



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 12269.003963/2008-69
Recurso nº 12.269.003963200869 Voluntário
Acórdão nº **2803-001.762 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria Obrigações Acessórias
Recorrente CTIL LOGÍSTICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2003 a 31/10/2006

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO APRECIADA PELO CARF, ART. 62, DO REGIMENTO INTERNO.

O CARF não pode afastar a aplicação de decreto ou lei sob alegação de inconstitucionalidade, salvo nas estritas hipóteses do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

MULTA MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA.

Apenas cabe aplicação retroativa de multa ou penalidade quando a mesma for realmente mais benéfica.

Recurso Voluntário Provido Em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), para reformar a decisão recorrida e o lançamento, no sentido de determinar que a multa a ser aplicada aos créditos tributários constituídos seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996, desde que mais favorável ao contribuinte, comparando-se apenas a aplicação desses dispositivos. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Helton Carlos Praia de Lima.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Processo nº 12269.003963/2008-69
Acórdão n.º **2803-001.762**

S2-TE03
Fl. 152

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Natanael Vieira dos Santos, Amilcar Barca Teixeira Júnior, André Luis Marisco Lombardi, Paulo Roberto Lara dos Santos.

Relatório

O presente Recurso Voluntário (fls.126 e seguintes) foi interposto contra decisão da DRJ(fl. 110 e seguintes do processo digital), que manteve parcialmente o crédito tributário referente à contribuições devidas a Outras Entidades e Fundos (SEST e SENAT), arrecadadas pela empresa mediante desconto quando do pagamento dos serviços de frete no período de 08/2003 a 03/2006, reconhecendo a extinção do crédito referente ao mês 08/2003 e 09/2003 por decadência. A ciência do auto de infração inaugural foi em 01.10.2008 (fls. 51 dos autos digitais).

Assim, o recurso veio à presente turma especial para seu julgamento, em que apresentou os seguintes argumentos resumidos: alegou a ilegalidade/inconstitucionalidade das contribuições ao SEST/SENAT e das multas aplicadas, a ilegal responsabilização dos sócios, e o dever de aplicação da norma mais benéfica quanto à sanção na forma da redação do art. 35, da Lei n. 8.212/1991, incluso pela Lei n. 11.941/2009.

Esse é o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato - Relator

I - O recurso é tempestivo, conforme supra relatado, dispensado do depósito prévio (Súmula Vinculante 21 do STF), assim deve o mesmo ser conhecido.

II - Quanto à suposta inconstitucionalidade/ilegalidade das contribuições ao SEST/SENAT e à responsabilização do tomador de serviço por sua retenção e recolhimento (art. 1º, inciso II e parágrafos I o e 2º, da Lei 8.706, de 14/09/1993), das multas aplicadas (art. 35, da Lei n. 8.212/1991) e juros aplicados, por afronta aos princípios da legalidade, da competência legislativa, da capacidade contributiva, da proporcionalidade, adequação, necessidade e razoabilidade, e aos artigos 154, I, e 195, 240, da CF/1988, deve-se atentar que é vedado aos Conselheiros do CARF-MF afastarem a aplicação da lei ou decreto sob tal argumento, salvo nas exceções expressas dos artigos 62 e 62-A do Regimento Interno do CARF-MF, que traduz o Decreto nº 70.235/72, que em seu art. 26-A, com redação da Lei nº 11.941/2009.

Logo, a apreciação de tais questionamentos resta prejudicada,

III – Quanto à responsabilização dos sócios administradores, nesse ponto entendemos que a decisão *a quo* foi muito clara e bem justificada, merecendo a nossa completa adesão e transcrição:

A notificada alega, ainda, que os sócios gerentes indicados no Auto de Infração são partes ilegítimas para figurar como co-responsáveis pelos débitos apurados, pois não houve excesso de poder ou infração à lei.

Ocorre que a identificação dos sócios gerentes da sociedade, responsáveis pela administração à época da ocorrência dos fatos geradores, é uma exigência da instrução processual. Saliente-se que administrativamente nada está sendo exigido dos referidos sócios gerentes, porém esta informação nos autos é importante para, se necessário, acionar os responsáveis pela empresa, no momento processual oportuno.

