



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 18050.003899/2008-58
Recurso Voluntário
Acórdão n° 2201-005.215 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de julho de 2019
Recorrente DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

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

INFRAÇÃO. APRESENTAR GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES.

Nos termos do artigo 32, IV da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 9.528/97, configura infração apresentar GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

PENALIDADE. VALORES REAJUSTADOS POR PORTARIAS MINISTERIAIS. AUTORIZAÇÃO LEGAL.

A penalidade prevista no artigo 32, § 5º da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 9.528/97, combinada com artigo 284, II do Decreto n. 3.048/99 corresponde a cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada, por competência, em função do número de segurados da empresa e equivale a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no artigo 92 da Lei n. 8.212/91 e artigo 283, *caput* do Decreto n. 3.048/99.

Os artigos 102 da Lei n. 8.212/91 e 373 do Decreto n. 3.048/99 autorizam a atualização e reajustes dos valores expressos em moeda corrente ali referidos. Tais reajustes vem sendo realizados por Portarias Interministerial do Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ILEGALIDADE DE NORMA INFRALEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SÚMULA 2 DO CARF. ARTIGO 62 DO RICARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária e, portanto, não pode afastar a aplicação de Lei ou ato normativo sob alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade, salvo nas estritas hipóteses previstas no seu próprio Regimento Interno.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA.

Tendo havido alteração na legislação que institui a sistemática de cálculo para o descumprimento de obrigação acessória, deve-se aplicar a norma superveniente que seja mais benéfica ao sujeito passivo aos processos pendentes de julgamento, nos termos do artigo 106, II, “c” do CTN, observando-se, para tanto, o artigo 476-A da Instrução Normativa RFB n. 971/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para determinar a aplicação da retroatividade benigna nos termos do art. 476-A da IN RFB 971/2009.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Auto de Infração DEBCAD n. 35.690.038-7 lavrado por descumprimento da obrigação acessória constante no artigo 32, IV da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, combinado com o artigo 225, IV e § 4º do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 (fls. 3).

De acordo com o Relatório Fiscal da Infração (fls. 4), a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL apresentou GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias ao deixar de informar as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais nas competências de 06/1999 a 01/2003 e 05/2003.

Com efeito, foi aplicada a penalidade prevista no artigo 32, § 5º da Lei n. 8.212/91, combinado com o artigo 284, II, com redação dada pelo Decreto n. 4.729, de 09.06.2003 e artigo 373, ambos do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, constituindo-se o crédito tributário no montante de R\$ 415.683,79.

Conforme se pode notar do Relatório Fiscal da Multa Aplicada (fls. 5/6), o crédito tributário corresponde a 100% do valor da contribuição devida e não declarada, limitada, por competência, em função do número de segurados da empresa, sendo que a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL foi enquadrada na faixa de 101 a 500 segurados, de modo que o limite mensal utilizado para o cálculo da multa resultou no montante de R\$ 10.359,20, equivalente a 10 vezes o Valor Mínimo de R\$ 1.035,92, atualizado nos termos da Portaria MPS n. 479 de 07.05.2004.

A autoridade fiscal ainda informou que a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL incorreu na agravante prevista no artigo 290, IV do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, sendo que tal situação não foi considerada para efeitos de gradação da multa, nos termos do artigo 683, § 4º da Instrução Normativa INSS/DC n. 100, de

18/12/03. As demais circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 290 e 291 do Regulamento da Previdência Social – RPS não restaram configuradas.

Notificada da autuação, a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL apresentou impugnação de fls. 103/117 sustentando as seguintes alegações:

- (i) Preliminarmente – Da Nulidade do Auto de Infração pela falta de informações essenciais (fls. 106/110):

Que o Auto de Infração era nulo pela inexistência de prova documental que atestasse a veracidade da ocorrência da infração, porquanto as planilhas elaboradas pela autoridade fiscal não guardaram relação com a motivação do Auto e não demonstram a existência e o número de segurados por competência, do que resultaria concluir que as multas aplicadas não refletiram a realidade dos fatos, sendo a atuação nula de pleno direito; e

- (ii) Da inexistência da infração ou de qualquer prejuízo à fiscalização (fls. 110/116):

