ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10803.720035/2012-19

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

Processo nº	10803.720035/2012-19
Recurso nº	Especial do Procurador
Acórdão nº	**9202-006.721 – 2ª Turma**
Sessão de	18 de abril de 2018
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	MB OSTEOS COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE MATERIAL MÉDICO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2008

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. PEDIDO DE PARCELAMENTO. DESISTÊNCIA DO RECURSO. DEFINITIVIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Tendo o contribuinte optado pelo parcelamento dos créditos, resta configurada a renúncia ao recurso administrativo, devendo ser declarada a definitividade do crédito tributário exigido, ficando restabelecido o lançamento.

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 dar-lhe provimento, para declarar a definitividade do crédito tributário, por desistência do sujeito passivo em face de pedido de parcelamento.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri e Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional contra o Acórdão n.º 2401-004.066 proferido pela 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, em 28 de janeiro de 2016, no qual restou consignada a seguinte ementa, fls. 803:

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*
>
> *Período de apuração: 01/01/2006 a 31/05/2008*
>
> *CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. FRAUDE. SIMULAÇÃO. ART. 173, I, DO CTN.*
>
> *O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91.*
>
> *A ocorrência de fraude e simulação afasta de per se a incidência do preceito inscrito no art. 150, §4º, do CTN, circunstância que implica a observância do art. 173, I, do CTN.*
>
> *SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.*
>
> *Considera-se Salário de Contribuição do segurado empregado a remuneração por ele auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.*
>
> *PREMIAÇÃO. PROGRAMA DE INCENTIVO. BENEFÍCIO SALARIAL. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.*
>
> *A verba paga pela empresa a segurados obrigatórios do RGPS por intermédio de Cartões de Premiação tem natureza jurídica de gratificação, sendo, portanto, fato gerador de contribuições previdenciárias.*
>
> *NÃO PRESTAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS. AFERIÇÃO INDIRETA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.*
>
> *A recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, constitui-se motivo justo, bastante, suficiente e determinante para que a Fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem prejuízo da*

penalidade cabível, lance de ofício a importância reputada como devida a título de contribuição previdenciária, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

FRAUDE.

Configura-se Fraude toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, a evitar ou diferir o seu pagamento.

SIMULAÇÃO

A simulação consubstancia-se numa deformação voluntária do ato jurídico com o intuito de fugir à disciplina normal prevista em lei, consistente num desacordo intencional entre a vontade interna das partes, efetivamente pretendida, e aquela formalmente declarada no ato simulado, que enseje para as partes algum resultado econômico favorável, ou com o fim de enganar ou prejudicar terceiros.

AUTO DE INFRAÇÃO. CFL 68. ART. 32, IV, DA LEI Nº 8212/91.

Constitui infração às disposições inscritas no inciso IV do art. 32 da Lei n° 8212/91 a entrega de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, seja em ralação às bases de cálculo, seja em relação às informações que alterem o valor das contribuições, ou do valor que seria devido se não houvesse isenção (Entidade Beneficente) ou substituição (SIMPLES, Clube de Futebol, produção rural), sujeitando o infrator à multa prevista na legislação previdenciária.

AUTO DE INFRAÇÃO. GFIP. CFL 68. ART. 32A DA LEI Nº 8212/91. RETROATIVIDADE BENIGNA.

As multas decorrentes de entrega de GFIP com incorreções ou omissões foram alteradas pela Medida Provisória nº 449/2008, a qual fez acrescentar o art. 32-A à Lei nº 8.212/91.

Incidência da retroatividade benigna encartada no art. 106, II, 'c' do CTN, sempre que a norma posterior cominar ao infrator penalidade menos severa que aquela prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração autuada.

Recurso Voluntário Provido em Parte .

Conforme consta do Termo de verificação Fiscal, fls. 307, *em razão da ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os fatos geradores representados pelas remunerações oriundas dos créditos efetuados nos cartões de incentivo, foram lavrados os autos de infração relativos às seguintes obrigações principais:*

- Debcad n.º 37.359.563-8, referente a contribuição da empresa para a seguridade social.

