e que reflete a melhor interpretação da nova sistemática de lançamento das contribuições previdenciárias; que a NFLD e o Auto de Infração devem ser mantidos, com a ressalva de que, no momento da execução do julgado, a autoridade fiscal deverá apreciar a norma mais benéfica: se as duas multas anteriores (art. 35, II, e 32, IV, da norma revogada) ou o art. 35-A da MP 449.

Cientificado do Acórdão de Recurso Voluntário, do Acórdão de Embargos, do Recurso Especial da Procuradoria e do Despacho que lhe deu seguimento, a contribuinte apresentou Contrarrazões quais defende, inicialmente, o não conhecimento do recurso em razão do descumprimento de pressupostos para sua admissibilidade. Afirma que o art. 68 do RICARF reza que o recurso deve ser dirigido ao presidente da Câmara e não ao presidente da turma, fato que não teria sido observado. Também aponta ausência de similitude fática entre os julgados recorrido e paradigma. Diz que a origem do descumprimento das obrigações acessórias no recorrido e no paradigma são diferentes, na medida em que as verbas têm natureza jurídica distintas. Após cotejo entre os julgados, diz que, enquanto no recorrido trata-se de PLR, o paradigma trata de prêmios.

Quanto ao mérito, insurge-se contra a pretensão da Procuradoria de que a multa mais benéfica deve ser identificada mediante comparação entre as multa do art. 35, II e 32, IV com a multa do art. 35-^a Afirma que não há correção entre a multa pelo descumprimento da obrigação principal e a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Afirma que a argumentação da Fazenda Nacional é insubsistente, e pede a manutenção do Recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade. As alegações feitas pela contribuinte em sede de Contrarrazões contrárias ao conhecimento do recurso não procedem. Sobre a autoridade a que foi dirigido o recurso, ao Presidente da Câmara

e não ao Presidente da Turma, ainda que o fato tivesse se verificado, não impediria o conhecimento do recurso, cujo juízo preliminar de admissibilidade, vale ressaltar, foi feito pelo presidente da Câmara, nos termos regimentais. Também não procede a alegação de ausência de similitude fática entre os julgados recorrido e paradigma. O fato de num tratar-se de PLR e outro de Prêmio são diferenças que em nada influenciam a aplicação da legislação quanto à definição da multa aplicável, considerado o princípio da retroatividade benigna.

Conheço, portanto, do recurso.

Quanto ao mérito, cuida-se do Auto de Infração Debcad n.º 37.133.473-0 pelo descumprimento de obrigação acessória, tendo sido aplicada a multa do art. 32, inciso IV e § 5º, da Lei n.º 8.212, de 1.991, devendo-se destacar, por relevante, que da mesma ação fiscal resultaram lançamentos pelo descumprimento de obrigação principal, as quais constam dos processos n.ºs. 16327.001389/2009-12 e 16327.001390/2009-39. O Acórdão de Recurso Voluntário decidiu que a multa aplicável no caso deveria ser a do artigo 32-A, da Lei n.º 8.212, de 1.991. A Fazenda Nacional pede a aplicação da multa do art. 35-A, da mesma lei.

O pedido da Fazenda Nacional, contudo, contraria a orientação que ela própria expediu por meio da Nota SEI n.º 27/2019/SRJ/PGACET/PGFN-ME, que não admite como benigna a retroatividade do art. 35-A, da Lei n.º 8.212, de 1991, que prevê a aplicação da multa de ofício no percentual de 75%. Confira-se a ementa da citada nota:

Retroatividade benéfica do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009. Multa moratória incidente sobre contribuições previdenciárias em atraso. Percentual que se aplica aos casos de lançamento de ofício relativo a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei n.º 8.212, de 1991 (incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009).

Jurisprudência consolidada do STJ em sentido desfavorável à Fazenda Nacional. Inclusão na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §4º, da Portaria PGFN n.º 502, de 2016.

