



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

Processo n° 18088.720063/2012-71
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2202-004.657 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de agosto de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado PAMIRO COMERCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/11/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. ERROS MATERIAIS E OBSCURIDADE.

Cabíveis embargos de declaração quando o acórdão contém erros materiais ou a decisão contiver obscuridade.

MULTA QUALIFICADA E PUNITIVA. PROVIMENTO DO RECURSO.

Diante do provimento do recurso voluntário devem ser excluídas da fundamentação da decisão embargada a parte relativa as multas que não foram objeto de deliberação por parte do colegiado, sem efeitos infringentes.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração, para fins de que sejam excluídos da fundamentação do Acórdão embargado os itens que tratam da aplicação da multa agravada no percentual de 150% e da redução da multa punitiva, nos termos do voto da relatora, e para que seja corrigido o erro material da ementa da decisão, substituindo-se o assunto intitulado "imposto de renda pessoa física", por "contribuições sociais previdenciárias", matéria discutida nos autos.

(Assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (suplente convocada), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração em face do Acórdão nº 2202-004.020, da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, julgado na sessão plenária de 04 de julho de 2017, cuja ementa abaixo se transcreve:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
IRPF*

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/11/2010

*LANÇAMENTO. PROVAS INDICIÁRIAS. CONTRIBUIÇÃO
SOCIAL.*

Cabe a fiscalização apresentar um conjunto de indícios que permita ao julgador alcançar a certeza necessária para o seu convencimento, afastando possibilidades contrárias, mesmo que improváveis. A certeza é obtida quando os elementos de prova confrontados pelo julgador estão em concordância com a alegação trazida aos autos.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. (CFL 38)

Por se tratar de infração formal, sem qualquer nexos com a obrigação principal deve ser mantida a penalidade por ter a empresa apresentado livro Diário sem as formalidades legais.

Cientificada da decisão em 10/08/2017 (despacho de encaminhamento de fls. 219), a Fazenda Nacional opôs embargos de declaração em 11/09/2017 (fls. 220/223), alegando obscuridade, uma vez que tendo o colegiado apreciado o mérito da discussão e concluído pela improcedência do lançamento, a turma não discutiu e votou a desqualificação da multa e a redução do patamar da multa punitiva. Todavia, do voto da relatora consta a fundamentação dessas duas questões. Diante desses fatos, conclui a embargante que:

Entretanto, inobstante a clara desnecessidade, a Relatora fez constar na fundamentação os motivos pelos quais afastava também a multa qualificada e a retroatividade benigna aplicada para a multa punitiva.

Dessa forma, para que a União possa exercer plenamente o seu direito de defesa, assim como para afastar eventual supressão de instância para o contribuinte, caso a CSRF julgue procedente recurso especial da União, necessário que seja aclarado o acórdão, para excluir da fundamentação as matérias que não foram objeto de votação pela Turma, quais sejam, qualificação da multa e a aplicação da multa punitiva, conforme se depreende da ementa do acórdão.

Entretanto, remotamente, acaso tenham sido objeto de votação, tendo em vista a inutilidade da discussão que permeia tais pontos (qualificação da multa e a aplicação da multa punitiva), que reste expressamente consignado na ementa do julgado o entendimento adotado, para espancar qualquer dúvida acerca do que foi realmente votado.

Ante o exposto, requer a União (Fazenda Nacional) que sejam conhecidos e providos os presentes Embargos de Declaração, a fim de que seja afastada a obscuridade apontada, para que não restem dúvidas acerca do que foi realmente votado pela Turma, propiciando a recorribilidade da União de forma plena.(grifos originais)

Uma vez admitidos os embargos e encaminhados para julgamento deve ser feita a análise dos erros materiais e da obscuridade apontados no acórdão embargado;

É o relatório.

Voto

Conselheira Júnia Roberta Gouveia Sampaio - Relatora

Corretas as alegações do embargante. Como já reconhecido no despacho de admissibilidade:

A PFN suscita a exclusão da decisão embargada da parte que não foi objeto de discussão e votação pelo colegiado, qual seja, qualificação da multa e redução da multa de ofício.

De fato, observa-se que na ementa do julgado não constam tais matérias, o que nos conduz à conclusão de que, ou a matéria não foi de fato objeto de discussão e votação pela turma, ou a ementa contém omissão quanto a essas questões.

Por outro lado, verifica-se a ocorrência de erro material relativo ao assunto constante na ementa, onde ao invés de CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS constou IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF.

Assim, considerando o erro material agora detectado e que os embargos revelaram a ocorrência de mácula saneável pela via dos embargos, estes devem ser admitidos.

