



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

Processo nº 11444.000739/2007-01
Recurso nº 515.766 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.966 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MARIA JOSÉ ROSSATO ROLIM MARÍLIA ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2006 a 01/03/2007

DOCUMENTOS APREENDIDOS. DEVOLUÇÃO. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. EFEITOS. APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA.

A devolução ao sujeito passivo de documentos apreendidos que guardam relação com as contribuições lançadas, seguida da reabertura do prazo regulamentar para apresentação de defesa, representam providências aptas à regularização do feito e asseguram ao sujeito passivo o pleno exercício do contraditório, não se caracterizando o cerceamento ao seu direito de defesa.

MULTA. MATÉRIA NÃO ESPANCADA EM SEDE DE RECURSO VOLUNTÁRIO. MANUTENÇÃO. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao Recurso, no mérito, para que se mantenha a multa aplicada, nos termos do voto do (a) Redator (a). Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em retificar a multa, nos termos do voto do Relator. II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso Voluntário nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do (a) Relator(a). Redator: Wilson Antonio de Souza Correa.

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio de Souza Corrêa - Relator designado.

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Mauro Jose Silva, Damiao Cordeiro de Moraes, Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete De Oliveira Barros e Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa **MARIA JOSÉ ROSSATO ROLIM MARÍLIA ME** em face da decisão que julgou procedente em parte o lançamento fiscal do débito apresentado.

2. Conforme consta do relatório fiscal (f. 32), a autuação se deu em razão das contribuições lançadas na presente NFLD DEBCAD 37.106.217-9, referente ao período de 08/2006 a 03/2007 e correspondem a:

*“- à parte da empresa, incidentes sobre o total das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais;
- ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho – RAT, incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados;
- às outras entidades e Fundos (SESC, SENAC, SEBRAE, Salário Educação e INCRA) incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados;
- às contribuições devidas pelos segurados empregados, não retidas, conforme faixas salariais, respeitado o limite máximo de salário-de-contribuição, como demonstradas nas fls. 46 a 48”.*

3. Os fatos geradores que embasam o lançamento fiscal foram extraídos conforme abaixo:

“Recibos de pagamentos, “extrafolha”, efetuados aos segurados empregados devidamente inscritos no estabelecimento filial, relacionados no anexo I (f. 46) levantamento EXT; aos segurados empregados, não inscritos perante a previdência social, discriminados no anexo II (f. 47), levantamento SNI; e remunerações arbitradas, para segurados que foram considerados empregados e que possuem evidente indício de prestação do serviço laboral continuado, relacionados no anexo III (f. 48), levantamento ARB”.

4. Houve aferição indireta nos períodos 09/2006 e 12/2006, conforme discriminado no anexo II (f. 47), por ter o fiscal considerado a existência de vínculo laboral continuado e realização de pagamentos a empregados segurados por “pagamentos separados”, ou seja fora da contabilidade.

5. Consta no relatório fiscal que a empresa foi excluída a partir do dia 1º/11/2003, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES). Não consta nos autos nenhuma contestação por parte da requerente a sua retirada do Sistema.

6. Com o intuito de assegurar ao contribuinte o direito de defesa foram devolvidos os documentos apreendidos pela fiscalização e reaberto o prazo para a interposição de defesa (fls. 114 e 115). A empresa solidária não foi intimada da reabertura de prazo.

7. O acórdão de primeira instância julgou o lançamento procedente em parte, para excluir as contribuições destinadas a terceiros, retificando os valores originalmente lançados. A emenda do julgado restou expresso conforme abaixo:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.

DOCUMENTOS APREENDIDOS. DEVOLUÇÃO. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A devolução ao sujeito passivo de documentos apreendidos que guardam relação com as contribuições lançadas, seguida da reabertura do prazo regulamentar para apresentação de defesa, representam providências aptas à regularização do feito e asseguram ao sujeito passivo o pleno exercício do contraditório, não se caracterizando o cerceamento ao seu direito de defesa.

IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. EFEITOS.

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

TERCEIROS. SOLIDARIEDADE.

Excluem-se da responsabilidade solidária as contribuições sociais destinadas a outras entidades ou fundos (Terceiros).

- De acordo com o art. 178, parágrafo 2º, I da Instrução Normativa SRP 03/2005:

“Art. 178. São Solidariamente obrigadas as pessoas que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação previdenciária principal e as expressamente designadas por lei como tal.

(...)

§2º Excluem-se da responsabilidade solidária:

I – as contribuições sociais destinadas a outras entidades ou fundos”

Lançamento Procedente em Parte” (f. 123)

8. Buscando reverter a decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo, às ff. 133/134, aduzindo em síntese:

- a) preliminarmente, a requerente declara que não conhece como verdadeiros os fatos e valores que aqui foram lavrados, devido à falta substancial de provas documentais;

-
- b) assume toda responsabilidade dos fatos narrados pela fiscalização e informa que o recurso voluntário serve tanto para o devedor solidário quanto para a recorrente;
 - c) no mérito, defende o contribuinte a impugnação total do lançamento, visto que na data da lavratura do referido Auto de Infração, não haviam sido devolvidos pelo agente fiscal, os documentos fiscalizados, os quais serviram de base para o levantamento do débito em questão; e
 - d) por fim, pugna pela revisão nos levantamentos feitos pela fiscalização, tendo em vista que inúmeros documentos, devolvidos posteriormente, não são reconhecidos pela empresa.