A citada nota assim registra:

A controvérsia em enfoque gravita em torno do percentual de multa aplicável às contribuições previdenciárias objeto de lançamento de ofício, em razão do advento das disposições da Lei n.º 11.941, de 2009. Discute-se, nessa toada, se deveriam incidir os percentuais previstos no art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, na redação anterior àquela alteração legislativa; se o índice aplicável seria o do atual art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação da Lei 11.941, de 2009; ou, por fim, se caberia aplicar o art. 35-A da Lei n.º 8.212, de 1991, incluído pela nova Lei já mencionada.

(...)

Sucedo que, analisando a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, é possível constatar a orientação pacífica de ambas as Turmas de Direito Público no sentido de admitir a retroatividade benigna do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, inclusive nas hipóteses de lançamento de ofício. É o que bem revelam as ementas dos arestos adiante transcritos, *in verbis*:

(...)

Vê-se que a Fazenda Nacional buscou diferenciar o regime jurídico das multas de mora e de ofício para, a partir disso, evidenciar a possibilidade ou não de retroação benigna (CTN, art. 106. II, "c") conforme as regras incidentes a cada espécie de penalidade.

Contudo, o STJ vem entendendo que, anteriormente à inclusão do art. 35-A pela Lei n.º 11.941, de 2009, não havia previsão de multa de ofício no art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991 (apenas de multa de mora), nem na redação primeva, nem na decorrente da Lei n.º

11.941, de 2009 (fruto da conversão da Medida Provisória n.º 449, de 2008). Consequentemente, a Corte tem afirmado a incidência da redação do art. 35 da Lei 8.212/1991, conferida pela Lei 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de 20% para a multa moratória, por caracterizar-se como norma superveniente mais benéfica em matéria de penalidades na seara tributária, a teor do art. 106, II, "c", do CTN.

(...)

Tendo em vista a pacificação da jurisprudência no âmbito do STJ e a consequente inviabilidade de reversão do entendimento desfavorável à União, o tema ora apreciado enquadra-se na previsão do art. 2.º, inciso VII, da Portaria PGFN n.º 502, de 2016, que dispensa a apresentação de contestação, o oferecimento de contrarrazões, a interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, em temas sobre os quais exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

(...)

1.26. Multas

c) Retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei n.º 8.212/1991.

Resumo: A jurisprudência do STJ acolhe, de forma pacífica, a retroatividade benigna da regra do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009, que fixa o percentual máximo de multa moratória em 20%, em relação aos lançamentos de ofício. Nessas hipóteses, a Corte afasta a aplicação do art. 35-A da Lei n.º 8.212, de 1991, que prevê a multa de 75% para os casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias, por considerá-la mais gravosa ao contribuinte. O art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, incide apenas em relação aos lançamentos de ofício (*rectius*: fatos geradores) realizados após a vigência da referida Lei n.º 11.941, de 2009, sob pena de afronta ao disposto no art. 144 do CTN.

Precedentes: AgInt no REsp 1341738/SC; REsp 1585929/SP, AgInt no AREsp 941.577/SP, AgInt no REsp 1234071/PR, AgRg no REsp 1319947/SC, EDcl no AgRg no REsp 1275297/SC, REsp 1696975/SP, REsp 1648280/SP, AgRg no REsp 576.696/PR, AgRg no REsp 1216186/RS.

Assim, conforme a citada nota, é incabível a aplicação retroativa da multa de ofício de 75%, o que inviabiliza a aferição da retroatividade benigna mediante a comparação do somatório das penalidades anteriores à Lei n.º 11.941, de 2009, com o percentual estabelecido no art. 35-A desse diploma legal, que é a pretensão da Fazenda Nacional em seu apelo, de sorte que a ele deve ser negado provimento.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial da Procuradoria e, no mérito, nego-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Paulo Pereira Barbosa

Fl. 8 do Acórdão n.º 9202-009.906 - CSRF/2ª Turma
Processo n.º 16327.001391/2009-83