



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

Processo nº 10120.004323/2007-44
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2402-02.042 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2011
Matéria Auto de Infração - Dirigente Público
Recorrente SEBASTIÃO RIBEIRO DE ARAÚJO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 06/01/2004 a 20/07/2004

Agente público. Dirigente de autarquia municipal solidariedade. Ônus da administração de identificar a responsabilidade do devedor, nos termos do art. 137, do ctn. Vício no lançamento tributário. Omissão no processo tributário administrativo. Anistia introduzida pela lei 11.941/09. Precedentes da turma. Recurso provido

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso

Júlio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Tiago Gomes De Carvalho Pinto - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Ribeiro Miguel Ribeiro Domingues e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração n.º 37.055.582-1 lavrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil em desfavor de SEBASTIÃO RIBEIRO DE ARAÚJO, na figura de Diretor-Geral da Autarquia Municipal “Instituto de Assistência Médica dos Servidores de Senador Canedo” – IAMESC, nos períodos de 06.01.2004 a 20.07.2004, em virtude de ter infringido o disposto no art. 32, I, da Lei n.º 8.212/1991, combinado com art. 225, I, §9º, do Decreto n.º 3.048/1999.

Segundo o Relatório Fiscal de fls. 05/06, o IAMESC deixou de preparar, nos períodos de 01.2004 a 07.2004, as folhas de pagamento, conforme os padrões e normas estabelecidos pela legislação previdenciária de regência, das remunerações pagas ou creditadas aos segurados regidos pelo Regime Geral da Previdência Social, deixando inclusive de declarar os prestadores de serviços autônomos.

Com base em tais fatos, a Fiscalização aplicou o disposto no art. 41 da Lei n.º 8.212/1991 ao caso concreto, para embasar o entendimento de que o dirigente do órgão ou da entidade da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal é pessoalmente responsável pela multa aplicada por infração aos dispositivos da legislação previdenciária.

Cientificado da autuação em 27.06.2007 (intimação pessoal de fl. 01), o contribuinte, apresentou, tempestivamente, a Impugnação ao Auto de Infração de fls. 40/50, alegando, em síntese: a) a ausência de responsabilidade pessoal por infração gerada pelo Município de Senador Canedo/GO, sendo que a responsabilidade deve ser imputada ao IAMESC e não ao Agente Político, conforme dispõe o art. 3º da Lei n.º 9.476/97, além do que o art. 41 da Lei n.º 8.212/1991 ofende o previsto no art. 37, §6º, da CF/88, bem como ao art. 137, I, do CTN; b) a preparação das folhas de pagamento era e é de responsabilidade do Departamento de Pessoal do IAMESC.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília/DF proferiu decisão julgando procedente o lançamento (fls. 60/65), sob o argumento de que, em se tratando de órgão público, o dirigente responde pessoalmente pelo período envolvido na infração, em consonância com o disposto no art. 41 da Lei n.º 8.212/1991.

Inconformado com a decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso tempestivo (fls. 71/83), por via do qual manifesta sua plena discordância da infração que sobre ele recaiu baseando-se, para tanto, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória.

Os autos foram encaminhados ao antigo 2º Conselho de Contribuintes, tendo sido posteriormente redistribuídos à 4ª Câmara da 2ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Tiago Gomes de Carvalho Pinto, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Segundo o relatório que integra esta autuação, a Fiscalização teria verificado, em relação ao período autuado (01.2004 a 07.2004), a responsabilidade pessoal do contribuinte, na figura de Diretor-Geral da Autarquia Municipal Instituto de Assistência Médica dos Servidores de Senador Canedo – IAMESC, em virtude da suposta infringência ao disposto no art. 32, I, da Lei n.º 8.212/1991, combinado com art. 225, I, §9º, do Decreto n.º 3.048/1999.

Sustenta o recorrente que, ao contrário do que consta na decisão recorrida, o mesmo sequer tem condições de aferir a veracidade das alegações fiscais, eis que já não é mais gestor do IAMESC.

Ademais, também não era o responsável pela confecção das folhas, motivo pelo qual não pode figurar no pólo passivo da autuação. Ou seja, a responsabilidade deve ser imputada ao próprio IAMESC e não pessoalmente ao Agente Político em questão.

Analisando os fundamentos jurídicos e fáticos atinentes à questão, tenho para mim que razão lhe assiste.

Com base no entendimento da Fiscalização, o instituto da responsabilidade solidária permitiria a constituição do crédito sobre o Agente Político sem que houvesse a fiscalização prévia do órgão público dotado de personalidade jurídica – pela qual ele (agente) respondia – e sem que se verificasse a real existência do inadimplemento da obrigação.

