



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11516.724173/2013-56
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-010.520 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 22 de novembro de 2022
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/03/2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO.

Constatado que, perante situações fáticas similares, são adotadas, por diferentes turmas do CARF soluções diversas em face do mesmo arcabouço jurídico-normativo, resta caracterizada divergência jurisprudencial a ensejar o conhecimento do Recurso Especial.

MULTA QUALIFICADA. NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO.

A qualificação da multa de ofício está condicionada à caracterização inequívoca das hipóteses de sonegação, fraude ou conluio, em conformidade com a legislação aplicável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento. Vencida a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que deu provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Participaram do presente julgamento Eduardo Newman de Mattera Gomes, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Joao Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Marcelo Milton da Silva Risso, Mario Pereira de Pinho Filho, Rayd Santana Ferreira (suplente convocado), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Carlos Henrique de Oliveira (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9202-010.520 - CSRF/2ª Turma
Processo nº 11516.724173/2013-56

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de contribuições previdenciárias, referentes a importâncias não recolhidas e não declaradas em Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), incidentes sobre valores pagos a segurados contribuintes individuais.

Segundo consta do Relatório Fiscal (fls. 24/48):

7.1.1 - O fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços remunerada por advogados, na condição de contribuintes individuais, quanto do atendimento ao cidadão carente, conforme previsão contida na Constituição Federal e Lei Complementar Estadual nº 155, de 15 de abril de 1997.

Integram o presente feito os seguintes lançamentos:

- Debcad nº 51.053.865-7, relativo à contribuições patronais;
- Debcad nº 51.053.866-5, contribuições dos segurados não descontada de sua remuneração;
- Debcad nº 51.053.867-3, relativo a contribuições descontadas dos segurados e não recolhida à Previdência Social.

No mesmo procedimento fiscal foram efetuados os lançamentos a seguir referidos:

Processo	Debcad	Período	Fato Gerador
11516.724172/2013-10	37.409.570-1	01/2008 a 12/2008	Contribuição da Empresa sobre: Remuneração do contribuinte individual
	37.409.571-0		Contribuição do contribuinte individual – não descontada do segurado
	37.409.572-8		Descumprimento de obrigação acessória Art. 32 Lei n. 8212/1991
11516.724175/2013-45	51.053.868-1	04/2011 a 12/2012	Contribuição da Empresa sobre: Remuneração do contribuinte individual
	51.053.869-0		Contribuição do contribuinte individual – descontada do segurado

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina (OAB/SC) foi arrolada como responsável solidária pelas contribuições lançadas.

Em sessão plenária de 04/04/2017 foram julgados Recurso de Ofício e Voluntários, prolatando-se o Acórdão nº 2301-003.554 (fls. 12133/12174), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/03/2011

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTIGO 124, I DO CTN.

INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. INTELIGÊNCIA

O interesse comum no fato gerador ocorre quando há pluralidade de pessoas concorrendo para a prática do fato imponible. Exsurge o interesse comum na relação de trabalho quando há seleção de pessoas, operacionalização da contratação e do pagamento e controle da qualidade da prestação de serviços da pessoa física contratada.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. CABIMENTO.

Para que haja a aplicação do percentual em dobro da multa de ofício é necessário que o Fisco comprove a prática, pelo sujeito passivo, de ação dolosa de sonegação, fraude ou conluio, consoante a disposição da Lei nº 9.430/96 .

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REMUNERADOS POR PESSOA FÍSICA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA.

Existindo prestação de serviços remunerados de pessoa física para outrem, haverá incidência de contribuição social previdenciária, devida não só pelo trabalhador como também pelo tomador dessa prestação de serviços. É sujeito passivo da obrigação tributária aquele a quem o trabalho aproveita, que precisou da prestação de serviços para cumprir sua obrigação.

A decisão foi registrada nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de ofício para dar-lhe provimento parcial, restabelecendo a responsabilidade solidária da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, OAB/SC. Quanto ao recurso voluntário, em conhece-lo, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, negar-lhe provimento.

O processo foi encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em 27/04/2017 (fl. 12175) e, em 05/06/2017 (fl. 12185), foi interposto o Recurso Especial de fls. 12176/12184, no intuito de rediscutir a matéria **multa de ofício qualificada**.