Que o Auto de Infração é improcedente, posto que não está caracterizada a infração ao artigo 32, IV da Lei n. 8.212/91, bem assim a autuada havia apresentado todos os documentos necessários à atividade fiscal, não tendo obstado o trabalho da fiscalização, razão por que não havia incorrido na agravante do artigo 290 do Decreto 3.048/99;

Que em matéria de multa deve-se observar o artigo 112 do CTN, o qual estabelece critérios para sua estipulação, de modo que a inexistência de conduta dolosa pode levar à exclusão da penalidade ou, em caso de dúvida, à solução mais favorável ao contribuinte, não bastando para tanto a simples previsão legal;

E, ao final, que a penalidade aplicada no patamar de 100% caracteriza-se como confiscatória, vedada pelo artigo 150, IV da Constituição Federal.

Em decisão de fls. 208/213, a Delegacia da Receita Previdenciária em Salvador negou provimento à impugnação, conforme se observa dos trechos transcritos abaixo:

“12. De fato, análise criteriosa, à luz do texto legal que dá suporte a lavratura do auto em tela, e sua conseqüente transposição ao caso em espécie, evidencia o quanto do alcance e sentido do artigo 32, inciso IV da Lei 8.212 de 24/07/91 amolda-se perfeitamente ao caso em exame (...)

13. Com efeito, a não apresentação da documentação apontada, com todas as informações legalmente exigíveis, enseja a lavratura imediata do Auto-de-Infração e a conseqüente imposição da multa correspondente.

14. Quanto à questão da gradação da multa, observe-se que mesmo diante do fato de ter se configurada a circunstância agravante prevista no artigo 290, IV do RPS (óbice à fiscalização caracterizado na paralisação das atividades da empresa sem que houvesse proposto à disposição dos agentes fiscais para o atendimento das solicitações constantes no TIAD), agiu corretamente o agente fiscal, ao enfatizar a não repercussão de tal ocorrência na apuração do valor lançado, nos termos do art. 683, § 4º da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/03.

[...]

14.2 - não houve, pois, nenhum agravamento da multa. o limite previsto no art. 32, IV, §§4º 3 5º, da Lei 8.212/91 para a faixa do número de segurados em que se enquadrou a

autuada – 101 a 500 – corresponde a 10 vezes o valor mínimo por competência, conforme suficientemente demonstrado no Relatório da Mula Aplicada e Planilhas anexas, fls. 3 a 12.

[...]

16.1 – de fato, os argumentos apresentados que pretendem demonstrar uma não verificada incompatibilidade entre diferentes autuações, consubstanciadas nos Autos de Infração emitidos, não se acham acompanhados de nenhuma comprovação documental que, afinal, justificaria eventual improcedência da autuação: em nenhum são comprovadas as alegações da defendente;

17. Isto posto, à luz da legislação previdenciária, conclui-se que o presente auto se encontra devidamente fundamentado nos dispositivos legais aplicados ao caso em exame, o que também se traduz pela PROCEDÊNCIA da autuação em tela;”

Devidamente notificada da decisão de 1ª instância por via postal em 31.05.2007 (fls. 221), a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL encaminhou, também por via postal, Recurso Voluntário em 29.06.2007 (fls. 225/234) apresentando as razões do seu descontentamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Relator.

Verifico o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do presente Recurso Voluntário, razão por que dele conheço e passo a apreciá-lo em suas alegações de mérito.

A Recorrente sustenta as seguintes alegações:

- (i) Da desnecessidade de depósito recursal frente à recente decisão do STF (fls. 227/229):

Que nos Recursos Extraordinário n. 390.513/SP e 389.383/PE, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela MP n. 1.608-14/98, convertida na Lei n. 9.639/98.