9. O fisco não apresentou contrarrazões e os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento deste Conselho.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes - Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, tendo em vista que atende aos pressupostos legais de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES

2. Inicialmente afastado eventual nulidade por falta de intimação do responsável solidário do “Termo de Devolução de Documentos Apreendidos e de Reabertura de Prazo de Impugnação”, tendo em vista que o interesse registrado no referido termo era apenas para a primeira recorrente MARIA JOSÉ ROSSATO ROLIM MARÍLIA ME. Além do mais a recorrente interpôs o recurso em seu nome e da empresa solidária sem contestar o procedimento adotado pelo fisco e nem demonstrou qualquer prejuízo ao pleno desenvolvimento da sua defesa (f. 134).

DA IMPUGNAÇÃO TOTAL DO LANÇAMENTO

3. Conforme expressamente previsto no art. 17 do Decreto n ° 70.235, redação conferida pela Lei n ° 9.532 de 1997, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. De acordo com o previsto no inciso III do art. 16 do Decreto n ° 70.235, a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

A redação do art. 17 do Decreto n ° 70.235 retrata o disposto no art. 302 do Código de Processo Civil, nestas palavras:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I. se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II. se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III. se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

4. Desse modo, analisando o Decreto n ° 70.235 e o Código de Processo Civil, o sujeito passivo tem o ônus da impugnação específica e, caso esta não seja efetuada, considerar-se-ão verdadeiros os fatos apontados pela fiscalização federal. Além de gerar a

preclusão processual, não podendo ser alegada a matéria em grau de recurso, em função da exigência prevista no art. 16, inciso III do Decreto nº 70.235.

5. Sendo assim, a impugnação genérica declarada pela requerente não procede.

DO PREJUÍZO DA RECORRENTE QUANTO AOS DOCUMENTOS APREENDIDOS

6. Sustenta a recorrente que o Auto de Infração não pode subsistir tendo em vista que os documentos que embasaram o lançamento foram apreendidos pelo fisco e entregues somente após a paralisação de suas atividades. Considera ainda que tal fato *“comprometeu seriamente qualquer ato de defesa por parte da empresa”* (f. 134).

7. No entanto, compulsando os autos, resta comprovado que os documentos apreendidos pela fiscalização foram devolvidos e reaberto um novo prazo para interposição de defesa. Entretanto a impugnante não formulou qualquer nova alegação, mesmo tendo os elementos necessários para a elaboração da defesa específica dos itens da sua discordância.

8. Dessa forma, não vislumbro qualquer prejuízo suportado pela recorrente, tendo em vista que ao devolver os documentos, a fiscalização saneou a irregularidade do referido processo, conforme registrado no “Termo de Devolução de Documentos Apreendidos e de Reabertura de Prazo de Impugnação” (fls. 114 e 115).

DO NÃO RECONHECIMENTO DOS FATOS GERADORES

9. A recorrente alega que não são verdadeiros os fatos e valores que foram lançados na NFLD e pugna pela revisão dos mesmos, tendo em vista que a empresa não reconhece vários documentos devolvidos posteriormente pelo fisco.

10. Segundo o que foi detalhado no relatório fiscal, não há como aceitar o não reconhecimento dos fatos e valores lançados por conta da falta de provas documentais, visto que os lançamentos foram retirados de documentos elaborados pela própria recorrente.

11. Feita essas considerações entendo que a decisão recorrida não merece qualquer reparo, uma vez que afasta substancialmente os argumentos trazidos pela empresa para contestar o lançamento fiscal.

DA MULTA APLICADA

12. Por fim, sobre a multa aplicada, torna-se importante apreciar, de ofício, matéria, tendo em vista se tratar de questão de ordem. Dessa forma, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

13. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“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.”

14. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.

(...)

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

15. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

16. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

Processo nº 11444.000739/2007-01
Acórdão n.º **2301-002.966**

S2-C3T1
Fl. 146

CONCLUSÃO

17 . Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO mantendo incólume os lançamentos ora hostilizados.

Damião Cordeiro de Moraes – Relator

(assinado digitalmente)

Voto Vencedor

Wilson Antonio de Souza Corrêa – Relator Designado

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS. MULTA.

Urge tratar das matérias não suscitadas no Recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão extra petita, como são os casos da aplicação de multas não anatematizadas pelos recorrentes, e que antes tinham o meu pronunciamento, independente de se objurgada em peça recursiva ou não, mas que amadureço pela razão acima, haja vista não considerar a multa matéria de ordem pública.

Evoluo meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

A multa, antes pensava este singelo julgador, se tratar de matéria de ordem pública, e como tal não estavam sujeitas à preclusão, podendo ser alegadas e julgadas em qualquer momento do tramitar processual, influenciando decisiva e imperativamente na formação da coisa julgada.

Mas, restava-me, para um julgar percuciente, a definição do que seja matéria de ordem pública.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênia para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do

conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assuma um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. 'Ex vi' Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não 'representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano'.

Processo nº 11444.000739/2007-01
Acórdão n.º **2301-002.966**

S2-C3T1
Fl. 148

Wilson Antonio de Souza Corrêa – Relator Designado
(assinado digitalmente)



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA em 30/01/2013 22:06:51.

Documento autenticado digitalmente por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA em 30/01/2013.

Documento assinado digitalmente por: MARCELO OLIVEIRA em 08/07/2013, DAMIAO CORDEIRO DE MORAES em 02/07/2013 e WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA em 30/01/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 24/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP24.0919.10538.66JC

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

BB00121D683F539C8D4FFC28C6BEF79487476634