Os representantes legais relacionados pela fiscalização não figuram no pólo passivo do débito levantado e sim a pessoa jurídica, sendo seus dirigentes citados no intuito de resguardar o crédito tributário somente nos casos em que não houver adimplência pela pessoa jurídica e assim, serem acionados os citados dirigentes caso comprovada a conduta praticada com excesso de poderes ou infração de lei, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional - CTN.

O chamamento dos representantes legais da pessoa dos diretores para responder com seus bens particulares por dívida de

natureza tributária é medida que se adota no caso de esta não dispor de bens suficientes para a satisfação da dívida. E isto só acontece em fase de execução fiscal, em consonância com o parágrafo 3º, do artigo 4º, da Lei nº 6.830/80, que trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, mormente depois de se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A autoridade administrativa age por força de ato vinculado e obrigatório, devendo revesti-lo de todas as formalidades legais, que permitam sua futura inscrição em dívida ativa e execução:

"Ari. 202 CTN. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I — o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros; (grifamos)

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III' — a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV-a data em que foi inscrita;

V — sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente (...)"Portanto, a relação de co-responsáveis anexa à presente notificação fiscal deve fornecer os elementos necessários para que órgão executor da dívida fiscal possa atender ao disposto no inciso I, do parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei 6.830/80, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa:

Portanto, a relação de co-responsáveis anexa ao presente Auto de Infração deve fornecer os elementos necessários para que o órgão executor da dívida fiscal possa atender ao disposto no inciso I, do parágrafo 5º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa:

(...)

Pelo exposto, conclui-se que a finalidade do arrolamento, no processo administrativo, dos representantes legais da empresa na condição de co-responsáveis é de que os mesmos sejam previamente identificados, o que não significa que essas pessoas serão convocadas para pagamento, na esfera administrativa, do débito que é imputado à empresa. No dizer do tributarista Alexandre Macedo Tavares é salutar que se diga que o redirecionamento do executivo fiscal em desfavor das pessoas arroladas no art. 135 do CTN não quer significar, intuitu personae, imediato reconhecimento da responsabilidade pelo débito fiscal da sociedade.

Apenas assinala sobre a possibilidade da configuração da responsabilidade tributária por substituição, nos termos do art. 135 do CTN, que poderá ser amplamente discutida em sede de

embargos à execução pelo diretor, sócio-gerente ou administrador.

Acrescenta-se que, a não vinculação direta da responsabilidade tributária dos sócios administradores é tão clara e reconhecida administrativamente, que a Portaria n. 2284/2010 da Secretaria da Receita Federal do Brasil, hoje disciplina procedimento específico para o direcionamento da cobrança dos créditos contra possíveis responsáveis solidários e subsidiários com o devedor principal.

Assim, não há correção a ser feita no acórdão *quo* neste ponto.

IV - Contudo, entendo que a fiscalização e a decisão *a quo* deram uma interpretação equivocada em face ao novo art. 35-A, da Lei n. 8.212-1991, na redação posterior à MP n 449, de 04.12.2008, convertido na Lei n. 11.941-2009, que remete à aplicação do art. 44, I, da Lei n. 9430-1996, com multa estabelecida no patamar de 75%.

Em análise ao art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, a multa aplicada ao caso é escalonada de acordo com a fase do processo de constituição e cobrança das contribuições previdenciárias, iniciando com 4% a 100%. Os patamares superiores à 75% somente eram aplicáveis após o ajuizamento de ação de execução fiscal. Ou seja, em fase administrativa, a aplicação mais favorável é a da redação do art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008. Note-se que os créditos são inclusive anteriores à publicação da MP n 449, de 04.12.2008. Assim, entendimento contrário, será uma afronta à irretroatividade da aplicação da lei, salvo se mais benéfica, (art. 104, III, c/c 106, I, do CTN) bem como negar vigência à necessidade de interpretação mais benéfica ao contribuinte (art. 112, do CTN), pois o ato omissivo de não pagamento de contribuições que não foram devidamente declaradas ocorreu antes do lançamento.