- (ii) Da proibição da multa quando utilizada como confisco (fls. 229/232):

Que se é vedado o confisco por via da instituição de tributos, é lógico que não se pode fazê-lo por meio de instituição de penalidades tributárias;

Que a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória caracteriza intuito confiscatório, resultando em afronta ao princípio constitucional da vedação ao tributo com efeito confiscatório previsto no artigo 150, IV da CF/88; e

Que a multa é confiscatória e inconstitucional, porque sendo desproporcional no seu argumento econômico, já que se distancia do valor a que interessou o ato de infração, passa a inviabilizar a existência do próprio infrator a que se pretendia educar e punir, do que resulta afronta ao princípio da capacidade contributiva prescrito no artigo 145, § 1º da CF/88;

- (iii) Do valor da multa - além do limite legal (fls. 232/234):

Que mesmo quando há infração o valor da multa está condicionada a um limite legal explícito que não pode ser ultrapassado, nos termos do artigo 32, § 5º da Lei n. 8.212/91, e que, no presente caso, o valor da multa ultrapassa em pelo menos três vezes aquele limite.

Penso que seja mais apropriado examinar tais alegações em tópicos apartados.

Da Perda do Objeto em relação ao Depósito Recursal

No que diz respeito à alegação sobre a exigência de arrolamento de bens e direitos de valor equivalente a 30% do montante da dívida como pressuposto de admissibilidade de recurso voluntário, nos termos do que dispunham os artigos 126, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.213/91 e artigo 33, parágrafo 2º do Decreto n. 70.235/72, é de se reconhecer que a questão perdeu seu objeto e, portanto, resta superada.

Apenas a título de esclarecimentos, é de se registrar que o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 29.10.2009, DJe n. 210 de 10.11.2009, aprovou a edição da Súmula Vinculante n. 21, tendo por referência, dentre outros, os precedentes firmados nos Recursos Extraordinários n. 388.359, 389.383, 390.513, bem assim na ADIN n. 1976. Confira-se, portanto, o teor da referida Súmula:

“Súmula Vinculante 21:

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

Por essas razões, e levando-se em conta o que dispõe o artigo 62, § 1º, I do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, entendo que a questão perdeu seu objeto e, por conseguinte, resta superada.

Da alegação da multa com efeito confiscatório e da aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 2 - CARF

Já em relação à alegação de que a multa é confiscatória, penso que não assiste razão à Recorrente.

Na hipótese dos autos, a multa foi aplicada com base na legislação vigente à época da autuação, nos termos do que dispunha o artigo 32, § 5º da Lei n. 8.212/91. Entendo que a autoridade fiscal agiu em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, já que lhe é defeso emitir qualquer juízo sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais ou infralegais até então vigentes e, sob tal justificativa, afastá-los da aplicação ao caso concreto, uma vez que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, consoante estabelece o artigo 142, *caput* e parágrafo único do CTN.

Além do mais, destaque-se que o próprio Decreto n. 70.235/72 veda os órgãos de julgamento administrativo fiscal de afastarem a aplicação ou deixarem de observar lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme se pode observar do artigo transcrito abaixo:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade

Em consonância com o artigo 26-A do Decreto n. 70.235/72, o artigo 62 do Regimento Interno - RICARF, aprovado pela Portaria MF n. 343, de junho de 2015, prescreve que é vedado aos membros do CARF afastar ou deixar de observar quaisquer disposições contidas em Lei ou Decreto:

“PORTARIA MF Nº 343, DE 09 DE JUNHO DE 2015.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

A Súmula CARF n. 2 também dispõe que este Tribunal não tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Veja-se:

“Súmula CARF n. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Acrescente-se, ainda, que no tange à legalidade dos atos infralegais, o artigo 16 da Lei n. 12.833, de 20.06.2013 inseriu o parágrafo único no artigo 48 da Lei 11.941/2009, todavia ao sancionar a referida Lei a então Presidente da República vetou o inciso II do referido parágrafo único. Confira-se:

“Art. 48. (...)

Parágrafo único. São prerrogativas do Conselheiro integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF:

I - somente ser responsabilizado civilmente, em processo judicial ou administrativo, em razão de decisões proferidas em julgamento de processo no âmbito do CARF, quando proceder comprovadamente com dolo ou fraude no exercício de suas funções; e

II – (VETADO).

Razões do veto: o CARF é órgão de natureza administrativa e, portanto, não tem competência para o exercício de controle de legalidade, sob pena de invasão das atribuições do Poder Judiciário.”

