



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

Processo nº 13656.720056/2010-00
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-005.161 – 2ª Turma
Sessão de 25 de janeiro de 2017
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado RODOVIÁRIO ESTRELA LTDA.

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/10/2008 a 30/09/2009

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA.
PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista não se poder estabelecer divergência entre os critérios jurídicos adotados nos acórdãos recorrido e paradigma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior e Fábio Piovesan Bozza.

Relatório

Em litígio, o teor do Acórdão nº 2803-003.121, prolatado pela 3ª Turma Especial da 2ª Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais na sessão plenária de 08 de fevereiro de 2012 (e-fls. 195 a 200). Ali, por maioria de votos, deu-se parcial provimento ao Recurso Voluntário, na forma de ementa e a decisão a seguir:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Exercício: 2008, 2009*

*QUESTÃO NÃO IMPUGNADA EM PRIMEIRO GRAU
ADMINISTRATIVO.*

Questão não foi alegada impugnação, salvo casos vícios extremos que realmente causem prejuízos às garantias constituídas, em razão a aplicação do artigo 17 do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972, na redação dada pela Lei n.º 9.532, de 10/12/1997, é considerada como não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

NATUREZA DE PAGAMENTOS. NECESSIDADE DE PROVA.

A alegação de impossibilidade de incidência das contribuições previdenciárias sobre valores pagos aos colaboradores não teriam natureza remuneratória, deve ser acompanhada de elementos probatórios (art. 16, do Dec. 70325).

APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO EX OFÍCIO. REDUÇÃO DE MULTA MORATÓRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E MORALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 106, II, E 112, DO CTN. ALTERAÇÃO DO ART. 35, DA LEI N. 8.212/1991, PELA LEI N. 11.941/2009.

Em razão dos princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública, e do disposto nos artigos 106, II, e 112, ambos do CTN, observando que o limite máximo 20% (vinte por cento) a ser aplicado a título de multas moratórias, conforme o art. 61, §2º, da Lei n. 9.430/1996, é inferior à multa moratória aplicada aos valores do créditos tributários lançados na NFLD, com base no art. 35, da Lei n. 8.212/1991, com redação anterior à Lei n. 11.941/2009, o lançamento do crédito tributário deve se adequar a multa moratória à aplicação da menor sanção, reduzindo-se a multa moratória, ex officio, desde que mais favorável ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte

Decisão: por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), no sentido de que a multa moratória sobre os créditos constituídos seja aplicada, para as competências anteriores à 12/2008, em conformidade com o disposto no art. 35, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, combinado com o art. 61, da Lei n. 9.430/1996, desde que mais favorável ao sujeito passivo, não devendo ser realizada qualquer comparação conjunta com as sanções dos arts. 32-A e art. 35-A, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela MP n. 449/2008 ou pela Lei n. 11.941/2009. Vencido Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima que entende que deve ser aplicada para a multa de ofício a regra do art. 35A da Lei 8.212/91 com a redação dada pela Lei 11.941/2009.

Enviados os autos à Fazenda Nacional em 07/05/2012 (e-fl. 202) para fins de ciência da decisão, insurgindo-se contra esta, sua Procuradoria apresenta, em 31/05/2012 (e-fl. 248), Recurso Especial, com fulcro no art. 67 do anexo II ao Regimento Interno deste Conselho Administrativo Fiscal aprovado pela Portaria MF nº. 256, de 22 de julho de 2009, então em vigor quando da propositura do pleito recursal (e-fls. 203 a 215).

Alega-se, no pleito, divergência em relação ao decidido pela 2ª. Turma Ordinária da 4ª. Câmara da 2ª. Seção deste CARF, através do Acórdão CSRF 2.402-00.233, prolatado em 28 de outubro de 2009 e pela 2ª. Turma Ordinária da 4ª. Câmara da 2ª. Seção deste CARF, através do Acórdão 2.301-00.283, prolatado em 04 de maio de 2009, ambos de ementa e decisão a seguir transcritas.

Acórdão 2402-00.233

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2005 a 28/02/2007

MATÉRIA SUB JUDICE - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL- RENÚNCIA

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

CO-RESPONSÁVEIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES
Os coresponsáveis elencados pela auditoria fiscal não integram o pólo passivo da lide. A relação de co-responsáveis tem como finalidade cumprir o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº6.830/1980

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 28/02/2007

ISENÇÃO - CEAS - CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DEASSISTÊNCIA SOCIAL - DEFERIMENTO POSTERIOR

A existência de CEAS concedido posteriormente não supre a ausência do referido certificado para fins de usufruto de isenção relativamente a período pretérito

MULTA DE MORA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - RETROATIVIDADE BENIGNA - INOCORRÊNCIA

Havendo lançamento de ofício, não há que se aplicar as disposições contidas no § 2º do art. 61 da Lei nº 9430/1996. O princípio da retroatividade benigna só é aplicado se restar demonstrado que a legislação posterior é mais favorável ao sujeito passivo.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Decisão: por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Acórdão 2301-00.283

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/10/1998 a 31/01/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991. Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial parte dos fatos geradores apurados pela fiscalização.