Toda multa tributária é uma sanção, ou seja tem natureza primária punitiva, ou de penalização. Contudo, ainda assim podem ser classificadas em multa moratória, decorrente do simples atraso na satisfação da obrigação tributária principal, e multa punitiva em sentido estrito, quando decorrente de infração à obrigação instrumental cumulada ou não com a obrigações principais.

Tal classificação é necessária pois, apesar de não terem natureza remuneratória, mas sancionatória, os tribunais brasileiros admitem que as multas tributárias devem ser classificadas em moratórias e punitivas (sentido estrito), em razão da existência de tratamentos diversos para cada espécie pelo próprio Código Tributário Nacional e legislação esparsas. (RESP 201000456864, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 29/04/2010; PAULSEN, Leandro. Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 12ª Ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010, p.1103-1109)

Assim, coloco como premissa que a diferença entre multa moratória e multa punitiva em sentido estrito. Como supra colocado, a primeira decorre do mero atraso da obrigação tributária principal, podendo sendo constituída pelo próprio contribuinte inadimplente no momento de sua apuração e pagamento. Já, a segunda espécie de multa, a punitiva em sentido estrito, demanda constituição pelos instrumentos de lançamento de ofício por parte dos agentes fiscais (art. 149, do CTN), em que se apura a infração cometida e a penalidade a ser aplicada. Inclusive a estipulação e definição da espécie de multa é dado exclusivamente pela lei, fato ressaltado em face do princípio da estrita legalidade a que se

regula o Direito Tributário e suas sanções (art. 97, V, do CTN). A mudança de natureza para fins de comparação no tempo, não pode ser realizada sem autorização legal, e por isso não se poderia comparar com multas punitiva em sentido estrito (referente à descumprimento de obrigação exclusivamente instrumental) com multas de natureza moratória a exemplo com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8.212/1991, com a redação a partir da Medida Provisória n. 449/2008. Salvo se a própria lei, expressamente assim definisse, não podendo ser definida por instrumento infra-legal.

Devido ao disposto no art. 112, IV, do CTN, a legislação tributária que define as infrações e comina suas penalidades deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte em casos de dúvidas quanto à natureza das infrações e suas penalidades. Interpretação que deve ser conjugada com a retroatividade benígna prevista no art. 106, II, a e c, do CTN, de forma a reduzir ou extinguir penalidades sempre quando lei posterior estabeleça pena menos grave ou não entenda mais como infração tal conduta. Portanto, também deve ser colocado como premissa, que além de retroagir a aplicação de dispositivo legal mais favorável essa retroação também deve sempre buscar uma aplicação mais favorável ao contribuinte.

Não se pode tratar a hipótese de incidência da multa moratória disposta no art. 32-A cumulada com a multa do art. 35, com a redação anterior, como uma possível multa de ofício para comparar com a nova redação do art. 35-A, da Lei n. 8.212/1991, incluso pela Medida Provisória n. 449/2008, convertida em Lei n. 11.941/2009, porque a multa aplicada pela redação anterior do art. 35, somente tratava de multa de natureza moratória, variada em razão das fases (tempo) do processo. Salvo se a própria lei, expressamente assim definisse.

Dessa forma, entendo que deve ser aplicado ao caso as penalidades estabelecidas no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, até o limite de 75% (art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996), conforme estabelecido pela redação posterior a da comentada alteração.

VI -Conclusão

Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, reformando a decisão recorrida e o lançamento, no sentido de determinar que a multa a ser aplicada aos créditos tributários constituídos seja a estabelecida no art. 35, da Lei n. 8.212-1991, com redação anterior à MP n 449, de 04.12.2008, conforme a fase processual, até o limite de 75% que está estabelecido art. 35-A da Lei n. 8.212-1991 (atual redação) combinado com o art. 44, II, da Lei n. 9.430-1996, desde que mais favorável ao contribuinte, comparando-se apenas a aplicação desses dispositivos.

Sala de Sessões, 15 de agosto de 2012.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator

Processo nº 12269.003963/2008-69
Acórdão nº **2803-001.762**

S2-TE03
Fl. 158

CÓPIA