Tendo em vista que a fiscalização agiu em consonância com os artigos 142 e 149 do CTN e que, por outro lado, não cabe ao CARF pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas aplicadas, reafirmo que nesse ponto não assiste razão à Recorrente.

Da aplicação da multa nos termos da legislação vigente

Resta-nos, agora, examinar a alegação segundo a qual o valor da multa aplicada ultrapassa em pelo menos três vezes o limite legal estabelecido no próprio artigo 32, § 5º da Lei n. 8.212/91.

De acordo com o Relatório Fiscal da Multa Aplicada (fls. 5/6), a penalidade teve por fundamento o artigo 32, § 5º da Lei n.8.212/91, combinado com o artigo 284, II do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, os quais, à época da infração, dispunham o seguinte:

“Lei n. 8.212/91**Art. 32 (...)**

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Decreto n. 3.048/99

Art. 284. A infração ao disposto no inciso IV do **caput** do art. 225 sujeitará o responsável às seguintes penalidades administrativas:

II - cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no inciso anterior, pela apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores;” (grifei).

Conforme se pode notar dos dispositivos acima transcritos, a multa de 100% estava limitada aos valores constantes do § 4º do artigo 32 da Lei n. 8.212/91 e artigo 284, I do Decreto n. 3.048/99, cujas redações transcrevo abaixo:

“Lei n. 8.212/91**Art. 32. (...)**

§ 4º A não apresentação do documento previsto no inciso IV, independentemente do recolhimento da contribuição, sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente a multa variável equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no art. 92, em função do número de segurados, conforme quadro abaixo: (Parágrafo e tabela acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

0 a 5 segurados	1/2 valor mínimo
6 a 15 segurados	1 x o valor mínimo
16 a 50 segurados	2 x o valor mínimo
51 a 100 segurados	5 x o valor mínimo
101 a 500 segurados	10 x o valor mínimo
501 a 1000 segurados	20 x o valor mínimo
1001 a 5000 segurados	35 x o valor mínimo
acima de 5000 segurados	50 x o valor mínimo

Decreto n. 3.048/99:**Art. 284. (...).**

I - valor equivalente a um multiplicador sobre o valor mínimo previsto no caput do art. 283, em função do número de segurados, pela não apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, independentemente do recolhimento da contribuição (...);” (grifei).

O valor efetivo da multa resulta da seguinte operação: em virtude do número de segurados o(a) contribuinte é enquadrado(a) em alguma das faixas ali constantes, fixando-se o correspondente multiplicador para, aí, sim, aplicá-lo sobre o valor mínimo previsto nos artigos 92 da Lei n. 8.212/91 e 283, *caput* do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99.

O artigo 283 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, dispõe que o valor mínimo a que alude o artigo 284, I é de R\$ 637,17. Confira-se:

“Decreto n. 3.048/99

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis n^{os} 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: (Redação dada pelo Decreto n^o 4.862, de 2003).” (grifei).

Ocorre que o próprio artigo 373 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, autoriza que os valores expressos em moeda corrente referidos no Regulamento sejam reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social.

“Decreto n. 3.048/99

Art. 373. Os valores expressos em moeda corrente referidos neste Regulamento, exceto aqueles referidos no art. 288, são reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social.”

Com efeito, os valores previstos no artigo 283 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 vem sendo reajustados através das Portarias Interministerial do Ministério da Previdência Social e Ministério da Fazenda, sendo que à época da presente autuação vigorava a Portaria MPS/MF n^o 479, de 07 de maio de 2004, a qual fixava o valor mínimo em R\$ 1.035,92.

Conforme se verifica da documentação colacionada ao Relatório Fiscal da Multa Aplicada (fls. 5/14), a DETASA BAHIA S.A. INDUSTRIAL foi enquadrada na 5ª faixa – multiplicador 10x. Sabendo-se que o valor mínimo estabelecido na Portaria MPS/MF n. 479/2004 àquela época era de R\$ 1.035,92, o limite mensal da multa resultou em R\$ 10.359,20, ou seja, 10 x R\$ 1.035,92. Esse limite, aliás, não foi extrapolado em nenhuma das competências objeto da autuação, conforme se pode observar da Tabela de Cálculo da Multa Aplicada juntada às fls. 7/8.

