



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

Processo n° 10980.725709/2010-69
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9202-003.789 – 2ª Turma
Sessão de 17 de fevereiro de 2016
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado TRANSVALTER LIMITADA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ESPECÍFICA. DEIXAR DE ARRECADAR.

O art. 30, inc. I, *a*), da Lei n° 8.212/1991 estabelece a obrigação de a empresa arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos, ficando sujeita à penalidade quando não cumpre essa norma, conduta distinta da ausência de recolhimento do tributo ou de ausência de declarações ao fisco.

RETROATIVIDADE DA NORMA PENAL MAIS BENIGNA.

Não há nova norma mais benigna relativamente à aplicação da penalidade isolada prevista no art. 92 da Lei n° 8.212/1991, com a regulamentação dada pelo art. 283 do Decreto n° 3.048/1999.

RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO.

O conhecimento do recurso especial de divergência depende de o acórdão recorrido e os paradigmas trazidos pelo recorrente versem sobre a mesma situação tratada no auto de infração, não tendo sido essa a situação apreciada em nenhum deles, aguarda-se nova decisão da instância recorrida no tocante à penalidade aplicada.

Recurso especial provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reformar a decisão recorrida, com retorno dos autos ao colegiado *a quo*, para apreciação do Recurso Voluntário quanto a multa específica aplicada. Votou pelas conclusões a Conselheira Maria Teresa Martinez Lopez.

(Assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Relator

EDITADO EM: 25/02/2016

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 o presente processo de auto de infração, à e-fl. 02, com relatório fiscal às e-fls. 340 e 341, relativo à multa por falta de arrecadação, mediante desconto das remunerações, das contribuições dos segurados contribuintes individuais e empregados que receberam remuneração.

Em sua impugnação, às e-fls. 344 a 360, a empresa, que atua no ramo de transporte rodoviário de cargas secas e granel, contestou o auto de infração. A 5ª Turma da DRJ/CTA considerou improcedente a impugnação, por unanimidade, conforme disposto no acórdão nº 06-34934 de 16/12/2011, às e-fls. 380 a 392, mantendo a integralidade do crédito lançado.

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, às fls. 395 a 406, no qual argumenta, em síntese: insuficiência na descrição da infração que não permite plena defesa; a subcontratação de outras empresas para realização dos transportes faz com estas sejam obrigadas à retenção das contribuições previdenciárias, já que os representantes por elas enviados são seus funcionários e não da recorrente; e ainda que mantida a multa aplicada, não caberia a incidência de juros de mora sobre essa exação.

O recurso voluntário foi apreciado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento em 18/09/2012, pelo acórdão 2301-003.046 (e-fls. 426 a 434), que tem a seguinte ementa:

*INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. TRANSPORTADORES
AUTÔNOMOS CONTRIBUENTES INDIVIDUAIS.
APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA.*

Os transportadores autônomos se enquadram na categoria de contribuintes individuais, regida pelo art. 22, III, da Lei 8.212, de 1991.

Os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Relativamente às matérias recorridas, houve manutenção unânime do entendimento da DRJ. Contudo, foi modificada de ofício, pela maioria, a multa aplicada no auto de infração. Tal modificação se daria em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, em face de alteração que, a partir das mudanças trazida pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, tornou mais benéfica a aplicação da penalidade por mora disposta no § 2º do art. 61 da Lei nº 9.430/1996 (limitado a 20%), do que a anteriormente aplicável (podendo chegar até 100%). O entendimento exarado é de que fosse aplicada a multa do art. 61 da Lei nº 9.430/1996 até novembro de 2008, caso essa seja mais benéfica à contribuinte.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência - RE, às e-fls. 435 a 446, em 26/11/2013, entendendo que o acórdão recorrido merece ser reformado. Em suma, afirma que o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com a redação conferida pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, seria aplicável em casos nos quais os contribuintes realizassem pagamento do tributo devido de forma espontânea, mas extemporânea. Em casos onde inexistisse o recolhimento espontâneo, como no caso em questão, caberia o lançamento de ofício do tributo, com a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.460/1996, conforme prevista no art. 35-A da Lei nº 8.121/1991.

Por fim, salienta ainda que, com base na IN RFB nº 971 de 13 de novembro de 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, aplicar-se-ia a penalidade mais benéfica à contribuinte.

Tal entendimento seria suportado pelos entendimentos dos acórdãos paradigmas: 2301-00283 e 2401-00120, bem como da IN RFB nº 971 de 13/11/2009.

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

O Presidente da 3ª Câmara da Segunda seção de Julgamento do CARF através do Despacho nº 2300-879/2013, às e-fls. 447 a 451, deu seguimento ao RE por entender preenchidos os requisitos legais para sua admissibilidade em 20/12/2013.

Cientificada do resultado do julgamento de seu recurso voluntário e do prosseguimento do RE da Fazenda em 06/04/2015 (e-fl. 455), a contribuinte não apresentou contrarrazões no prazo previsto no art. 69 do RI-CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Relator

Preliminarmente, há que se apreciar situação de fato concernente à admissão do recurso.

Com a devida vênia, entendo que os acórdãos paradigmas não tratam de situação equivalente àquela tratada no auto de infração objeto do presente processo. Senão vejamos:

Paradigma 2301-00.283 –

“A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, bem como as destinadas aos Terceiros. O período do presente levantamento abrange as competências outubro de 1998 a janeiro de 2004, fls. 34 a 37; referente à verba “participação nos lucros e resultados”

Paradigma 2401-00.120 –

“Trata-se de Crédito Previdenciário lançado contra a empresa em epígrafe, constante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.045.517-7 que, de acordo com o relatório fiscal, fls. 58/61, refere-se a contribuições devidas à Seguridade Social e a Outras Entidades conveniadas, denominadas ‘Terceiros’ cujos recolhimentos não foram comprovados pela empresa, bem como não constam do banco de dados do Sistema de

Informação de Arrecadação e Débito do INSS-DATAPREV"

A situação posta no auto de infração em testilha decorre da constatação de que a empresa deixou de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados individuais e empregado, infringindo o art. 30, inciso I, da Lei nº 8.212/1991, pelo que houve a sanção através do art. 92 da mesma lei, e quantificação regulada pelos arts. 283, inc, I, "g" e 283, inc, I, "g" e 373, ambos do Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999.

Em uma conclusão apressada poder-se-ia pensar em não conhecer do recurso, pelo fato de os acórdãos paradigma terem sido proferidos em face de lançamentos diversos daquele objeto do acórdão recorrido. Ocorre que, formalmente, as teses jurídicas esposadas no recorrido e nos paradigmas são claramente opostas, para enfrentamento daquela mesma situação, no acórdão descrita.

Uma vez conhecido o recurso, verifico que foi proferida uma decisão equivocada pelo colegiado recorrido, formalmente atacada pela Fazenda Nacional (no Recurso Especial). Porém, nem a Fazenda Nacional, nem o então Presidente da Câmara (na análise de admissibilidade do Recurso Especial) e nem o contribuinte (em sede de contrarrazões), identificaram o equívoco do colegiado a quo, na análise do objeto da autuação, em face do Recurso Voluntário interposto. Em consequência, foi proferida uma decisão inexecutável.

Esclarecendo, à e-fl. 02 do AI que originou o litígio, está exposta a norma infringida pela contribuinte:

Lei 8.212 de 24/07/1991, art., 30, I, a)

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração; (Grifei.)

Relativamente à infração, foi descrito no relatório fiscal do AI, à e-fl. 340:

"...a empresa deixou de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados, contribuintes individuais e empregado que receberam remuneração..."

O fato da falta de arrecadação não foi controvertido, o que se discutiu no mérito era se haveria incidência de contribuições sociais sobre os pagamentos feitos pela empresa a transportadores rodoviários autônomos. A conclusão do acórdão recorrido era de que o lançamento tem fundamento, que a contribuição era devida e quem teria a obrigação de arrecadar e recolher era a empresa. Logo, houve a infração ao art. 30, I, "a", pela não arrecadação das contribuições, independentemente de haver ou não posterior recolhimento ao fisco; isso é matéria incontroversa.

Aliás, essa obrigação é presunção legal posta no § 5º do art. 33 daquele diploma legal:

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei. (Grifei.)

À infração daquela norma foi aplicada a sanção do seu art. 92 da mesma lei:

Art. 92. A infração de qualquer dispositivo desta Lei para a qual não haja penalidade expressamente cominada sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, a multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), conforme dispuser o regulamento.

Essa penalidade teve sua quantificação especificada no Regulamento da Previdência Social, pelo Decreto nº 3.048 de 06/05/1999, em seus art. 283, I, g) e 373, c/c Portaria MPS/MF nº 333 de 29/06/2010, com o seguinte teor:

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis nos 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:

I - a partir de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) nas seguintes infrações:

...

g) deixar a empresa de efetuar os descontos das contribuições devidas pelos segurados a seu serviço; (Redação dada pelo Decreto nº 4.862, de 2003)

...

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. (Grifei.)

A apreciação de ofício da penalidade informada no acórdão recorrido se focou em redação nova do art. 35 da Lei nº 8.212, alterado pela Lei nº 11.941/2009, que não era base legal da penalidade aplicada. Não havia que se fazer redução de ofício por cotejo do atual art. 35 com o anterior em face de possível incidência do art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”.

Mesmo levando em consideração o RE da Fazenda, que, à e-fl. 445, *in fine*, invoca o disposto na Instrução Normativa RFB nº 971 de 13/11/2009, sobre as regras a serem observadas em razão do advento da MP nº 449/2008 posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, observa-se inaplicável outra forma de apuração de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias ao caso concreto. Vale transcrever:

Art. 476-A. No caso de lançamento de ofício relativo a fatos geradores ocorridos: (Incluído pela Instrução Normativa RFB nº 1.027, de 20 de abril de 2010)

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 nº 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 nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009, e das aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias, nos moldes dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à Lei nº 11.941, de 2009; e

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

II - a partir de 1º de dezembro de 2008, aplicam-se as multas previstas no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

No caso concreto, a obrigação descumprida foi a de **arrecadar as contribuições dos empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço**. Pelo descumprimento dessa obrigação de arrecadar houve a sanção penal tributária com base em artigo distinto daquele que foi apontado tanto no acórdão recorrido quanto no próprio Recurso Especial. Observe-se que nem a antiga “multa de mora” do art. 35 nem as multas por falhas nas declarações dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 estão dispostas na base legal do lançamento.

Poder-se-ia até buscar discutir se seria justo aplicar penalidade isolada por falta de arrecadação, cuja base legal não foi revogada, assim como acabou existindo a discussão sobre as penalidades acessórias incluídas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 32 (que foram revogadas).

Processo nº 10980.725709/2010-69
Acórdão n.º **9202-003.789**

CSRF-T2
Fl. 1.068

Assim, como essa questão não foi decidida pelo colegiado *a quo*, para evitar a supressão de instâncias, concluo pelo conhecimento do recurso especial de divergência, e a ele dou provimento parcial para reformar o acórdão recorrido, com retorno ao colegiado *a quo*, para apreciação do recurso voluntário quanto à multa específica aplicada, da forma estabelecida no auto de infração.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

Processo nº 10980.725709/2010-69
Acórdão n.º **9202-003.789**

CSRF-T2
Fl. 1.069

CÓPIA