Com efeito, as matérias relativas a redução da multa qualificada no percentual de 150% , bem como a redução do percentual da multa punitiva não foram objeto de apreciação pela turma julgadora, uma vez que esta concluiu pelo integral provimento do recurso voluntário. Sendo assim, para que se evite supressão de instância caso seja dado provimento à eventual Recurso Especial da Fazenda Nacional os seguintes pontos devem ser excluídos da decisão embargada:

2.4) Da aplicação da multa agravada no percentual de 150%

O Recorrente se insurge, também, quanto a aplicação da multa qualificada de 150% por entender que não teria utilizado de qualquer artifício para ocultar o que teria ocorrido, como falsificação de notas e adulteração de comprovantes.

Nesse ponto, entendo correta a alegação do Recorrente. Por mais que se reconheça a prática de planejamento fiscal não oponível ao fisco, entendo que não está configurada a fraude penal necessária a aplicação da multa agravada. Como esclarece MARCO AURÉLIO GRECO em sua obra planejamento fiscal:

Outra observação a ser feita é a de que a incidência do inciso II do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que leva à multa mais onerosa, supõe a ocorrência inequívoca do intuito fraudulento.

Vale dizer, não é toda e qualquer hipótese de falta de pagamento, etc. prevista no inciso I que vai levar a multa em dobro.

Se não houve o intuito de enganar, esconder, iludir, mas se, pelo contrário, o contribuinte agiu de forma clara, deixando explícitos seus atos e negócios, de modo a permitir a ampla fiscalização pela autoridade fazendária, e se agiu na convicção e certeza de que seus atos tinham determinado perfil legalmente protegido - que levava ao enquadramento em regime ou previsão legalmente mais favorável - **não se trata de caso regulado pelo inciso II do artigo 44, mas sim de divergência de qualificação jurídica dos fatos; hipótese completamente distinta da fraude a que se refere o dispositivo.**

A multa agravada só tem cabimento se o elemento subjetivo do tipo for a fraude no sentido de enganar, esconder, iludir etc.

Hipóteses de razoável e justificável divergência de qualificação jurídica não configuram a "fraude" a que se refere o inciso II. Poderão em tese configurar fraude civil ou fraude à lei, mas esta não está alcançada pelo inciso II. (grifamos)

Além disso, o artigo 112 do Código Tributário Nacional é claro ao dispor que " A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato". Em face do exposto, entendo que a multa agravada deverá ser reduzida para o percentual de 75%;

2.5) Da correta aplicação da multa punitiva

Por fim, alega a Recorrente que, se alguma multa de mora fosse aplicada esta deveria ser a multa de 20% prevista no artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

Nesse ponto, entendo correta a alegação do Recorrente. Conforme consta do voto do Conselheiro Martin da Silva Gesto, proferido na decisão constante do Acórdão 2202-003.445:

Na data da ocorrência do fato gerador das contribuições sociais em questão, qualquer outro dispositivo que dispunha sobre normas punitivas aplicas à falta ou ao atraso do seu recolhimento, ou seja, não incidia sobre tais infrações multa de ofício. Assim, o atraso ou não pagamento das contribuições era punido única e exclusivamente pela multa de mora, cujo percentual variava segundo o momento do adimplemento.

Somente há que se falar em aplicação de multa de ofício aos fatos geradores ocorridos após a vigência da MP nº 449/08, a qual acrescentou a Lei nº 8.212/91 o art. 35A que prevê expressamente que nos casos de lançamento de ofício das contribuições sociais previstas no art. 11 do mesmo diploma aplicar-se-á o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96 multa de ofício de 75%, podendo esta ser majorada a 150% caso ocorram as hipóteses de qualificação.

Desse modo, antes da edição da Medida Provisória nº 449/08, aos fatos geradores que ensejavam aplicação de penalidade pelo atraso ou pelo não pagamento das contribuições sociais aplicava-se multa de mora em percentual que variava, conforme data do efetivo pagamento, de 24% à 100% (art. 35, II e III da Lei 8.212/91 com redação anterior à Lei nº 10.941/09);

Após a Medida Provisória nº 449/08, nos termos do art. 61, a multa de mora é única e fixada em trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96).

Em face do exposto, dou provimento ao recurso para reduzir a multa para 0,33%, por dia de atraso, limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96);

Em face do exposto, dou provimento aos embargos para que sejam excluídas da fundamentação do Acórdão embargado os itens que tratam da aplicação da multa agravada no percentual de 150% e da redução da multa punitiva. Da mesma forma, deve ser corrigido o erro material da ementa da decisão quando menciona como assunto o "imposto de renda pessoa física", quando a matéria em discussão refere-se às contribuições sociais previdenciárias.

(Assinado digitalmente)

Júnia Roberta Gouveia Sampaio