Por essas razões, entendo que o valor da multa aqui discutido foi aplicado em fiel consonância com o que dispunham o artigo 32, parágrafos 4º e 5º e artigos 92 e 102 da Lei n. 8.212/91, combinados com os artigos 283 e 284, I e II e 373 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, do que resulta concluir que também nesse ponto não assiste razão à Recorrente.

Da aplicação da retroatividade benigna

Considerando que o presente Recurso Voluntário foi protocolado em 29.06.2007, ou seja, em período anterior ao advento da Lei n. 11.941/2009, entendo que a retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, “c” do CTN deve ser aplicada de ofício à luz do princípio da

oficialidade que rege o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, previsto no artigo 2º, XII da Lei n. 9.784/99¹

É que as penalidades aplicadas em razão do descumprimento de obrigações acessórias vinculadas a GFIP, antes estabelecidas no artigo 32 da Lei n. 8.212/91, foram alteradas pela Lei n.11.941/09 e, agora, encontram-se previstas no artigo 32-A da mesma Lei n. 8.212/91, cuja redação transcrevo abaixo:

“Lei n. 8.212/91

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.”

A sistemática das penalidades por descumprimento de obrigação principal previstas no artigo 35 da Lei n. 8.212/91, com redação dada pela Lei n. 9.876/99, também foi alterada por meio da Lei n. 11.941/09, a qual, aliás, acabou por conferir nova redação aos artigos 35 e 35-A da Lei n. 8.212/91. Confira-se:

“Lei n. 8.212/91

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

Com o advento da Lei n. 11.941/09, nas hipóteses em que há lançamento de obrigação principal e lançamento de obrigação acessória tendo por objeto as mesmas competências – e ainda que tais lançamentos tenham sido constituídos de maneira autônoma e apartada –, a verificação da retroatividade benigna estatuída no artigo 106, II, “c” do CTN ensejará a comparação entre as seguintes penalidades:

- (i) A nova multa de 75% sobre o valor do principal devido prevista no artigo 44 da Lei n. 9.430/96; e
- (ii) A multa de mora do antigo artigo 35 da Lei n. 8.212/91 sobre o valor do principal devido + a multa pela não inclusão em GFIP de todos os fatos geradores das contribuições previdenciárias, nos termos do que dispunha o artigo 35, § 2º da Lei n. 8.212/91.

¹ Lei n. 9.784/99. Art. 2º (omissis).

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

Em outras palavras, a retroatividade benigna haverá de ser aferida de acordo com o que estabelecem a Súmula Vinculante CARF n. 119 e artigo 476-A da Instrução Normativa RFB n. 971/2009, cujas redações transcrevo abaixo:

“Súmula CARF n.º 119

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n.º 449, de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430, de 1996. (**Vinculante**, conforme Portaria ME n.º 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).”

Instrução Normativa RFB n. 971/2009

Art. 476-A. No caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos:

I - até 30 de novembro de 2008, deverá ser aplicada a penalidade mais benéfica conforme disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei n.º 5.172, de 1966 (CTN), cuja análise será realizada pela comparação entre os seguintes valores:

a) somatório das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, nos moldes do art. 35 da Lei n.º 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei n.º 11.941, de 2009, e das aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei n.º 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei n.º 11.941, de 2009; e

b) multa aplicada de ofício nos termos do art. 35-A da Lei n.º 8.212, de 1991, acrescido pela Lei n.º 11.941, de 2009.

[...]

§ 1º Caso as multas previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei n.º 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei n.º 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 n.º 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009.”

Por essas razões, entendo que a Unidade Preparadora deverá realizar a comparação entre a penalidade anterior ou posterior à Lei n. 11.941/2009 para cada uma das competências objeto da autuação, aplicando-se a penalidade que for mais benéfica ao contribuinte, nos termos do que prescreve o artigo 476-A da Instrução Normativa RFB n. 971/2009.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo que consta nos autos, conheço do presente Recurso Voluntário e, no mérito, voto por dar-lhe parcial provimento para determinar a aplicação da retroatividade benigna nos termos Da Súmula Vinculante CARF n. 119 e artigo 476-A da Instrução Normativa RFB n. 971/2009.

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega