



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

Processo nº 10980.723830/2010-56
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-003.783 – 2ª Turma
Sessão de 17 de fevereiro de 2016
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BRANCO GERENCIADORA DE SHOPPING CENTER S/C LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2009

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre percentuais e limites. É necessário, basicamente, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta. Se as multas por descumprimento de obrigações acessória e principal foram exigidas em procedimentos de ofício, ainda que em separado, cabível a aplicação retroativa do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, eis que se trata, neste dispositivo, de penalidade única combinando as duas condutas.

Recurso especial provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidas as Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Patrícia da Silva e Maria Teresa Martinez Lopez, que negavam provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

EDITADO EM: 19/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior e Gerson Macedo Guerra.

Relatório

Trata de o presente processo de auto de infração, às e-fls. 02 a 26, com relatório fiscal às e-fls. 45 a 48, relativo a contribuições devidas a Outras Entidades/Fundos denominados “Terceiros”: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (Salário-Educação), Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, Serviço Social do Comércio - SESC e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados que lhe prestaram serviços, no período de 01/2005 a 12/2009.

Em sua impugnação, às e-fls. 57 a 67, a empresa contestou o auto de infração. A 6ª Turma da DRJ/BHE considerou improcedente a impugnação, por unanimidade, conforme disposto no acórdão nº 02-35.494 de 13/10/2011, às e-fls. 77 a 85, mantendo a integralidade do crédito lançado.

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, às e-fls. 87 a 98, no qual argumenta, em síntese: que se enquadraria na sistemática de apuração do SIMPLES e por isso não seria obrigada ao recolhimento das contribuições a terceiros; teria havido exclusão daquela sistemática de forma arbitrária e unilateral; existência de duplicidade de períodos de cobrança; e pleiteia nulidade por falha na “fiel descrição do fato infringente”.

O recurso voluntário foi apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento em 19/02/2013, pelo acórdão 2402-003.341, às e-fls. 124 a 133, que tem a seguinte ementa:

ADESÃO AO SIMPLES. FACULDADE DO CONTRIBUINTE

A legislação que trata do SIMPLES é clara no sentido de que a adesão ao referido sistema simplificado de tributação

é uma faculdade que pode ser exercida pelas empresas mediante opção formal que, após análise, poderá ser ou não deferida pela autoridade administrativa. Não há possibilidade de a empresa abster-se do recolhimento das contribuições abrangidas pelo SIMPLES, se não efetuou a opção.

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da MP 449/2008, aplica-se a multa de mora nos percentuais da época, limitada a 75% (redação anterior do artigo 35, inciso II da Lei nº 8.212/1991).

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Relativamente às matérias recorridas, houve manutenção unânime do entendimento da DRJ. Todavia, foi modificada, também por unanimidade, a multa aplicada no auto de infração.

Entendeu a Turma que a alteração havida a partir da vigência da MP nº 449 de 03/12/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941 de 27/05/2009, instituiu a aplicação de multa de ofício, inexistente no corpo da Lei nº 8.212/1991 antes de seu advento, pois o art. 35 então vigente tratava somente de multa de mora. Assim, as comparações entre multa de mora mais multa por descumprimento de obrigação acessória e multa de ofício de 75% realizadas pela fiscalização em seu procedimento não seriam válidas anteriormente a dezembro de 2008, quando da edição da referida MP nº 449/2008. Aplicável seria tão somente a multa moratória, anteriormente vigente.

Contudo, em obediência ao princípio da razoabilidade, dispôs o acórdão que a multa deveria ser aplicada observando-se o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, porém, não deveria ultrapassar o percentual de 75% que correspondente à multa de ofício prevista na legislação atual.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência - RE, às e-fls. 134 a 144, em 04/06/2013, entendendo que o acórdão recorrido merece ser reformado. Tal entendimento seria suportado pelos acórdãos paradigmas: 2401-002.453 e 9202-02.086.

A partir dos argumentos dos paradigmas afirma que a multa de mora só caberia nos casos de recolhimento espontâneos, mas extemporâneos, assim, seria correto o entendimento do autuante ao utilizar-se da multa de ofício do art. 35-A, buscando a aplicação mais benéfica em face de outras penalidades, como a do art. 32.