- Debcad n.º 37.359.564-6, referente a contribuição previdenciária dos segurados, calculada pela alíquota mínima, não tendo sido constatada a retenção das mesmas pelo sujeito passivo;

- Debcad n.º 37.359.565-4, referente à contribuição da empresa para outras entidades e fundos (terceiros).

Dentro do prazo regulamentar, a Contribuinte **apresentou impugnação**, fls. 318 a 344.

Com a análise da impugnação apresentada, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) **julgou procedente em parte o lançamento fiscal**, com a seguinte conclusão, fls. 713 a 753:

*Acordam os membros da **14**ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação, excluindo o crédito referente às competências de 01/2006 a 11/2006, em razão da decadência, alterando os valores consolidados em 17/09/2012, conforme DADR de fls. 697/712, dos seguintes autos de infração: AI DEBCD nº **37.359.5638** AIOP retificado de R$ 4.669.762,51, (quatro milhões, seiscentos e sessenta e nove mil e setecentos e sessenta e dois reais e cinquenta e um centavos) para R$ 3.464.653,32 (três milhões e quatrocentos e sessenta e quatro mil e seiscentos e cinquenta e três reais e trinta e dois centavos); AIOP DEBCD nº **37.359.5646** – AIOP retificado de R$ 1.737.030,32, (um milhão, setecentos e trinta e sete mil e trinta reais e trinta e dois centavos) para R$ 1.298.808,78 (um milhão, duzentos e noventa e oito mil e oitocentos e oito reais e setenta e oito centavos); AIOP DEBCD nº **37.359.5654** – AIOP retificado de R$ 1.259.346,94, (um milhão, duzentos e cinquenta e nove mil e trezentos e quarenta e seis reais e noventa e quatro centavos) para R$ 941.636,36, (novecentos e quarenta e um mil e seiscentos e trinta e seis reais e trinta e seis centavos)) AIOA DEBCD nº **37.359.5620** – AIOA 68, retificado de R$ 90.558,72 (noventa mil e quinhentos e cinqüenta e oito reais e setenta e dois centavos) para R$ 58.216,32, (cinqüenta e oito mil e duzentos e dezesseis reais e trinta e dois centavos).*

Em decorrência da **análise do Recurso Voluntário** interposto pelo Contribuinte, foi dado provimento parcial ao recurso, nos termos abaixo transcritos, 803 a 849:

ACORDAM os membros da 1ª TO/4ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF em conhecer do Recurso Voluntário para, no mérito, por maioria de votos, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, devendo a penalidade pecuniária decorrente do descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no art. 32, IV, da Lei nº 8.212/91, objeto do Auto de Infração nº 37.3595620, ser recalculada, tomando-se em consideração as disposições inscritas no art. 32-A,

I, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, somente na estrita hipótese de o valor multa assim calculado se mostrar menos gravoso ao Recorrente, em atenção ao princípio

da retroatividade benigna prevista no art. 106, II, 'c', do CTN. Vencida parcialmente a Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa, por entender que o lançamento por aferição indireta deveria ser feito como Segurado Contribuinte Individual, conforme art. 201, §8º, do RPS. Com relação à multa aplicada, vencidos os Conselheiros Carlos Henrique de Oliveira e Miriam Denise Xavier Lazarini, que pugnaram pela aplicação do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, incluído pela MP nº 449/2008, por haver lançamento de ofício, conforme artigo 476A da IN nº 971/2009, redação dada pela IN nº 1027, de 22/04/2010.

