



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

Processo n° 15504.018495/2008-95
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2301-004.988 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 5 de abril de 2017
Matéria Contribuições Sociais - Terceiros
Embargante UNIÃO (FAZENDA NACIONAL)
Interessado CENTRO MINEIRO DE ENSINO SUPERIOR CEMES LTDA E OUTROS

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

Não se acolhem os embargos declaratórios quando inexistente a omissão apontada no julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos apresentados, para, no mérito, rejeitá-los, por inexistir o vício apontado pela Fazenda Nacional, nos termos do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Andrea Brose Adolfo - Presidente em Exercício e Relatora.

EDITADO EM: 08/05/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alexandre Evaristo Pinto, Andrea Brose Adolfo (Presidente em Exercício e Relatora), Fabio Piovesan Bozza, Jorge Henrique Backes (suplente convocado), Julio Cesar Vieira Gomes e Maria Anselma Coscrato dos Santos (suplente convocada).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União (Fazenda Nacional), às e-fls. 980/982, contra o Acórdão n° 2403-001.619 (e-fls. 959/978) visando sanar alegada

omissão acerca da aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91 ao presente caso, introduzido pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

O acórdão embargado foi assim redigido:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES PARA TERCEIROS.

Incide contribuição para as outras entidades FNDE, INCRA, SESC E SEBRAE sobre os valores pagos aos segurados empregados que prestam serviços ao contribuinte, pessoa jurídica.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE. ACOLHIMENTO PARCIAL.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

PÓLO PASSIVO. COOBRIGADOS.

A indicação dos representantes legais da empresa, pessoas físicas, na autuação é para instruir os autos com todas as informações necessárias ao trâmite administrativo e/ou judicial do processo.

JUROS. INCIDÊNCIA. ARGUIÇÃO DE CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Na forma da súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, “ O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Também na forma da súmula nº 4 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, “ A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita aplicação do art. Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.”

AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA SUCESSÃO.

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou

nome individual, sucede e responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato.

MULTA DE MORA

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas à multa de mora prevista artigo 35 da Lei 8.212/91 na forma da redação dada pela Lei nº 11.491, 2009. Os débitos com a União decorrentes das contribuições não pagos nos prazos previstos em legislação, na forma da redação dada pela Lei no 11.941, de 2009, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

MULTA MAIS BENÉFICA.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional, cabe aplicar multa menos gravosa.

A efetiva comparação para determinação da multa mais benéfica deverá ser feita por ocasião do pagamento ou do parcelamento do débito.

Caso não haja pagamento ou parcelamento do débito, a análise do valor das multas será realizada no momento do ajuizamento da execução fiscal pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência parcial em relação ao período constituído para a competência 10/2003, inclusive e anteriores nos termos do art. 150, § 4º do CTN. No mérito, Por maioria de voto, dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencido o conselheiro Leôncio Nobre de Medeiros na questão da multa de mora. (grifamos)

A embargante alega que "o Relator, seguido pela maioria dos Conselheiros, considerando as alterações trazidas nos dispositivos da Lei nº 8.212/91, pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 (convertida na Lei nº 11.941/2009), determinou que a multa seja calculada conforme a nova legislação e comparada com a multa aplicada, a fim de que se utilize a forma de cálculo de multa mais benéfica ao sujeito passivo."

Continua:

Contudo, o acórdão em questão foi omissivo, pois não se pronunciou sobre a aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/91 ao presente caso, introduzido pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

Tal pronunciamento se mostrava de suma importância porque, antes das inovações da MP 449, além da lavratura do auto de infração para imposição de multa isolada, com base no artigo 32 da Lei nº 8.212/91, também se realizava o lançamento do principal, em NFLD, com incidência da multa de mora prevista no artigo 35, II da Lei nº 8.212/91.

Diante de tal separação, com o advento da MP 449/2008, ao menos dois dispositivos devem ser analisados para que se possa determinar com precisão a norma legal que regulará a aplicação da multa: artigo 32-A e artigo 35-A, ambos da Lei nº 8.212/91.

Requer que seja sanada a omissão apontada, para que seja analisada a incidência da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, na hipótese dos autos.

Os embargos foram admitidos nos termos do Despacho nº 2403-005 de e-fl. 991.

É o relatório.

Voto

Conselheira Andrea Brose Adolfo - Relatora.

Os embargos foram opostos tempestivamente, portanto conheço e passo à sua análise.

Como explicitado no relatório, trata-se de suposta omissão do acórdão embargado acerca da aplicabilidade do art. 35-A da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

São cabíveis embargos de declaração, nos termos do art. 65 do Regimento Interno do CARF, Portaria MF nº 343/2015, nos seguintes casos:

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma.

O lançamento em discussão refere-se a contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos (denominados Terceiros - no caso: salário-educação, INCRA, SESC e SEBRAE).

Sabe-se que são várias as correntes existentes neste Conselho Administrativo acerca do cálculo aplicável às multas previdenciárias, em decorrência do princípio da retroatividade benigna.

Dentre elas podemos destacar a que entende que as multas previstas no antigo art. 35 da lei nº 8.212/1991 seriam multa moratória e o comparativo - para fins da

retroatividade benigna - deveria ser feito com a novel redação do art. 35 (na redação dada pela Lei nº 11.941/2009).

Ou seja, para essa corrente doutrinária, a multa do antigo art. 35 deve ser limitada a 20% (pela nova redação do mesmo art. 35, que remete ao art. 61 da Lei nº 9.430/1996).

Entendo ser esse o posicionamento adotado pela turma prolatora do acórdão ora embargado, conforme se pode verificar do seguinte trecho do voto do relator, Conselheiro Ivacir Júlio de Souza (e-fls. 976-978)

DA MULTA DE MORA

Relevante ressaltar que Recorrente foi notificada em 03/11/2008 em razão de inadimplir as obrigações vinculadas aos fatos geradores ocorridos no período 12/2002 a 12/2006 . Aduz que na forma do registro de fls. 141, no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD e Acréscimos Legais da Multa, o cálculo do valor da multa teve por base os parâmetros estabelecidos pelo revogado art. 35, I, II, II da Lei nº 8.212/91.

*O artigo supra foi alterado pela MP 449 de , 2008 consolidada pela Lei nº 11.941/2009, que determina que os débitos referentes a **contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%:***

“**Art. 35.** Os débitos com a União decorrentes **das contribuições sociais previstas** nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, **não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora** e juros de mora, **nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996** (Redação dada pela Lei 11.491, 2009)”(grifos do relator)

Lei 9.430/96:

“ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, **cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.**

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão **juros de mora** calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a

partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.(Vide Lei nº 9.716, de 1998)”

Não há nos autos registro de que houvera sido efetuado quadro comparativo das imputações de penalidades revogadas com as atualmente previstas.

*A planilha supra haveria que permitir confrontar os valores calculados na forma do revogado artigo e respectivos incisos, 35, I, II, II da Lei nº8.212/91 com o artigo 35 da Lei 8.212/91, no que concerne aos acréscimos da **multa de mora** nos termos do **art. 61 da Lei no 9.430**, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de **0,33% ao dia, limitada a 20%** conforme determina a redação dada pela Lei 11.941/2009 :*

“ Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, **não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** (grifos de minha autoria)

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Assim, impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a multa mais benéfica.

“ Art. 106. A lei **aplica-se a ato ou fato pretérito:**

I em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) **quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.**”

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa cuja a definição do cálculo se observará quando a

liquidação do crédito for postulada pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009:

“Art. 2º No momento do pagamento ou do parcelamento do débito pelo contribuinte, o valor das multas aplicadas será analisado e os lançamentos, se necessário, serão retificados, para fins de aplicação da penalidade mais benéfica, nos termos da alínea "c" do inciso II do art. 106 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 Código Tributário Nacional CTN.”

CONCLUSÃO

Em razão de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para EM PRELIMINAR, na forma do artigo 150, § 4º do Código Tributário nacional – CTN, determinar que se reconheça a DECADÊNCIA dos créditos constituídos para as competências 10/2003, inclusive, e anteriores e NO MÉRITO CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinar que o recálculo da multa de mora observe o comando do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%, critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento. (grifos no original)

Pela transcrição acima, nota-se que o entendimento da turma foi no sentido de aplicação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, com o limite máximo de 20% estabelecido pela nova redação do mesmo art. 35.

Ademais, por se tratar de contribuições destinadas a Terceiros não houve aplicação da multa isolada pelo descumprimento de obrigação acessória (deixar de incluir em GFIP todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias), uma vez que no cálculo dessa multa somente eram considerados os valores das contribuições previdenciárias não declaradas, nos termos do art. 32, IV e § 5º da Lei nº 8.212/1991 (na redação da Lei nº 9.528/1997).

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

...

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

...

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos

valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Portanto, não se trata de omissão, mas sim do posicionamento da turma de origem, para a qual o art. 35 da Lei nº 8.212/1991 (na redação da Lei nº 9.876/1999) tratava de multa de mora e portanto deve ser comparada com a nova redação do mesmo artigo que também trata de multa de mora:

Redação na data do fato gerador

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Redação dada pela Lei nº 11.941/2009

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Ante o exposto, voto por conhecer dos embargos apresentados, para no mérito, rejeitá-los, por inexistência do vício apontado pela Fazenda Nacional, mas sim do entendimento da turma sobre a matéria, divergente do entendimento expresso pela PGFN.

É como voto.

Andrea Brose Adolfo - Relatora