Por fim, salienta ainda que, com base na IN RFB nº 971 de 13/11/2009, relativamente aos fatos ocorridos até 30/11/2008, há que se comparar:

- a) o somatório das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, nos moldes do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, em sua redação

anterior à Lei nº 11.941/2009, com as aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da mesma lei, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009; com

- b) a multa aplicada de ofício nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, acrescido pela Lei nº 11.941/2009.

A partir dessa comparação, por aplicação do art. 106, inc. II, alínea “c” do CTN, aplica-se a penalidade mais benéfica à contribuinte.

Pelas razões expostas, o Procurador pleiteou o provimento do RE para que se reforme o acórdão recorrido o acórdão recorrido.

O Presidente da 4ª Câmara da Segunda seção de Julgamento do CARF através do Despacho nº 2400-635/2013, às e-fls. 145 a 148, deu seguimento ao RE por entender preenchidos os requisitos legais para sua admissibilidade em 01/07/2013.

Cientificada do resultado do julgamento de seu recurso voluntário e do prosseguimento do RE da Fazenda por edital (e-fl. 152), a contribuinte não apresentou recurso ou contrarrazões no prazo previsto no art. 69 do RI-CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator

Pelo que consta no processo, o recurso atende aos requisitos de admissibilidade e, portanto, dele conheço.

Trata-se de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, contudo, as contribuições exigidas são devidas a outras entidades e fundos: FNDE, NCRA, SEBRAE, SESC e SENAC.

Diferentemente de outros Autos de Infração, do mesmo procedimento fiscal e período de autuação, nos quais estão lançadas contribuições previdenciárias, este Auto de Infração não se vincula a nenhum por descumprimento de obrigação acessória.

Feitos os esclarecimentos acima, podemos analisar a lide propriamente dita.

Pois bem, na decisão recorrida, foi determinada a aplicação da multa do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 1996, comparando-a com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei nº 8.212, de 1991, aplicando-se a mais benéfica à contribuinte. Ou seja, na prática, estabelecendo um teto de 20% àquela penalidade.

Entretanto, discordo desse posicionamento. Cumpre observar que o entendimento desta CSRF é no sentido de que, embora a antiga redação supra dos artigos 32 e 35 da Lei nº 8.212, de 1991, não contivesse a expressão “lançamento de ofício”, uma vez que tais penalidades fossem exigidas, respectivamente, por meio de Auto de Infração e de NFLD, não haveria dúvidas acerca de sua natureza material de *multas de ofício*.

Por isso, a comparação cabível não é do art. 35 (multa “de mora” de 24%) na antiga redação, com o artigo 35 (multa de mora de 20%) em sua atual redação, dada pela MP nº 449/2008 (remetendo ao art. 61 da Lei nº 9.430/1996), mas daquele com o novo art. 35-A (multa de ofício de 75%, por vínculo ao art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996), inserido pelo mesmo dispositivo.

Assim, no lançamento desse processo se está a exigir as contribuições a terceiros, não pagas, com multa de ofício.

Nesse sentido, sem dúvida que a norma sancionadora aplicada no lançamento foi correta, a exigência do menor valor entre: (1) a multa do art. 35, inc. II, a), com a redação dada pela Lei nº 9.876/99, que tinha natureza de multa de ofício e (2) a multa do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, correspondente aos 75% previstos no art. 44 da Lei nº 9.430/1996 referida no art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, já vigente à época da autuação.

Esclareça-se que o procedimento levado a cabo pela autoridade preparadora, no lançamento, e requisitado pela Fazenda Nacional neste Recurso Especial, de aplicação da Instrução Normativa RFB nº 971 de 13/11/2009, comparando somatório das multas anteriormente exigidas com a multa atualmente prevista, tem exatamente o mesmo resultado da aplicação do critério jurídico explicitado no parágrafo acima.

Pelas razões expostas, voto no sentido de prover o recurso, e reformar o acórdão recorrido para manter o crédito tributário integralmente, conforme originalmente lançado.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Processo nº 10980.723830/2010-56
Acórdão n.º **9202-003.783**

CSRF-T2
Fl. 1.066

CÓPIA