Pelo despacho datado de 23/06/2017 (fls. 12187/12191), foi dado seguimento ao Recurso Especial.

Como paradigma, foi apresentado o Acórdãos nº 1803-001.474, cuja ementa transcreve-se:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Ano-calendário: 2001 DECADÊNCIA IRRF.

[...]

MULTA QUALIFICADA.

A multa qualificada é devida por se tratar de apropriação indébita, já que a empresa reteve os valores referentes ao Imposto Retido na Fonte, mas não repassou na sua integralidade.

Razões Recursais

A Fazenda Nacional aduz que há provas nos autos de que a contribuinte praticou a conduta tipificada no Código Penal como apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, incluído pela Lei nº 9.383/2000).

Segundo infere, ao deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos segurados, nos prazos previstos em lei, o sujeito passivo demonstrou conduta consciente de quem procura e obtém determinado resultado: enriquecimento sem causa.

Com base em considerações doutrinárias, a Recorrente aduz que o Contribuinte praticou atividade ilícita, restando configurada sua conduta dolosa, o que tornaria forçosa a manutenção da multa de ofício qualificada.

Manifestações dos Sujeitos Passivos

O Contribuinte e o Responsável Solidário foram cientificados do acórdão de recurso voluntário, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do despacho que lhe deu seguimento, em 07/07/2017 (fls. 12203 e 12204).

A OAB/SC interpôs Embargos de Declaração e Recurso Especial, os quais foram rejeitados, por força dos despachos de fls. 12241/12244 e 12380/12386. A rejeição dos embargos foi comunicada em 22/09/2017 (fl. 12248).

A OAB/SC apresentou Recurso Especial (fls. 1256/12337), o qual teve seguimento negado, nos termos do despacho de fls. 12380/12386.

CONTRARRAZÕES/AÇÃO JUDICIAL DO CONTRIBUINTE

Em 20/07/2017 (fl. 12221), o Contribuinte apresentou as Contrarrazões de fls. 12221/1225, insurgindo-se contra o conhecimento e provimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Após, foi impetrada pelo Estado de Santa Catarina, perante o Poder Judiciário, Ação Anulatória de Lançamento Tributário (fls. 12344/12375), em que se questiona a autuação como um todo, inclusive a qualificação da multa de ofício.

CONTRARRAZÕES DA RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA

Em 24/07/2017, a OAB/SC ofereceu as Contrarrazões de fls. 12214/12218.

Segundo infere, nem todas as competências objeto da cobrança em discussão houve retenção, bem como, que as retenções, quando ocorreram, foram realizadas pela fonte pagadora, o Estado de Santa Catarina, visto que a Responsável Solidária não é a contratante dos serviços, inclusive porque não possui receitas destinadas ao financiamento dessas atividades, porque sobrevive de anuidade dos advogados. Em virtude disso, em última análise, a pretensão fiscal demandará o financiamento, pelos advogados catarinenses, daquilo que seria dever do Estado, e ainda, que respondam dolosamente por fato que não praticaram.

Argumenta que o próprio recurso interposto reconhece, expressamente, que foi o Estado de Santa Catarina quem promoveu a retenção do INSS em parte do período notificado, reconhecendo que a defensoria é do Estado de Santa Catarina e não da OAB/SC.

Em relação ao conhecimento do apelo fazendário, aduz inexistir similitude fática, haja vista que o acórdão paradigma trata de presunções aplicáveis às pessoas jurídicas em

geral, que não alcançariam, de forma irrestrita, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, como a OAB/SC ou até mesmo o Estado de Santa Catarina.

Ainda sobre esse assunto, alega que o acórdão paradigma analisou uma situação específica onde uma pessoa jurídica com fins lucrativos efetuou a retenção, mas deixou de fazer o repasse à previdência social, possivelmente com o objetivo de locupletar-se indevidamente de quantia que não lhe pertence, em benefício direto de seus sócios administradores. Contudo, no caso das entidades envolvidas, seria evidente a inexistência de objetivo de lucro, por essa razão, não haveria espaço para utilização da presunção utilizada pelo acórdão recorrido, de que houve dolo. Valeria então a regra geral de que dolo não é presumido, tem que ser provado. Aliás, só falar em presunção de dolo já deveria ser o suficiente para solução da controvérsia, mas a diferença dos acórdãos neste aspecto impediria o conhecimento do recurso.