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal. No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES. RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS. DOCUMENTO INFORMATIVO.

A relação de co-responsáveis é meramente informativa do vínculo que os dirigentes tiveram com a entidade em relação ao período dos fatos geradores. Não foi objeto de análise no relatório fiscal se os dirigentes agiram com infração de lei, ou violação de contrato social, ou com excesso de poderes. Uma vez que tal fato não foi objeto do lançamento, não se instaurou litígio nesse ponto. Ademais, os relatórios de co-responsáveis e de vínculos fazem parte de todos processos como instrumento de

informação, a fim de se esclarecer a composição societária da empresa no período do lançamento ou autuação, relacionando todas as pessoas físicas e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação. O art. 660 da Instrução Normativa SRP nº 03 de 14/07/2005 determina a inclusão dos referidos relatórios nos processos administrativo-fiscais.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PARCELA PAGA EM DESACORDO COM A LEI ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

A parcela foi paga em desacordo com a lei, pois não houve participação do sindicato na negociação. A negativa do sindicato em participar, conforme descrito pelo recorrente, não tornou legítimo o instrumento realizado. Para solução do caso, se entendesse a empresa ou os trabalhadores ser mais benéfico o acordo de participação nos lucros proposto pelo recorrente deveria valer-se do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, além do que a própria Lei nº 10.101 em seu art. 4º prevê a forma de resolução de controvérsias relativas ao PLR.

Recurso Voluntário Negado

Decisão: por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento para provimento parcial do recurso, rejeitadas as demais, vencidos os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Edgar Silva Vidal que aplicavam o artigo 150, §4º e no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Em linhas gerais, argumenta a Fazenda Nacional em sua demanda que:

a) A redação do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, é clara. Efetuado o lançamento de ofício das contribuições previdenciárias indicadas no artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de junho de 1991, deverá ser aplicada a multa de ofício prevista no artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Assim, à semelhança do que ocorre com os demais tributos federais, a incidência da multa de mora ocorrerá naqueles casos expressos no art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996. Ou seja, nas hipóteses em que o contribuinte incorreu na mora e efetuou o recolhimento em atraso, de forma espontânea, independente do lançamento de ofício, efetuado com esteio no art. 149 do CTN;

b) Destarte, no lançamento de ofício, diante da falta de pagamento ou recolhimento do tributo e/ou falta de declaração ou declaração inexata é exigido, além do principal e dos juros moratórios, os valores relativos às penalidades pecuniárias que no caso consistirá na multa de ofício. A multa de ofício será aplicada quando realizado o lançamento para a constituição do crédito tributário. A incidência da multa de mora, por sua vez, ficará reservada para aqueles casos nos quais o sujeito passivo, extemporaneamente, realiza o pagamento ou o recolhimento antes do procedimento de ofício (ou seja, espontaneamente – o que não foi o caso). Essa mesma sistemática deverá ser aplicada às contribuições previdenciárias, em razão do advento da MP nº 449 de 2008, posteriormente convertida da Lei nº 11.941, de 27 de dezembro de 2009;

c) A multa de mora e a multa de ofício são excludentes entre si. E deve prevalecer, na hipótese de lançamento de ofício, configurada a falta ou recolhimento do tributo e/ou a falta de declaração ou declaração inexata, a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, diante da literalidade do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991. Nessa esteira, não há como se adotar outro entendimento senão o de que a multa de mora prevista no art. 35, da Lei nº 8.212, de 1991 em sua redação antiga (revogada) está inserida em sistemática totalmente distinta da multa de mora prescrita no art. 61 da Lei nº 9.430, de 96. Logo, por esse motivo não se poderia aplicar à espécie o disposto no art. 106 do CTN, pois, para a interpretação e aplicação da retroatividade benigna, a comparação é feita em relação à mesma conduta infratora praticada, em relação à mesma penalidade. Cita, ainda, a necessidade de observância ao disposto na Instrução Normativa nº. 971, de 13 de novembro de 2009;

d) Assim, entende que autuação em testilha deve ser mantida, com a ressalva de que, no momento da execução do julgado, a autoridade fiscal deverá apreciar a norma mais benéfica: se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou o art. 35-A da MP nº 449, de 2008, atualmente convertida na Lei nº 11.941, de 2009.

Requer, assim, que seja conhecido e dado provimento ao presente recurso, para reformar o acórdão recorrido no ponto em que determinou a aplicação do art. 35, caput, da Lei nº 8.212, de 1991 (na atual redação conferida pela Lei nº 11.941, de 2009), em detrimento do art. 35-A, também da Lei nº 8.212, de 1991, devendo-se verificar, na execução do julgado, qual norma mais benéfica: se a multa anterior (art. 35, II, da norma revogada) ou a do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991.