Posteriormente, foi interposto **Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional,** fls. 851 a 862, por entender a recorrente que o aresto merece reforma, visto que o acórdão recorrido diverge do paradigma, em síntese, no que diz respeito ao critério de comparação para fins de aferição da multa mais benéfica, em virtude das alterações dos dispositivos da Lei 8.212/91, que tratam dessa matéria, pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

Foi realizado exame de admissibilidade, fls. 874 a 881, sendo dado seguimento ao citado Recurso para a rediscussão da questão suscitada**.**

No que se refere ao mérito, a Recorrente aduz, em síntese, que:

a) o art. 44, da Lei nº 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);

b) deve-se 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 nº 8.212/91 ocorrerá quando houver tão-somente o descumprimento da obrigação acessória, ou seja, as contribuições destinadas à Seguridade Social foram devidamente recolhidas;

c) 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 nº 8.212/91;

d) 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 nº 449.

Por meio de **contrarrazões**, fls. 888 a 904, a Contribuinte se insurgiu relativamente ao conhecimento e ao mérito do recurso, sustentando, em síntese, :

a) consta dos autos que a Recorrente teria sido intimada do resultado do acórdão recorrido por meio de seu DTE, mediante acesso de seu suposto procurador ocorrido em 08.09.2016. Desta forma, o prazo para interposição de Recurso Especial teria se esgotado em 23.09.2016;

b) referida intimação há de ser desconsiderada, dada sua nulidade por violação à Portaria n° 259/2006, bem como por ofensa aos Princípios da Publicidade e Devido Processo Legal;

c) cabe esclarecer que toda a fase de fiscalização, antecedente ao auto de infração, também se deu de forma física, com intimações expedidas via postal com AR;

d) ocorre, contudo, que a intimação do acórdão ora recorrido foi realizada em formato diverso do que já vinha sendo praticado neste processo: a intimação se deu de forma eletrônica com o envio de mensagem ao Domicílio Tributário da Recorrente;

e) esta abrupta alteração no formato de tramitação deste processo administrativo pegou a Recorrente de surpresa. Isso porque, em nenhum momento, ela foi comunicado da alteração no formato de tramitação do presente processo de físico para eletrônico;

f) a Recorrente sabe que a intimação eletrônica é uma das modalidades de intimação dos atos praticados no processo administrativo e que sua realização é decorrente de opção realizada pelo contribuinte (cf. art. 23, III do Decreto nº 70.235/72);

g) no entanto, ***não*** *houve opção de recebimento de intimação eletrônica para o processo administrativo nº 10803.720035/2012-19, muito menos certificação de que o processo passaria a tramitar de forma eletrônica;*

h) considerando que as intimações anteriores haviam sido feitas em meio postal com AR era legítima a expectativa de que o processo continuasse tramitando no formato físico (em papel) e as sucessivas comunicações e intimações fossem promovidas pela mesma e habitual via postal com AR;

i) em caso semelhante ao presente, o CARF reconheceu como nula a intimação eletrônica da decisão de Primeira Instância Administrativa, exatamente porque o processo administrativo havia tramitado de forma física até o julgamento da impugnação;

j) não foi respeitada a regra contida no §3º do art. 26 da Lei nº 9.784/99, na medida em que não foi assegurada a certeza de que a Recorrente seria devidamente intimada do acórdão ora recorrido e, por consequência, exerceria seu direito à ampla defesa e ao contraditório;

k) dada a relevância do processo administrativo pelo valor envolvido e densidade da matéria jurídica, a Recorrente não contava com a súbita alteração de procedimento/formato do processo administrativo, ainda mais justamente no momento da comunicação do resultado de julgamento do Recurso Voluntário;

l) considerando que a real e certa intimação da Recorrente se deu em 19.10.2016, por meio de acesso ao E-CAC pelo E-CNPJ, o prazo de 15 dias para a interposição deste Recurso Especial começou a correr em, encerrando-se em 03.11.2016;

m) a intimação do acórdão recorrida é nula por um segundo motivo: formalizada a pessoa jurídica sem poderes para tanto;