Alega ainda que o próprio recurso da Fazenda Nacional deixa claro que o paradigma é relativo ao IRRF, enquanto que o caso em questão refere-se ao INSS. Tratar-se-ia, neste aspecto, de pretensão que vai de encontro à expressa previsão de lei, que exige identidade de matérias entre a decisão recorrida e o acórdão paradigma, o que não se observaria no presente caso.

No mérito, afirma que a decisão recorrida teria sido precisa ao considerar que a aplicação da multa qualificada depende de prova de dolo de fraudar, simular ou de sonegar, razão pela qual suas razões devem ser consideradas como suficientes à manutenção da decisão recorrida sobre esse aspecto.

Além do mais, o trabalho fiscal não teria apontado de maneira precisa de que modo e por qual motivo os fatos apontados como incorretos se enquadrariam em ou noutro dispositivo da legislação, isto é, teria feito uma acusação genérica que, se não impede, ao menos dificulta a ampla defesa por parte dos acusados. O que ganharia ainda mais importância no presente caso, seria o fato de que a conduta teria sido atribuída ao Estado de Santa Catarina e não à OAB/SC.

A fiscalização apontou em suas conclusões que as infrações estão sujeitas à multa qualificada disposta no artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, que resulta em uma penalidade de 150% (75% X 2), contudo, não teria apontado no auto de infração, precisamente, em qual dispositivo da Lei nº 4.502/1964 (art. 71, 72 ou 73), de que modo e por qual motivo os fatos apontados como incorretos se enquadrariam em uma ou em outra disposição da legal. Nenhuma dessas questões teria sido definida de maneira clara pela autoridade autuante quando da imposição da penalidade, que lançou mão de uma *fundamentação por chavões* e baseada na *simples repetição da literalidade da norma* que prevê o recrudescimento da multa, sem quaisquer detalhamentos.

O Sujeito Passivo recorre a decisão do STJ para afirmar que, por se tratar de aplicação de penalidade qualificada, deve haver a completa descrição da subsunção do fato à norma, mediante a correlação de cada fato à respectiva norma, requisito que não teria sido observado nas autuações.

Situação relevante, segundo a Recorrida, que teria passado despercebida pela fiscalização, estaria relacionada ao fato de que, nas infrações tributárias praticadas dolosamente com fraude, sonegação ou conluio, a responsabilidade é pessoal do agente, não podendo ser

estendida para responsáveis solidários, como é o caso da OAB/SC, no caso dos autos. Defende que, na sistemática dos arts. 135 e 137 do CTN, as infrações praticadas não podem ultrapassar a pessoa daqueles que praticaram a conduta.

Por fim, requer que o Recurso Especial da Fazenda Nacional não seja conhecido ou, sucessivamente, seja improvido.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Conhecimento

O Recurso Especial da Fazenda Nacional é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade. Foram apresentadas Contrarrazões tempestivas pelo Contribuinte e pela Responsável Solidária.

Primeiramente, cumpre reiterar que o Estado de Santa Catarina impetrou junto ao Poder Judiciário Ação Anulatória de Lançamento Tributário (fls. 12344/12375), em que questiona, além de outros aspectos da autuação, a própria qualificação da multa de ofício. É cediço que a propositura de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo importa renúncia à instância administrativa, consoante estabelece a Súmula Vinculante CARF nº 1:

Súmula CARF nº 1. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Em razão disso, não conheço das Contrarrazões do Estado de Santa Catarina.

No que se refere ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, conforme esclarecido no relatório, a matéria devolvida à apreciação deste Colegiado cinge-se à **multa de ofício qualificada**.

Desse modo, as questões suscitadas nas Contrarrazões da OAB/SC, a respeito da impossibilidade de imputação de multa qualificada a responsável solidário, não serão consideradas no presente voto, tendo em vista que não foi admitido recurso para rediscussão do tema solidariedade.

De outra parte, de acordo com o art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, o recurso especial é cabível quando, perante situações fáticas similares, são adotadas, pelas diferentes turmas do CARF, soluções diversas, em face do mesmo arcabouço jurídico-normativo.