Dispõe o art. 42 da Lei n.º 8.212/1991 o seguinte:

“Art. 42. Os administradores de autarquias e fundações públicas, criadas e mantidas pelo Poder Público, de empresas públicas e de sociedades de

economia mista sujeitas ao controle da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que se encontrarem em mora, por mais de 30 (trinta) dias, no recolhimento das contribuições previstas nesta Lei, tornam-se solidariamente responsáveis pelo respectivo pagamento, ficando ainda sujeitos às proibições do art. 1º e às sanções dos arts. 4º e 7º do Decreto-lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968.” (grifou-se)

Com efeito, durante os períodos fiscalizados, o Recorrente se encontrava empossado no cargo em comissão de Diretor Geral do IAMESC, de modo que, a princípio, tinha responsabilidade pelos fatos ora autuados.

A orientação dos Tribunais Superiores tem considerado que, sendo a empresa pública municipal dotada de personalidade e de patrimônio próprios, distintos do respectivo Município, não pode ao Chefe do Poder Executivo Municipal ser imputada a responsabilidade solidária prevista no art. 42 da Lei n.º 8.212/91, mas sim, em tese, ao dirigente daquela (STJ, REsp n.º 236.902/RN, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJ 11.03.2002).

No entanto, não há se falar na inclusão do ora Recorrente, na qualidade de Diretor geral da autarquia municipal, como responsável principal pelo suposto débito, posto que ausentes os requisitos que autorizam tal medida.

Seja porque não fora sequer suscitada no processo administrativo que deu origem à exigência fiscal a prática de atos ilícitos – e que deveria, a teor da teoria geral do lançamento tributário – e porque também não houve demonstração de que tenha sido praticados atos com excesso de poderes ou infração de lei, nos termos do art. 137 do CTN.

A rigor, o inciso I do art. 137 do CTN exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto no art. 41 da Lei n.º 8.212/91, devendo, pois, ser demonstrada a culpabilidade do respectivo dirigente, e, isto, repita-se, na fase administrativa antecedente à imputação e constituição do crédito tributário, vale dizer, no momento idôneo e adequado do que se vale o lançamento (art. 142, CTN),.

É nesse sentido, frise-se, a jurisprudência pacífica do STJ e do TRF da 1ª Região, senão veja-se:

“INFORMAÇÕES. AGENTE POLÍTICO: PREFEITO. RESPONSABILIDADE PESSOAL. DEMONSTRAÇÃO DA CULPABILIDADE. NECESSIDADE. PRECEDENTE. ART. 41 DA LEI Nº 8.212/91. ALTERAÇÃO PELA LEI Nº 9.476/97.

I - *"O artigo 137, I, do CTN, exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto nos artigos 41 e 50, da Lei 8.212/91"* (REsp nº 236.902/RN, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 11/03/02), devendo, pois, ser demonstrada a culpabilidade do respectivo dirigente.

II - A Lei nº 9.476/97 alterou o disposto no artigo 41 da Lei nº 8.212/91, vetando-o, e anistiando os agentes políticos e os dirigentes de órgãos públicos estaduais, do Distrito Federal e municipais a quem porventura tenham sido impostas penalidades pecuniárias decorrentes daquele artigo.

III - Recurso improvido.” (REsp n.º 838.549, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 28.09.2006)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. PREFEITO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. O inciso I do artigo 137 do CTN exclui expressamente a responsabilidade pessoal daqueles que agem no exercício regular do mandato, sobrepondo-se tal norma ao disposto nos artigos 41 da Lei n. 8.212/91, devendo, pois, ser demonstrada a culpabilidade do respectivo dirigente (REsp n. 838549/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 28/09/2006, pág. 225).

2. O art. 41 da Lei n. 8.212/1991 foi revogado pela Medida Provisória n. 449, de 03/12/2008.

3. Remessa oficial não provida.

4. Peças liberadas pelo Relator, em 20/10/2009, para publicação do acórdão.” (REO n.º 2008.01.99.063509-9/GO, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Conv. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (conv.), Sétima Turma, DJ 29.10.2009)

Como visto, a alegada responsabilidade no caso em análise é de natureza solidária, sendo que a Fiscalização em nenhum momento buscou comprovar junto ao IAMESC a correção dos recolhimentos das contribuições previdenciárias por ele efetuados.

A Fiscalização não pode, fazendo equivocado uso do instituto jurídico da responsabilidade solidária, eximir-se de sua obrigação de averiguar junto ao contribuinte a correção em seus recolhimentos (que, diga de passagem, é dotado de personalidade jurídica própria), para depois verificar a configuração de algum débito que possa ser atribuído ao responsável solidário.

Como bem anotado por LEANDRO PAULSEN a respeito da Administração prezar-se em constituir, regularmente, via lançamento tributário, o crédito que reputa ter, assim se manifestou:

“No sentido da necessidade de clareza na identificação do fato gerador e no cálculo do tributo, há referência expressa na lei de custeio da Seguridade Social: “a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem” (art. 37, da Lei 8.212/91)” (Curso de Direito Tributário, Livraria do Advogado, Ed., Porto Alegre, 2008, p. 170)

É cediço, portanto, que o instituto da responsabilidade solidária foi aplicado de forma incorreta no presente caso. A Fiscalização não buscou comprovar junto ao IAMESC (devedor principal) a incorreção dos recolhimentos das contribuições previdenciárias por ele efetuados. Não há indicação no PTA correspondente qualquer elemento ou demonstração deste ônus probatório por parte da Administração fazendária.

Tenho para mim que a cobrança da contribuição previdenciária, ainda que por falta de descumprimento de obrigação acessória, nos termos do §2º do art. 113 do CTN, sem que a Fiscalização apure previamente a efetiva dívida fiscal perante o responsável principal (no caso, o IAMESC), pode importar em enriquecimento ilícito dos cofres públicos, eis que tal prática poderá levar à exigência da contribuição em duplicidade, posto que a Fiscalização em nenhum momento leva em conta a possibilidade de prévio recolhimento das exações.

Mostra-se desarrazoada, portanto, a imputação ao dirigente da entidade pública da multa em discussão.

Por outro lado, convém salientar que a responsabilidade pessoal do dirigente tinha fundamento legal expresso no art. 41 da Lei nº 8.212/1991; entretanto tal dispositivo foi revogado por meio do art. 79 da Lei n.º 11.941/2009:

“Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição.”
(Revogado pela Lei n.º 11.941, de 2009)

O procedimento administrativo do lançamento deve-se reportar sempre a lei vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, conforme dispõe art. 144 do CTN. Ocorre que existem situações em que o próprio CTN, especificamente em seu art. 106, autoriza excepcionalmente que fatos pretéritos sejam regulados pela legislação futura, tratando-se do fenômeno da retroatividade benigna. Vejam-se as disposições do mencionado dispositivo legal:

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente Interpretativa, excluída a aplicação da 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.”

O legislador complementar consagrou a regra da retroatividade da Lei mais favorável, autorizando assim que a penalidade seja readequada para seguir o tratamento mais benéfico ao contribuinte.

Para o caso em análise, como a MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, revogou o dispositivo legal que amparava a responsabilização pessoal do dirigente de órgão público pelo descumprimento de obrigações acessórias tributárias, sem dúvidas, percebe-se que é norma mais benéfica ao sujeito passivo, devendo, por isso, ser aplicada ao caso em concreto.

Nesse caso, a lei deixou de definir as faltas relativas ao cumprimento das obrigações acessórias tributárias como ilícitos administrativos para os dirigentes, de modo que se deve aplicar a nova legislação aos processos ainda não definitivamente julgados, os quais se refiram às autuações lavradas com base no art. 41 da Lei nº 8.212/1991, cancelando-se, por mais esse motivo, as penalidades decorrentes.

Cito, por oportuno, entendimento já manifestado por esta 2ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF (destaque presente no original):

“PREVIDENCIÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO CONTRA DIRIGENTES DE ÓRGÃOS PÚBLICOS. ART. 41 DA LEI Nº 8.212/1991. REVOGAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA. CANCELAMENTO DAS PENALIDADES APLICADAS.

Com a revogação do art. 41 da Lei nº 8.212/1991 pela MP nº 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, as multas, em processos pendentes de julgamento, aplicadas com fulcro no dispositivo revogado devem ser canceladas, posto que a lei nova excluiu os dirigentes de órgãos públicos da responsabilidade pessoal por infrações à legislação previdenciária.

Com isso, a responsabilidade pessoal do dirigente público pelo descumprimento de obrigação acessória, no exercício da função pública, encontra-se revogada, passando o próprio ente público a responder pela mesma.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.” (Recurso nº 249.128 – PTA nº 36474.005653/2006-50 – Rel. Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Sessão de 10.06.2010)

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o recurso interposto, em razão da incorreta aplicação da responsabilidade solidária no caso concreto, bem como pelo fato de

que, nos termos do art. 137, I, do CTN, somente há de ser imposta penalidade ao contribuinte quando demonstrada a intenção ou negligência grave do respectivo dirigente, sob pena da adoção indiscriminada da responsabilidade fiscal objetiva, até porque, nos termos da MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, deve ser afastado do pólo passivo da obrigação tributária o dirigente de órgão público, em verdadeira anistia fiscal, tudo nos moldes do que já explicitado.

É como voto.

Tiago Gomes De Carvalho Pinto