O recurso foi admitido pelo despacho de e-fls. 250 a 255.

Encaminhados os autos à autuada para fins de ciência, ocorrida em 09/03/2015 (e-fl. 259), a contribuinte ofereceu, em 30/08/2013 (e-fl. 1719), contrarrazões de e-fls. 1720 a 1728, onde:

a) Alega que não deve prosperar a alegação de divergência jurisprudencial com base no primeiro acórdão paradigma, pois conforme é possível evidenciar, a tratativa do princípio da retroatividade benigna não foi aplicada, justamente porque a norma vinda posteriormente à aplicação da multa, não era mais favorável ao sujeito passivo. Caso a norma promulgada posteriormente à aplicação da multa fosse mais favorável ao sujeito pacífico, por óbvio esta norma seria devidamente cumprida e mais uma vez respeitado o princípio da retroatividade benigna;

b) Quanto ao segundo paradigma, não há nenhuma relação do julgado apresentado com o caso concreto. A referida decisão deixa de aplicar o princípio da retroatividade benigna, por haver uma exceção de redução de alíquota da multa nos casos de lançamento de ofício, ou seja, débito não declarado e não pago. Esta exceção trazida pela MP 449/2008, que alterou o art. 35 da Lei 8.212/1991 e acrescentou o art. 35-A, o qual dispõe quais contribuições não terão a redução da alíquota da multa, devido ocorrência do lançamento de ofício, não se aplicando na questão aqui debatida, tendo em vista, inclusive, que a própria atuação do Recorrido é oriundo de um pedido de compensação de contribuição previdenciária, débito devidamente declarado, via lançamento por homologação. Assim, entende como não demonstrada a divergência;

c) Entende ter ocorrido **ERRO DE FATO** pela Fiscalização. Não houve a prática, pela Contribuinte, da infração objeto do Auto de Infração. Porém, mesmo se assim não fosse, a multa de ofício aplicada à Contribuinte, não pode prosperar, pois o inciso IV, do artigo 150 da Constituição Federal veda expressamente a instituição de tributos com efeito de confisco. Entende que não se pode permitir o valor da multa arbitrada num montante tão exorbitante, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco.

Requer, assim, que o Recurso Especial seja improvido, sendo mantida a r. decisão proferida.

Ainda, o contribuinte ingressou com Recurso Especial de sua iniciativa de e-fls. 270 a 281, que restou rejeitado, conforme despachos de e-fls. 311 a 321.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Relator

Pelo que consta no processo quanto à sua tempestividade, às devidas apresentação de paradigmas e indicação de divergência, o recurso atende a tais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, quanto à caracterização de divergência interpretativa, ousou discordar do exame de admissibilidade de e-fls. 250 a 255.

Faço notar que, aqui, nos presentes autos, se está a tratar de multa por compensação indevida com fulcro no art. 89, parágrafos 9º. da Lei nº. 8.212, de 1991, que remete à aplicação do art. 35 da Lei nº. 8.212, de 1991 (vide relatório de Fundamentos Legais do Débito, à e-fl. 07).

Já os paradigmas se referem: a) No caso do Acórdão 2402-00.233, a lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SEBRAE e INCRA), decorrente de ato cancelatório de isenção; b) No caso do Acórdão 2301-00.283, a NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, bem como as destinadas aos Terceiros, referente à verba "participação nos lucros e resultados".

Entendo que se tratam de situações fáticas notadamente diversas, não se podendo afirmar como se posicionaria o Colegiado paradigmático acerca da situação dos autos, que trata especificamente não de multa decorrente de lançamento de ofício de débitos não declarados, mas de multa por compensação indevida, resultando assim como não caracterizada a divergência interpretativa. De forma a caracterizar a divergência interpretativa, necessário seria apresentar um caso onde, para NFLD lavrada com fulcro no art. 89, §§ 9º. da Lei nº. 8.212, de 1991, houvesse o colegiado recorrido aplicado critério jurídico para a aplicação da multa divergente daquele aplicado pelo recorrido.

Processo nº 13656.720056/2010-00
Acórdão n.º **9202-005.161**

CSRF-T2
Fl. 335

Na verdade, de se notar que o referido § 9º. da Lei nº. 8.212, de 1991, foi incluído pela própria MP no. 449 de 2008, tendo aqui o lançamento efetuado se limitado a lançar a multa de 20%, consoante o percentual previsto no art. 61 da Lei no. 9.430, de 1996, vide Fundamentos Legais do Débito à e-fl. 07 e Discriminativo do débito de e-fl. 06, comprovando, assim, a inaplicabilidade do paradigma à situação fática dos autos.

Diante do exposto, voto por não conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)
Heitor de Souza Lima Junior