Pois bem. No caso sob análise, a qualificação da multa decorreu da aplicação do disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/1996, em virtude de o Contribuinte haver descontado contribuições de segurados contribuintes individuais e não ter efetuado os devidos recolhimentos à Previdência Social. A esse respeito, o acórdão recorrido reproduz os seguintes trechos da decisão de piso:

A decisão recorrida afastou a multa qualificada aplicada pela Autoridade Lançadora, que assim motivou, no relatório fiscal, a majoração da sanção (fls.47):

"XIII DA MULTA APLICADA

*13 A multa aplicada relativo as contribuições patronais (01/2009 a 03/2011) e as contribuições dos contribuintes individuais **não descontadas** (01/2009 a 06/2010) correspondeu a 75% do valor devido, nos termos do inciso I, do art. 44 da lei nº 9430, de 27/12/1996*

***13.1 A multa aplicada relativo as contribuições dos contribuintes individuais descontadas dos mesmos (09/2010 a 03/2011) correspondeu a 150% do valor devido, nos termos do §1º do art. 44 da lei nº 9430, de 27/12/1996.**" (Grifou-se)*

O dispositivo da Lei nº 9.430/1996, suscitado na decisão recorrida, remete aos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Senão vejamos outro trecho desse julgado:

Não merece reparo a decisão de primeiro grau. Como muito bem asseverado, não havendo a comprovação de prática pelo sujeito passivo das condutas previstas na Lei nº 9.430/96, não se aplica a majoração da multa de ofício.

É ônus do Fisco tal comprovação.

Mera leitura dos preceitos da Lei nº 94360/96 demonstra tal necessidade:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

Por seu turno, a Lei nº 4.502/64 preceitua:

"Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é 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.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."

Havendo a ação ou omissão dolosa no sentido da fraude, da sonegação ou do conluio, termos explicitados na lei tributária, haverá a imputação da multa de ofício em dobro, consoante se observa na Lei nº 9.430/96. Logo, não se pode admitir o gravame da sanção sem a explicitação pela Autoridade Fiscal de qual conduta foi praticada pelo sujeito passivo e mais, a comprovação da ocorrência da conduta.

No paradigma, Acórdão nº 1803-001.474, do mesmo modo, discute-se a qualificação da multa de ofício, em virtude apropriação indébita de tributos descontados de terceiros, com base em disposição das Leis nº 9.430/1996 e nº 40502/1964, que também remetem às condutas previstas na Lei nº 4.502/1964. Vejamos:

Já no que diz respeito à multa qualificada, a autoridade entende que os pressupostos dispostos no art. 71, I, da Lei 4.052/64, estão presentes e por essa razão é cabível a mesma. Ressalta que o princípio da insignificância dos valores, para fazer valer dentro do direito tributário, precisaria estar disciplinado em lei e como não está, a autoridade não pode eximir-se de aplicar a penalidade qualificada determinada pela norma vigente, qual seja artigo 44, II, da Lei 9.430/96.

[...]

No que diz respeito à multa qualificada, vislumbro que deve prevalecer a qualificação da mesma, visto tratar-se de apropriação indébita dos valores referentes ao IRRF. Não se trata de provar o dolo, a fraude ou a simulação nos atos praticados pela empresa recorrente, já que resta devidamente comprovado nos autos, através da escrita contábil os valores por ela retido e não recolhido, tal como determina a norma.

No caso presente, há que se atentar para o fato de que a fiscalização utilizou-se dos dados contidos na contabilidade da própria recorrente, ou seja, fornecidos pela própria empresa, para autuar, comparando o que estava disposto na contabilidade com o que efetivamente foi pago em DARF ou declarado em DCTF para constatar a apropriação do indébito, que inclusive gerou denúncia crime. Tal conduta comprova que a empresa empenhou esforços em atividades escusas, com o intuito de ludibriar a fiscalização, ensejando a multa qualificada determinada no auto.

Desse modo, por entender que restou comprovado pela autoridade fiscalizadora de que a empresa recorrente efetivamente apropriou-se dos valores IRRF, o presente voto é pela manutenção da qualificação da multa, de 150%. No tocante à decadência da imputação quanto ao IRRF, entendo que não prevalece as argumentações da recorrente, ainda mais porque não comprovado o pagamento/recolhimento dos valores em apreço. (Grifou-se)

Note-se que tanto no acórdão recorrido quanto no paradigma têm-se situações em que as empresas autuadas descontaram tributos de terceiros, na condição de substitutas tributárias, e deixaram de recolher os valores respectivos aos cofres públicos tendo, por esse motivo, sido autuadas com multa de ofício qualificada. Ocorre que, no acórdão recorrido, o Colegiado entendeu que não teria se configurado quaisquer das situações especificadas no arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964. Em sentido diverso a Turma prolatora do paradigma entendeu que o fato de o sujeito passivo haver incorrido em apropriação indébita constituía motivo suficiente para manutenção da qualificação da multa.