n) em que pese a empresa ENI SERVICOS DE REGISTROS E REGULARIZACOES SOCIEDADE EMPRESARIA LTDA (CNPJ n° 14.266.804/0001-41) ser procuradora da Recorrente para realização de determinados assuntos no ECAC, ela não tem poderes para representação de seus interesses nos autos deste processo administrativo;

o) veja-se que a única procuração anexada aos autos concedeu poderes apenas aos profissionais do BARBOSA MUSSICH ARAGÃO ADVOGADOS e não há substabelecimentos nos autos em que conste a outorga de poderes à ENI SERVIÇOS DE REGISTROS E REGULARIZAÇÕES;

p) e a certeza da ciência da decisão da DRJ pela Recorrente somente se deu com o acesso ao processo administrativo, via E-CAC, por meio de seu E-CNPJ ou de seu representante legal, no dia 19.10.2016;

q) esta prática desatende o princípio da confiança, o qual "decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos;

m) o Recurso Especial fazendário não merece ser conhecido dada a ausência de interesse de agir da Recorrente e ausência de divergência jurisprudencial;

n) não há o que se falar na aplicação do quanto disposto no art. 35-A da mesma lei, sendo que o dispositivo correlato é o art. 32-A, inciso I, trazido por meio das inovações da Medida Provisória 449/2008, convertida posteriormente em Lei.

Ao Recurso Especial interposto pela Contribuinte foi negado seguimento, em razão da intempestividade, nos termos do Despacho de Admissibilidade de fls. 987 a 990.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz - Relatora

1. Do pedido de parcelamento.

Considerando a alegação realizada da Tribuna, pela patrona da Contribuinte, acerca da existência de parcelamento, durante o julgamento do Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional, deixei de tecer as considerações acerca da tempestividade do Recurso interposto pela Contribuinte, que não havia sido admitido anteriormente, tendo em vista renúncia ao recurso administrativo.

2. Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional

2.2. Do conhecimento

Aduz a Recorrida a ausência de interesse da Fazenda, pois não há pretensão resistida, tendo em vista a conclusão do Acórdão recorrido foi no sentido de que a autoridade preparadora deve verificar, na execução do julgado, qual norma mais benéfica ao Contribuinte.

Não obstante os argumentos dispostos em sede de contrarrazões, não assiste razão à Recorrida, pois a Fazenda pugna pela manutenção da NFLD e do Auto de Infração, 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 nº 449.

Ademais, o Despacho de Admissibilidade deixa clara a divergência jurisprudencial, nos termos abaixo transcritos:

> *Enquanto o acórdão recorrido entendeu que, por se tratar de infração relacionada à apresentação da GFIP, o dispositivo legal que deve retroagir para regulamentar a multa aplicada é o art. 32-A da Lei nº 8.212/91, passando ao largo de qualquer consideração sobre se houve ou não lançamento de ofício das contribuições devidas; os acórdãos paradigmas, em posicionamento diametralmente oposto, consideraram como legítima a aplicação da multa, nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, em situação análoga à presente, por entenderem que, havendo lançamento de ofício das contribuições previdenciárias vinculadas à infração em análise, não deve ser aplicado o art. 32-A do mesmo diploma legal, sob pena de bis in idem.*

Assim, conheço do Recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

2. Da retroatividade benigna

Conforme narrado, a controvérsia reside na aplicação das penalidades relativas às contribuições previdenciárias previstas na Lei n.º 8.212/91, com alterações promovidas pela MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, quando mais benéfica ao sujeito passivo.

Contudo, tratando-se de recurso da Fazenda Nacional, mas tendo o contribuinte indicado a adesão ao parcelamento, não há mais litígio a ser apreciado, uma vez que a adesão a parcelamento enseja renúncia às instâncias administrativas.

Diante do exposto, voto por conhecer e dar provimento ao Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional para declarar a definitividade do crédito tributário em face da desistência do recurso pelo parcelamento.

(assinado digitalmente)

Ana Cecília Lustosa da Cruz