Verifica-se, portanto, que, em contextos fáticos semelhantes, e com base nas mesmas normas legais, as decisões cotejadas interpretaram a legislação tributária de modo divergente o que justifica o conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Ademais, o fato de as contribuintes envolvidas no presente feito, diferentemente da pessoa jurídica referida no paradigma, não terem finalidade lucrativa, não tem o condão de descaracterizar o dissenso interpretativo. Tampouco se pode concluir pela inexistência de divergência em razão de o paradigma referir-se a tributo diverso, pois, no caso em exame, o que se discute é tão-somente a qualificação da multa, sendo que para ambos os casos os dispositivos analisados são os mesmos.

Dito isso, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e passo a analisá-lo o mérito.

Mérito

Relativamente à multa de ofício, o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/1996 prevê sua qualificação, com a aplicação do percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), nas hipóteses de sonegação, fraude ou conluio, conforme descrito nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é 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.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Nesse cenário, para infligir a penalidade em percentual duplicado mostra-se indispensável que a autoridade fiscal demonstre, de forma inequívoca, a ocorrência de uma das condutas previstas em lei, isto é, o fato de o contribuinte se esquivar do pagamento de tributos não é suficiente para a cominação da multa qualificada.

Ademais, mesmo em se tratando de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas de segurados, conduta tipificada na lei penal como crime, ainda assim faz-se necessária a demonstração de ocorrência de sonegação, fraude ou conluio, em conformidade com os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964.

Não obstante, o Relatório Fiscal é silente quanto aos motivos que conduziram à exacerbação da penalidade, limitando-se a afirmar que *“A multa aplicada relativo as contribuições dos contribuintes individuais descontadas dos mesmos (09/2010 a 03/2011) correspondeu a 150% do valor devido, nos termos do §1º do art. 44 da lei nº 9430, de 27/12/1996”*.

É certo que em outros trechos do Relatório Fiscal há apontamentos sobre a retenção de contribuições previdenciárias de contribuintes individuais, as quais não foram repassadas à Previdência Social, o que motivou, inclusive, a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais, no entanto, consoante acentuou-se alhures, essa constatação não é suficiente para que se proceda à qualificação da multa.

Em vista disso, entendo acertada a decisão de primeira instância administrativa, corroborada pelo acórdão recorrido, cujos fundamentos, no que atina à matéria em debate, reproduzo e agrego às minhas razões de decidir:

Observe-se que o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 prevê a aplicação de multa em percentual duplicado (150%) quando presente alguma das hipóteses contidas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que tratam da sonegação, fraude ou conluio, produzidos de forma dolosa. Para tanto, necessário se faz a efetiva caracterização da ocorrência de uma dessas hipóteses.

Nesse contexto, importante registrar que no REFISC não há qualquer referência às razões que levaram a fiscalização a qualificar a multa aplicada, não há a caracterização inequívoca da presença da conduta dolosa tipificada nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, pressupostos indispensáveis para a aplicação da multa no percentual de 150%.

Pelo contrário, reforce-se, nenhuma referência aos motivos que levaram à aplicação da multa do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 existe no REFISC, apenas no item 13.1 existe a informação de aplicou-se o percentual de 150% conforme dispositivo da Lei nº 9.430/96 citado.

Por ter aplicado a multa qualificada apenas no AIOP referente às contribuições previdenciárias descontadas dos segurados contribuintes individuais, pressupõe este julgador que o motivo da duplicação da multa foi a ocorrência de retenção não repassada aos cofres públicos, o que não caracteriza por si só, a conduta ensejadora da aplicação da multa com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, pelo percentual de 150%.

Desta forma, não restando comprovada a conduta dolosa do contribuinte prevista na legislação acima abordada, não há que se falar em aplicar a multa qualificada no percentual de 150%, devendo ser reduzida ao patamar de 75%, conforme requereu a impugnante.

Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, nego-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho