



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

Processo n° 11516.724173/2013-56
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2201-003.554 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de abril de 2017
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrentes ESTADO DE DE SANTA CATARINA - PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/03/2011

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARTIGO 124, I DO CTN. INTERESSE COMUM NO FATO GERADOR. INTELIGÊNCIA

O interesse comum no fato gerador ocorre quando há pluralidade de pessoas concorrendo para a prática do fato imponible. Exsurge o interesse comum na relação de trabalho quando há seleção de pessoas, operacionalização da contratação e do pagamento e controle da qualidade da prestação de serviços da pessoa física contratada.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADORA. CABIMENTO.

Para que haja a aplicação do percentual em dobro da multa de ofício é necessário que o Fisco comprove a prática, pelo sujeito passivo, de ação dolosa de sonegação, fraude ou conluio, consoante a disposição da Lei nº 9.430/96 .

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REMUNERADOS POR PESSOA FÍSICA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. SUJEIÇÃO PASSIVA.

Existindo prestação de serviços remunerados de pessoa física para outrem, haverá incidência de contribuição social previdenciária, devida não só pelo trabalhador como também pelo tomador dessa prestação de serviços. É sujeito passivo da obrigação tributária aquele a quem o trabalho aproveita, que precisou da prestação de serviços para cumprir sua obrigação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de ofício para dar-lhe provimento parcial, restabelecendo a responsabilidade

solidária da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, OAB/SC. Quanto ao recurso voluntário, em conhecê-lo, rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, negar-lhe provimento.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator.

EDITADO EM: 20/04/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton Da Silva Risso, Carlos Alberto Do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra

Relatório

Trata-se de recurso de ofício e voluntário interpostos contra a decisão de primeiro grau que manteve parcialmente o crédito tributário constituído por meio de auto de infração (folhas 03 do processo digitalizado), referente às contribuições previdenciárias .

Os motivos ensejadores do lançamento tributário se encontram no Relatório Fiscal (fls 24). Na ação fiscal foram constituídos os seguintes documentos de crédito:

- **Auto de Infração - Debcad nº 51.053.865-7**, no valor de **R\$ 18.337.013,80, atualizado até dezembro de 2013**, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à contribuição patronal incidente sobre os valores pagos, no período de janeiro de 2009 até março de 2011, aos segurados contribuintes individuais, constante do presente processo administrativo.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.053.866-5**, no valor de **R\$ 6.854.094,62, atualizado até dezembro de 2013**, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à contribuição não descontada do segurado incidente sobre os valores pagos, no período de janeiro de 2009 até março de 2011, aos contribuintes individuais, constante do presente processo administrativo.
- **Auto de Infração - Debcad nº 51.053.867-3**, no valor de **R\$ 4.432.113,30, atualizado até dezembro de 2013**, referente ao valor do tributo, juros e multa de ofício, relativo à contribuição descontada do segurado incidente sobre os valores pagos, no período de janeiro de 2009 até março de 2011, aos contribuintes individuais, constante do presente processo administrativo
- **No processo administrativo 11516.724172/2013-10** foram lançados os valores relativos à contribuição patronal e do segurado incidente

sobre os valores pagos, **no período de janeiro até dezembro de 2008**, aos contribuintes individuais.

- **No processo administrativo 11516.724175/2013-45** foram lançados os valores relativos à contribuição patronal e do segurado incidente sobre os valores pagos, **no período de maio de 2011 até dezembro de 2012**, aos contribuintes individuais

O crédito constituído, como dito, refere-se ao período de janeiro de 2009 a março de 2011 e se aperfeiçoou com a ciência pessoal do contribuinte e do responsável solidário, em 17 de dezembro de 2013.

Irresignados, o contribuinte e o devedor solidário apresentam, tempestivamente, impugnação ao lançamento (fls. 10599 e 10671, respectivamente), em 15 de janeiro de 2014. A 7ª Turma da DRJ em Ribeirão Preto, em 24 de junho de 2014, dá parcial procedência à impugnação apresentada, proferindo a decisão consubstanciada no Acórdão de Impugnação 14-51.077 (fls 12043), no qual já apresenta recurso de ofício. Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/03/2011

CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

A empresa ou equiparada é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados contribuintes individuais a seu serviço.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

A empresa ou equiparada é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados contribuintes individuais a seu serviço e recolher o produto arrecadado.

MULTA QUALIFICADA. NÃO CARACTERIZADA HIPÓTESE DE APLICAÇÃO.

Para que seja aplicável a multa qualificada na alíquota de 150%, deve estar efetivamente caracterizada na conduta do sujeito passivo ao menos uma das hipóteses preconizadas no art. 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. NÃO RECONHECIMENTO.

É admitida a imputação da responsabilidade tributária solidária à pessoa física ou jurídica que tenha interesse

comum na situação que constitua o fato gerador cabendo, no entanto, demonstrar-se a existência do inequívoco interesse comum.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.

O acórdão cuja ementa reproduzimos, tem o seguinte relatório, que adoto por sua clareza e precisão (fls 12038):

Detalha a fiscalização em continuidade, no item 3.1 do REFISC, toda a documentação e informações solicitadas à OAB SC através dos competentes Termo de Início de Fiscalização e Termos de Intimação Fiscal – TIF e o que foi apresentado pela OAB SC; no item 3.2 do REFISC, registra a documentação e informações solicitadas a PGE e o efetivamente apresentado, e, no item 3.3, registra a documentação e informações solicitadas à SJC e o apresentado. Segundo o REFISC, toda a documentação e informações prestadas fazem parte do presente processo, conforme identificação atribuída pela fiscalização.

Na seqüência, a fiscalização faz um breve histórico da legislação que rege a Advocacia Dativa em Santa Catarina. Neste contexto, dispõe que:

- A defensoria Pública foi contemplada no art. 134 da Constituição Federal como instituição fundamental ao Estado e objetiva assegurar ao cidadão o pleno exercício dos seus direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, a igualdade e a justiça, em todos os sentidos, dos mais necessitados. Transcreve artigo.

- Apesar de ser uma obrigação exclusiva dos Entes Estatais, no Estado de SC esteve disciplinada pela Lei Complementar Estadual nº 155/97, que instituiu a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, atribuindo à OAB-SC a organização desses serviços,

estando ainda obrigada ao controle e pagamento dos serviços prestados pelos advogados que se inscreveram para prestar esses serviços.

- O regime e a forma de remuneração dos advogados dativos foram estabelecidos nos parágrafos 3º e 4º do art. 4º da Lei Complementar nº 155, de 1997, onde se observa que os recursos destinados aos pagamentos pela prestação de serviços dos advogados são repassados pelo Estado de Santa Catarina à OAB-SC, em conta bancária específica, a qual deve prestar contas trimestralmente ao Estado;

- Pela prestação destes serviços, nos termos do art. 5º da Lei Complementar nº 155/97, a OAB-SC é remunerada no montante de 10% do valor recebido do Estado de Santa Catarina, a título de indenização pelas despesas decorrentes da execução da citada Lei Complementar;

- Além de elaborar a lista dos advogados que exercerão a Advocacia Dativa (art. 1º, parágrafo 1º, da Lei Complementar nº

155/97) e remunerá-los pelo serviço prestado, era também de competência da OAB-SC o controle, a fiscalização, a organização e o credenciamento dos profissionais que exercerão a atividade de advocacia dativa nos termos do art. 19 da LC nº 155/97, transcreve-o;

- após a edição da Lei Complementar citada, foi firmado o Convênio nº 67/2005, de 20/12/2005, entre o Poder Judiciário de SC e a OAB SC com o objetivo de "viabilização de desenvolvimento de sistema de informática visando gerenciar os procedimentos relativos à Assistência Judiciária e Defensoria Dativa que entre si fazem o Estado de Santa Catarina por intermédio do Poder Judiciário e a Ordem dos Advogados do Brasil/Seção de Santa Catarina (Doc. 20).

- Destaca a cláusula décima do citado Convênio, que define o papel da OAB SC no tocante à escolha do profissional a ser indicado para a prestação de serviços. Nas razões para a implantação do novo sistema eletrônico chamado SAJ/Aj para indicação e nomeação do Defensor Dativo, consta que cumpre a OAB SC organizar as listas dos profissionais aptos à prestação de serviços.

- Em 14/03/2012, através da ADI 3.892 (doc. 33) a Lei Complementar nº 155/97 foi declarada inconstitucional pelo STF, tendo sido determinado ao Estado de Santa Catarina a criação da Defensoria Dativa própria, no prazo de um ano, período em que ainda permaneceu em vigor a Lei Complementar. O período objeto da ação fiscal em análise, estava em plena vigência a referida Lei Complementar.

- Na seqüência, a fiscalização no capítulo V do REFISC, traz os procedimentos da OAB SC. Apresenta os pilares básicos em que se fundamenta o modelo da Defensoria Dativa em SC, conforme constante no sítio da internet da OAB SC. Resume o papel de cada parte envolvida:

* Advogado: Acessa o sítio do Tribunal de Justiça e se inscreve na modalidade que deseja atuar;

* Entrevista: Realizada pelo setor existente em cada comarca e operado por um servidor da OAB ou do TJSC.

* Nomeação do Advogado: Magistrado acessa o sistema SAJ/Aj e nomeia por via digital.

* Após a fixação da remuneração, os Cartórios emitem Certidões de URH que habilitam o advogado a receber a remuneração do Estado pelos serviços prestados e as enviam à OAB SC que tem a incumbência de manter o registro desses documentos e informações.

* Mensalmente o Estado deve promover o repasse à OAB SC do numerário suficiente ao pagamento dos serviços dos advogados, e a OAB SC credita o valor

em conta corrente de cada advogado.

- Através do Termo de Intimação Fiscal - TIF nº 02 (Doc. 08), a OAB SC foi intimada a prestar os seguintes esclarecimentos, respondendo através do Ofício nº 478 (Doc. 09):

Quesito a) *O critério da escolha do Advogado atuante na Defensoria Dativa, bem como o responsável pela indicação do profissional quando da atuação jurídica no período abrangido pela fiscalização;*

Resposta: *O critério de escolha e o responsável pela indicação do profissional durante o período em que vigorou a Defensoria Dativa era o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, através dos Fóruns pelos assistentes sociais.*

Quesito b) *Como foram definidos os valores dos serviços prestados;*

Resposta: *Os valores estão estabelecidos na Lei Complementar n — 155/97 do Estado de Santa Catarina.*

Quesito c) *Como são controlados os valores dos serviços prestados, qual sistema utilizado para referido controle, bem como o responsável pela alimentação do mesmo, inclusive quando do reconhecimento do valor devido como na liquidação;*

Resposta: *Todas as etapas acima são de competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Os valores dos serviços prestados são estabelecidos na sentença do processo que o Juiz definiu de acordo com a Lei Complementar. O sistema utilizado é o SAJ, que possui um módulo chamado “Assistência Judiciária”. A alimentação do sistema é feita pelo TJSC, inclusive com a checagem de valores devidos.*

Quesito d) *Como se dá a prestação de contas dos valores recebidos pelo Governo do Estado de SC e quais as Secretarias envolvidas;*

Resposta: *Se dá através do relatório de prestação de contas que é encaminhado após o pagamento aos Advogados, ao órgão do Governo Responsável, que foram respectivamente a Procuradoria Geral do Estado (até o mês de julho de 2011) e a Secretaria de Justiça e Cidadania.*

Quesito e) *Detalhadamente o papel da OAB-SC na organização da prestação de serviços da Advocacia Dativa e a remuneração recebida para tal fim.*

Resposta: *O papel da OAB/SC era de organizar a relação de Advogados com os valores a serem recebidos pelo Governo do Estrado. Esta organização consistia em receber as certidões emitidas pelo TJSC aos Advogados que vinham até a OAB SC, apresentavam a certidão a qual era efetuada a checagem junto ao sistema do TJSC, e em seguida encaminhava para o pagamento, assim que liberado o repasse pelo Estado. Os valores para cada advogado após o repasse era efetuado pela OAB/SC de forma discricionária. Para este serviço, a OAB/SC recebia o valor percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor*

total pago pelo Governo do Estado, conforme determinado no artigo 5º da LC nº 155/97.

Quesito f) *Apresentar os documentos (atas, memorandos, mensagens eletrônicas etc.) no qual foi determinado o desconto dos 11% a título de contribuição previdenciária quando do pagamento ao Profissional, apresentando os recibos assinados pelos mesmos caracterizando tal desconto.*

Resposta: *Em resposta ao Item 2. temos a informar à Vossa Senhoria, que a atual diretoria tomou posse no dia 01 de Janeiro do corrente. Constatamos logo no início da gestão a insuficiência de informações deixadas pela Diretoria anterior em vários setores como tesouraria e secretaria. Tendo em vista que não conseguimos encontrar os documentos solicitados no prazo determinado, solicitamos a prorrogação no prazo de 30 (trinta) dias para entregar os documentos solicitados ou justificar a não entrega. Informamos que foi aberto procedimento interno no intuito de verificar onde se encontram, ou foram arquivados diversos documentos da OAB/SC, sendo que a Chefe de Secretaria informou o que segue nas declarações anexas (Doc. 10).*

Quesito g) *Apresentar as GPS - Guias da Previdência Social relativo ao recolhimento os 11% retidos da remuneração dos Advogados ou, na falta, explicar qual o destino dado aos montantes retidos;*

Resposta: *Como mencionado anteriormente, não possuímos os registros ou dados referentes ao pagamento dos recolhimento dos 11% retidos da*

remuneração uma vez que, o Decreto Estadual nº 3.470 de 23 de agosto de 2010, dispôs sobre a provisão para contingência de recursos destinados ao recolhimento das parcelas relativas ao Imposto e Renda pessoa física e à Contribuição Previdenciária do INSS sobre os valores repassados pela OAB/SC aos advogados que exercem a Defensoria Dativa e a Assistência Judiciária Gratuita no Estado de Santa Catarina, retendo estes valores quando efetuado o repasse para o pagamento dos Advogados.

- Através do TIF nº 03 (Doc. 18), a OAB SC foi intimada a prestar os seguintes esclarecimentos, respondidos através do Ofício nº 569 (Doc. 22):

Quesito 1: *Informar quem é o responsável pelo cumprimento das acessórias de preenchimento da GFIP - Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social e da DIRF - Declaração sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte;*

Resposta: *No que tange aos contribuintes individuais, Advogados prestadores de serviço da Defensoria Dativa, as informações de GFIP, FGTS e IRRF não são processadas pela OAB/SC;*

Quesito 2: Informar quem procede a retenção dos 11% da contribuição à previdência social, quando do pagamentos aos Contribuintes Individuais - advogados, bem como as contas bancárias em que referidos valores ficaram retidos até o recolhimento e/ou onde referidos recursos foram empregados, com as devidas justificativas;

Resposta: No que tange aos contribuintes individuais, advogados prestadores de serviço da Defensoria Dativa, de 2008 a agosto de 2010, não houve retenção. A partir de setembro de 2010, por força do Decreto Estadual nº 3.470/10, o Governo do Estado de Santa Catarina, passou a reter valores a título de contingenciamento da contribuição previdenciária.

Quesito 3: Informar quem é o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, inclusive as retidas dos segurados, e do Imposto de Renda na Fonte Retido;

Resposta: No que tange aos contribuintes individuais, advogados prestadores de serviço da Defensoria Dativa, não sabemos informar.

- Através do TIF nº 04 (Doc. 23), a OAB SC foi novamente intimada a prestar os seguintes esclarecimentos, respondidos através do Ofício nº 583 (Doc. 24):

Quesito 2: Informar o destino dado ao valor retido dos contribuintes individuais no montante de R\$ 5.736.548,00 constante da listagem citada;

Resposta: De acordo com a informação já fornecida no Ofício nº 478/2013-GP, tentamos obter tais informações nos documentos internos da OAB/SC mas a tentativa restou inexitosa. Como mencionado no expediente, não possuímos os registros contábeis com as informações pertinentes a estas retenções, que foram praticadas e de responsabilidade da Administração anterior, pois como foi dito a atual diretoria assumiu a gestão em 01/01/2013;

Quesito3: Resposta quanto à intimação constante do item "2" do Termo de Intimação Fiscal nº 2013/01520-05 02 no qual através do Ofício nº 478/2013- GP, de 28/10/2013, foi solicitado prorrogação do prazo vencido em 28/11/2013.

Resposta: Ratificamos a informação do Ofício nº 478/2013-GP, informando e juntando ao presente, o protocolo nº 08490.01974/2013-69 e a cópia integral do Ofício nº 568/2013-GP, encaminhado a Superintendência da Polícia Federal em Santa Catarina, comunicando o extravio dos documentos fiscais pertinentes e da contabilidade no período anterior.

- Em continuidade, dispõe a fiscalização no capítulo VI do REFISC sobre os procedimentos do Governo de Santa Catarina – PGE e SJC. Informa que foram apresentados quesitos quanto a operacionalização da contratação e pagamentos dos profissionais da Defensoria Dativa, conforme se transcreve:

a) Informar os valores totais mensais de repasses à Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, no período objeto da diligência, com vistas ao pagamento dos advogados atuantes na Defensoria Dativa, objeto da Lei Complementar Estadual nº 155/97;

b) Informar quem é órgão responsável pela contratação dos advogados atuantes e como se dá o controle dos serviços prestados;

c) Informar quem efetivamente realiza os pagamentos aos advogados, bem como quem é o responsável pelo cumprimento das obrigações acessórias de preenchimento da GFIP - Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social e da DIRF - Declaração sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte;

d) Informar quem é o responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, inclusive as retidas dos segurados, e do Imposto de Renda na Fonte Retido;

- Através do Ofício GABS n. 1866/13, de 04/12/2012 (Doe. 28) o Secretário de Estado Justiça e Cidadania e o Procurador Geral do Estado assim se manifestaram:

1) que "tanto o funcionamento do sistema de Defensoria Dativa quanto o encaminhamento de repasses financeiros ocorreram nos exatos termos da Lei Complementar Estadual n. 155, de 15 de abril de 1977";

2) que "o Estado de Santa Catarina, durante todo o período indagado, não teve nenhuma relação direta, contratual, extracontratual ou financeira com os advogados designados pelos magistrados, no exercício da função judicante, para desenvolver quaisquer dos atos previstos na ler". (grifo nosso);

3) que "diante disso, a resposta as indagações contidas nos itens 1.b, 1.c e 1.d encontra-se nos arts. 4º e 7º da Lei Complementar n. 155/97".

Conclui a auditoria fiscal que o Governo do Estado de Santa Catarina não se manifestou efetivamente quanto à responsabilidade das obrigações principais e acessórias, quando da contratação e pagamentos dos profissionais atuantes na Defensoria Dativa. Ainda no Ofício GABS n. 1866/13, tem-se a informação que as atividades da OAB SC são as previstas no art. 19 da Lei Complementar 155/97. Conclui ainda que a fiscalização técnica e as atividades da Defensoria Pública não eram realizadas pelo Estado e sim somente a financeira, cabendo-lhe apenas o repasse dos recursos e a prestação de contas.

- Fato gerador e sujeito passivo da obrigação tributária. Dispõe sobre as questões primordiais a serem definidas: i) se os pagamentos em discussão se constituem fato gerador da contribuição previdenciária e ii) quem seria o sujeito passivo da obrigação tributária. Traz artigos 114 e 115 do CTN, aduz que o

fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços remunerada por advogados, na condição de contribuintes individuais, quando do atendimento do cidadão carente. Transcreve art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, art. 51 da Instrução Normativa RFB - IN nº 971/2009, que substituiu a Instrução Normativa SRP – IN nº 3/2005, art. 52 da mesma IN nº 971/2009, art. 121 do CTN, concluindo a fiscalização que resta claro que a prestação de serviços por contribuintes individuais à empresa e/ou equiparada, inclusive os órgãos da administração pública constituem-se em fato gerador da contribuição previdenciária, sendo que o sujeito passivo responsável pelas contribuições devidas são aqueles que tenham relação com o objeto da contratação dos serviços.

- Das conclusões da Auditoria Fiscal. Resume a fiscalização no Capítulo VIII do REFISC as informações obtidas durante o procedimento fiscal, dispondo que teceu comentários sobre o histórico da Defensoria Dativa no Estado de Santa Catarina, no qual foram descritas as obrigações da OAB-SC, quanto à gestão deste importante serviço prestado a população, consubstanciada na Lei Complementar Estadual nº 155/97, o modus operandi que envolve a entrevista e inscrição do profissional do direito nas ferramentas do SAJ-Aj, a escolha dos profissionais para prestarem os serviços, através dos Magistrados do Tribunal de Justiça, o reconhecimento e os registros dos valores atribuídos, o repasse das verbas para pagamento dos advogados, por parte do Governo do Estado à OAB-SC e a comissão recebida por esta para gerenciar o programa. Resume ainda o funcionamento do programa, as respostas dos órgãos envolvidos aos quesitos formulados, concluindo que a situação sui generis demonstrada indica que há uma prestação de serviços que se constitui em fato gerador de contribuição previdenciária, que a Defensoria Dativa, por impositivo constitucional é de responsabilidade do Estado, o qual no período fiscalizado terceirizou a gestão do programa para a OAB SC.

Transcreve o art. 57 da IN RFB nº 971/2009, que em seu § 14º dispõe que é responsável pelo recolhimento da contribuição patronal o órgão ao qual incumbe o pagamento da remuneração.

Aduz que a Lei Complementar Estadual nº 439/09 alterou o art. 3º da Lei Complementar Estadual nº 155/97, sendo taxativa que a remuneração dos advogados dar-se-ia pelo Estado de Santa Catarina. Já o Decreto Estadual nº 3.470, de 23/08/2010, atesta a controvérsia sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores repassados à OAB SC e quem seria o sujeito passivo responsável pelo seu recolhimento, estabelecendo um contingenciamento de recursos para esse recolhimento, caso necessário, valores retidos a título de provisão. Junta comunicado existente no sítio da OAB SC, que trata de acordo feito entre o Governo de SC e a OAB SC para pagamento dos valores atrasados devidos aos advogados dativos, no qual é ratificado ser o Estado o responsável pelo recolhimento do IRRF e o pagamento das contribuições previdenciárias, apresenta quadro demonstrativo.

Diante de todo esse quadro, conclui a fiscalização, item 8.12 do REFISC:

8.12 - Diante desse quadro, da OAB-SC ser a responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas, visto previsão legal contida no Art. 57 da IN/RFB nº 971/09 (Item 8.9) e o Governo do Estado de Santa Catarina ter editado Decreto prevendo o contingenciamento das obrigações patronais pela contratação de contribuintes individuais (Item 8.10), conseqüentemente **infere-se que o Governo de Santa Catarina é o devedor principal das obrigações devidas e a OAB-SC é solidária no presente crédito apurado**, não só pelos ditames da IN/RFB nº 971/09, bem como por ter retidos dos profissionais que atuaram os 11% da contribuição individual nos termos do Art. 4º da Lei nº 10.666/2003.

Informa em continuidade o REFISC que as bases de cálculo das contribuições previdenciárias lançadas são os valores repassados pelo Governo de Santa Catarina à OAB SC, valores reproduzidos nos Anexos I a V e resumidos no Anexo VI.

- Das contribuições previdenciárias retidas dos advogados. Dispõe a auditoria fiscal que através do TIF nº 01 a OAB SC apresentou relação dos valores pagos aos advogados, onde constatou a fiscalização que ocorreram valores retidos dos contribuintes individuais, nos termos do Art. 4º da Lei nº 10.666/2003, conforme Anexo VI por ela elaborado. Resume que a OAB SC informou que o Governo de SC passou a proceder a retenção das contribuições dos advogados, a título de contingenciamento, em virtude do Decreto nº 3.470/2010, de 23/08/2010, que informou que não sabia quem era o responsável pelos recolhimentos dessas contribuições devidas e, em outro Ofício, que quanto ao destino da retenção efetuada no montante informado (R\$ 5.736.548,00) aduz que não foi possível obter tais informações que teriam sido praticadas pela Administração anterior. Conclui a fiscalização, que ficou comprovado de forma inequívoca a retenção efetuada das contribuições individuais dos advogados e não repassadas à Previdência Social, tendo sido emitida Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP, por apropriação indébita, responsabilizando os dirigentes da OAB SC. Registra ainda o auditor fiscal que não foi possível caracterizar o referido procedimento na escrita contábil da OAB SC, uma vez que não lhe foram apresentados os respectivos documentos, e também nos balancetes dos anos de 2008 a 2011 não é possível identificar onde foram lançadas as retenções efetuadas pela OAB SC, idem nos Livros Diário e Razão de 2012.

- Da sujeição passiva solidária. Novamente dispendo sobre o papel da OAB SC no gerenciamento dos serviços da Defensoria Dativa, aliado ao fato dela ser a responsável pelo recolhimento das contribuições devidas, nos termos do art. 57, § 14, da IN RFB 971/09, inclusive as retidas e não repassadas aos cofres públicos, com a devida comprovação material dos fatos, conclui que a OAB SC tem interesse comum na redução das obrigações tributárias, passando a ser solidária nos termos do inciso I, do art. 124, do CTN.

- *Da decadência. Por não terem sido declarados em GFIP os pagamentos realizados no ano de 2008, por nenhum dos órgãos envolvidos, se enquadra a regra da decadência no inciso I do art. 173 do CTN.*

- *Informa a auditoria fiscal acerca da multa aplicada nos presentes processos, dispondo que relativamente às contribuições patronais a multa aplicada foi de 75% nos termos do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, e, que relativamente às contribuições dos segurados contribuintes individuais descontadas de suas remunerações, a multa aplicada foi de 150%, nos termos do § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96.*

Discorre ainda sobre os documentos analisados, os demais Autos lavrados na mesma ação fiscal, a documentação anexa ao AIOP e sobre a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP

As autuadas, científicas dos lançamentos, apresentam impugnações tempestivas, alegando, em síntese, que:

1 – OAB SC.

- *A Lei Complementar nº 155/97 instituiu a Defensoria Dativa em SC, criando um regime de colaboração entre o Estado e a OAB SC, cujas atribuições estavam bem delimitadas pela referida lei. Enquanto o Estado remunerava os profissionais, a OAB SC limitava-se a organizar o cadastro destes, por possuir e fiscalizar seus registros, e distribuir os valores repassados periodicamente pelo ente pagador, mediante verba indenizatória de 10% do valor repassado. O Estado sempre foi o único responsável legal pelo pagamento da remuneração dos defensores dativos, e, por consequência, pelos encargos decorrentes. A OAB SC, mera repassadora de valores, não está obrigada, nem mesmo na forma solidária, ao recolhimento dos valores lançados, já que não contratou os trabalhos, não definiu a remuneração, não é fonte financeira ou econômica dos recursos, e obviamente, nunca foi legalmente obrigada a efetuar a referida retenção e recolhimento. Não existe relação jurídico tributária entre OAB SC e União Federal/Previdência Social.*

- *Discorre sobre procedimento fiscal anterior em termos similares ao presente, onde a OAB SC foi considerada contribuinte principal, e a 5ª Turma da DRJ Florianópolis declarou nulo o lançamento ante a ilegitimidade passiva, transcreve parte da decisão:*

"Destarte, considerando haver fato gerador de contribuição previdenciária, por força da prestação de serviços demonstrada, todavia, tendo sido lavrado o auto de infração em nome de pessoa diversa da relação obrigacional tributária, que deveria ser o Estado de Santa Catarina, entendo que deve ser reconhecida, por vício formal, a nulidade do lançamento, sem prejuízo de nova constituição do crédito."

Mesmo que o recurso de ofício ainda esteja pendente de julgamento no CARF, a própria Receita Federal do Brasil - RFB firmou entendimento que a pessoa responsável pela obrigação tributária é o Estado de Santa Catarina, o que torna

absolutamente ilegítima a presente autuação da OAB SC, na condição de responsável solidária.

- O Estado de SC criou através do Decreto nº 3.470, de 23/08/2010, um fundo para eventual cobertura de contingências relativas à contribuição previdenciária, sob incumbência da PGE. Desde então, o valor global repassado à OAB SC para pagamento dos defensores dativos já contempla a retenção para compor a referida provisão de contingência. Assim, a partir de 09/2010 até 12/2012, por força do Decreto, a OAB SC repassou aos advogados os respectivos pagamentos já com o desconto de 11% realizado pelo Estado na fonte, sendo assinados recibos no qual deram quitação do valor e ciência da retenção. E conclui:

Frise-se que a OAB nunca realizou a retenção, mas apenas repassou aos advogados os valores já com o desconto realizado na fonte pelo Estado. Não há, portanto, qualquer ato de sonegação ou de apropriação indébita, seja por parte da OAB ou de seus antigos dirigentes, primeiramente porque foi o próprio Estado quem realizou as retenções, como lhe cabia, e ainda porque todos os valores repassados pelo ente pagador foram integralmente transmitidos aos advogados, não restando nenhum valor em posse da entidade, como será demonstrado adiante.

- Direito. Dispõe sobre a fundamentação legal trazida pela fiscalização, em especial o art. 22, inciso III, da Lei nº 8.212/91, registrando que o Estado de SC é quem assume o pagamento dos advogados, porquanto obrigado constitucionalmente a oferecer assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, cabe a ele o recolhimento dos respectivos tributos. Discorre a obrigação constitucional do Estado supra mencionada, sobre a Lei Complementar nº 155/97, transcreve os artigos 3º e 4º da lei, onde se constata que a remuneração dos advogados é feita pelo Estado de Santa Catarina e o Poder Executivo consignará dotação específica para atender os encargos decorrentes da referida Lei.

- Entendeu a auditoria fiscal que a OAB SC seria responsável solidária pelo pagamento do tributo, com base no art. 124, inciso I, do CTN, e citou para tanto, o art. 57, § 14, da IN RFB 971/2009, e, embora tenha concluído que a Lei Complementar nº 155/97, na redação da Lei Estadual nº 439/09 é taxativa que a remuneração dos advogados dar-se-ia pelo Estado de Santa Catarina, contraditoriamente presumiu que o Decreto nº 3.470/2010 indicaria controvérsia sobre quem seria o sujeito passivo responsável pelo recolhimento destas contribuições, razão pela qual indicou a OAB SC como solidária. Ocorre que a expedição deste Decreto confirma a responsabilidade única e exclusiva do Estado de Santa Catarina, eis que determinou a provisão de recursos próprios previamente à transferência dos valores destinados à OAB SC, para eventual cobertura de contingências relativas às contribuições previdenciárias. E o fez, porque a própria RFB entendeu ser o Estado de Santa Catarina

que remunera os advogados dativos, no Acórdão nº 07-16.217 – 5ª Turma DRJ/FNS.

- Como se vê o auditor fiscal extrapolou ao promover interpretação extensiva do art. 124, inciso I, do CTN, pois não se apresenta caracterizado o interesse comum citado na norma. Traz decisões do TJSC dispendo sobre o dever do Estado pagar honorários ao advogado nomeado defensor dativo. Discorre fartamente sobre o tema.

- Ressalta que o Estado de Santa Catarina mantém entendimento da não incidência do tributo sobre a prestação de serviços da Defensoria Pública, razão pela qual decidiu não efetuar os recolhimentos e sim provisioná-los. Neste contexto, questionado pela OAB SC acerca das retenções realizadas, houve a manifestação da PGE através do Parecer 080/12, de 13/03/2012, cópia anexa à impugnação, onde se verifica seu entendimento que devem ser imunes da contribuição previdenciária os entes públicos em decorrência do fato de prestarem serviços que transcendem, quer o assistencialismo, quer a benemerência, e, nesse sentido discorre no documento.

- Cita que o art. 22, III, da Lei nº 8.212/91 traz obrigação para as empresas tomadoras de serviços, ou seja, trata-se de imposição que abrange apenas os pagamentos efetuados a segurados individuais a seu serviço. Desta forma, é evidente que tal obrigação não se aplica à OAB-SC, nem sequer sob a forma solidária, pois esta não é contratante ou tomadora dos serviços prestados pelos advogados da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, mas, conforme demonstrado acima, apenas auxilia na lista de profissionais aptos à prestação dos serviços e, nos termos da Lei Complementar nº 155/97, gerenciava a distribuição das remunerações devidas a cada advogado pelo Estado de Santa Catarina, mediante prestação de contas trimestral. Aduz ainda que a Lei Complementar Estadual nº 391/2007 define expressamente que quem designa o defensor dativo é o juiz e quem o remunera é o Estado, através de um fundo destinado a complementar os recursos financeiros indispensáveis ao pagamento dos advogados que exercem a Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita. Cita também os artigos 6º e 8º da mesma Lei, sobre a gestão do fundo pelo próprio Procurador Geral do Estado.

- Aborda conceitos legais e doutrinários do contribuinte e do responsável, citando art. 121 do CTN, art. 4º, § 2º, da Instrução Normativa INSS nº 71, de 10/05/2002, registrando que a transferência de responsabilidade e a solidariedade não se presumem, ao contrário, conforme o art. 128 do CTN. Alega ainda que se o inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212/91 estipulou apenas ao tomador de serviço a obrigação de recolher a contribuição patronal incidente sobre a remuneração paga aos contribuintes individuais a seu serviço, e se em momento algum qualquer lei transferiu tal responsabilidade ao repassador dos valores, constata-se que tal dever impõe-se tão somente ao Estado de Santa Catarina, verdadeiro contratante dos defensores dativos, e não à OAB-SC, simples transmissora dos pagamentos.

- *Contribuição descontada do segurado contribuinte individual. O art. 4º da Lei nº 10.666/2003 trouxe nova obrigação para as empresas tomadoras de serviços, que abrange apenas os pagamentos efetuados pela empresa ou equiparada a segurados contribuintes individuais a seus serviços. Portanto, tal qual a cota patronal, essa obrigação não se aplica à OAB SC mera repassadora de valores, já que o contratante dos serviços prestados pelos advogados dativos é o Estado de Santa Catarina.*

- *Cita novamente o decreto nº 3.470/2010, que dispõe sobre a provisão para contingência de recursos destinados ao recolhimento, se for o caso, das parcelas relativas à contribuição previdenciária sobre os valores repassados pela OAB SC aos advogados que exercem a Defensoria Dativa e a Assistência Judiciária Gratuita no Estado de Santa Catarina. Confirma que a partir de 09/2009 do valor global remetido à OAB SC, o Estado previamente reteve uma parte para compor a referida provisão de contingência, de modo que foi repassado ao advogado o valor já com o desconto de 11%. Logo, a OAB SC só replicou ao contribuinte individual a retenção feita pelo Estado. Em continuidade à sua defesa, cita a ação proposta por advogado que visava a restituição do valor retido pelo Estado a título de contribuição previdenciária, com a ação direcionada exclusivamente contra o Estado de Santa Catarina, cuja contestação não arguiu preliminar de ilegitimidade passiva nem tampouco indicou a OAB SC à condição de litisconsorte, tendo o Estado defendido a retenção e a sentença proferida determinando a improcedência do pedido. Aduz ainda sobre os recibos assinados pelos advogados e a análise das prestações de contas, onde se constata que o valor pago à OAB SC era integralmente revertido para o pagamento dos advogados. Cita exemplo e conclui que diante da documentação ora acostada aos autos os valores repassados pelo Estado à OAB SC foram sempre repassados aos advogados não havendo que se falar em apropriação indébita ou sonegação fiscal.*

- *Requer que seja declarado nulo o presente lançamento em face da OAB SC ante o reconhecimento da inexistência de relação jurídico-tributária entre esta e a União Federal, eximindo-a de qualquer responsabilidade referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos advogados prestadores de serviços da Defensoria Dativa ao Estado de Santa Catarina, ante o reconhecimento que o Estado é o único responsável direto pelo recolhimento da cota patronal e responsável indireto pela retenção e recolhimento da contribuição dos advogados dativos, inexistindo previsão legal que imponha à OAB SC tal responsabilidade solidária. Requer ainda a apresentação de provas ou razões adicionais que se fizerem necessárias.*

2 – Estado de Santa Catarina.

- *A origem da imputação relaciona-se ao sistema de Defensoria Dativa criada pela Lei Complementar nº 155/97, que transferiu à OAB SC a incumbência de organizar e gerir o programa,*

receber repasses do Estado, efetuando o pagamento dos advogados privados, previamente cadastrados em seu sistema, que prestaram assistência jurídica aos hipossuficientes.

- Inocorrência do fato gerador. Não há que se falar em contribuição previdenciária quando o mero pagamento é efetuado por pessoa/entidade intermediária, não destinatária do serviço, apresenta jurisprudências relativas a plano de saúde. Discorre sobre o tema, aduz que a estrutura jurídica que envolve o caso destes autos é rigorosamente idêntica, que o Estado e a OAB SC nunca foram destinatários dos serviços prestados pelos advogados dativos, e sim os hipossuficientes.

- Transcreve o art. 22 inciso III, da Lei nº 8.212/91, e reforça que o serviço foi prestado pelos advogados dativos aos seus clientes, não foi prestado ao Estado, este apenas viabilizou o pagamento dessa elevada função social.

- O arcabouço legislativo que instituiu a Defensoria Dativa é explícito quanto ao papel do Estado de Santa Catarina no nobre mister de levar assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes. Transcreve art. 5º, inciso LXXIV e art. 134 da Constituição Federal. Em continuidade, dispõe sobre a Lei Complementar nº 155/97 que estabeleceu a Defensoria Dativa no âmbito do Estado de Santa Catarina, que em seu art. 1º deixa claro que toda a organização do programa compete a OAB SC e que os serviços seriam prestados por advogados ali devidamente cadastrados. Coube ao Estado de Santa Catarina tão somente o repasse de recursos à OAB SC, que era responsável pelo pagamento dos advogados prestadores dos serviços advocatícios. Traz art. 4º da mesma Lei.

- É cristalino que a relação de serviços travou-se entre necessitado e advogado privado, e não entre este e o Estado. E se o advogado dativo não presta serviços ao Estado de Santa Catarina não há a incidência de inciso III do art. 22 da Lei nº 8.212/91. Se a pessoa física não arca com contribuição previdenciária quando contrata advogados, o mesmo ocorre em face daquele que atua como mero intermediário pagador.

- Da ausência de responsabilidade do Estado de Santa Catarina. Na hipótese de se entender pela ocorrência de fato gerador, evidente que a sujeição passiva da relação tributária não cai sobre o Estado de Santa Catarina, mas exclusivamente sobre a OAB SC, entidade responsável pela organização de todo o sistema de Defensoria Pública e também pelo pagamento direto dos advogados privados prestadores de serviços aos necessitados. Aduz ainda que, a gestão da Defensoria Pública competia à OAB SC, não sendo de forma gratuita, já que a autarquia, a título de pagamento, permanecia com 10% do montante repassado, conforme art. 5º da Lei Complementar. Inconfundível que o Estado contou com um único prestador de serviços, a OAB SC, pagou pelo trabalho o equivalente a 10% de todos os recursos destinados à manutenção da Defensoria Dativa, portanto, os advogados prestaram serviços unicamente à OAB SC, e não ao Estado de Santa Catarina.

- O fato gerador do tributo pressupõe prestação de serviços por contribuintes individuais à empresa tomadora, assim como a obrigação de reter e recolher a contribuição do segurado contribuinte individual, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.666/2003. Reforça que o tomador dos serviços não é o Estado de Santa Catarina e sim a OAB SC.

- Para afastar qualquer desconfiância que se tenha sobre o tema, importante observar os termos do art. 4º, caput, da Lei Complementar Estadual nº 155/97, transcreve:

Art.4º. Para os fins da remuneração de que trata esta Lei, o Poder Executivo consignará, anualmente, no orçamento estadual, dotação específica para atender os encargos decorrentes, tomando-se por base as despesas efetuadas no exercício anterior.[...] [grifos nossos]

Como se vê, os repasses do Estado à OAB SC possuíam a finalidade expressa: pagamento de todos os encargos decorrentes da execução dos serviços atinentes à Defensoria Dativa. O dispositivo albergou conceito amplo, os repasses atingem a todas as incumbências, inclusive àquelas de natureza tributária. Entende que o legislador agiu com extrema cautela, já que não consignou que os repasses atenderiam ao pagamento dos honorários dos advogados dativos ou então de despesas administrativas, muito menos especificou retenções decorrentes de algum tributo. A OAB SC, como gestora do sistema, receberia os repasses orçamentários e arcaria com todos os ônus financeiros. Traz conceito de “encargo” fornecido por dicionário, entre eles, “ imposto”, “tributo”.

Caberia à OAB SC, tão logo recebesse os repasses: i) separar seu próprio pagamento – 10% do total, ii) efetuar o pagamento da contribuição previdenciária patronal – 20% do valor remanescente, iii) pagar os advogados que prestaram serviços, retendo-lhes 11% atinentes à sua cota de contribuição, ii) repassar os 11% retidos à Previdência, e iii) preencher GFIP, e encaminha-la. Essa seria a incumbência daquele que tem o dever legal de arcar com todos os encargos do programa.

Enfatiza ainda que somente a OAB SC sabia exatamente o valor a ser pago a cada advogado, ela própria disponibilizou a relação de pagamentos efetuados aos advogados. Por isso, conhecendo os destinatários, somente a OAB SC poderia proceder à retenção dos 11% devidos pelos contribuintes individuais.

Traz ainda a nota de rodapé do REFISC em sua fl. 19, assim como texto da fl. 22 do mesmo REFISC, transcrevo, respectivamente:

*"No período de 09/2010 a 12/2012 a OAB/SC, diferentemente do afirmado, procedeu a retenção dos 11% devidos pelos contribuintes individuais, conforme Capítulo X deste REFISC".
"Através do Termo de Intimação Fiscal n. 2013/01520-5-01 (Doc.1) a OAB-SC apresentou as relações dos valores pagos aos*

advogados (Doc. 6), onde constatamos que ocorreram valores retidos dos contribuintes individuais, nos termos do Art. 4o da Lei 10.666/2003, conforme Anexo VI elaborados por esta fiscalização, [negrito constante do texto original]”.

Tal retenção motivou inclusive Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP em face dos dirigentes da OAB SC. Ou seja, a obrigação era exclusiva da OAB SC.

- Não se pode alegar qualquer compromisso do Estado de Santa Catarina por força do disposto no art. 124, inciso I, do CTN. Dispõe sobre o assunto, traz manifestações doutrinárias.

- Ilegalidade da base de cálculo utilizada. Valor total repassado à OAB SC. Ofensa aos artigos 22, 28 e 30 da Lei nº 8.212/91. Falta de previsão legal. Indica a autoridade notificante que a base de cálculo considerada para a cobrança das contribuições previdenciárias foram os valores repassados pelo governo do Estado de Santa Catarina à OAB SC. Os dispositivos legais indicados para o lançamento são diferentes do utilizado, tanto para a cota patronal, como para a retenção. Assim, a fiscalização inseriu no valor cobrado verbas claramente descabidas e deixa claro que tem dúvidas sobre a existência de fato gerador, já que não conseguiu configurar em relação ao Estado de Santa Catarina, um quantum tributável em relação aos contribuintes individuais. Alega que ou utilizou-se de base de cálculo inexistente em lei ou indicou incorretamente o parâmetro adotado no documento fiscal, tanto uma situação com a outra levam à nulidade da notificação fiscal.

- Relata toda a sistemática da prestação de serviços envolvida, dispõe que não existe serviço prestado ao Estado apenas a particulares hipossuficientes, que o Estado não efetuou nenhum pagamento direto aos advogados, pois sequer tinha conhecimento prévio de quem receberia os valores e os valores repassados pelo Estado para pagamento do sistema, se houvesse tributo a recolher, deveriam ser utilizados para isso pelo responsável pelo sistema.

- Trata do conceito de sujeito passivo constante no art. 121 do CTN, dispondo que não possui relação nenhuma com os supostos fatos geradores e, menos ainda, uma relação pessoal e direta.

- Reforça que os repasse à OAB SC incluía todas as despesas referentes ao sistema da Defensoria Dativa, não apenas os valores que futuramente chegariam na conta do advogado, inclusive a parcela referente à contribuição previdenciária, o que leva a conclusão que o Estado não possui nenhuma relação com os fatos noticiados no lançamento e a base de cálculo das contribuições previdenciárias além de ilegal, é exorbitante.

- Necessidade de se verificar se algum advogado já recolhia pelo teto. Determina a lei que deva se verificar, antes de se fazer a retenção de um contribuinte individual, se ele já recolhia pelo teto da Previdência Social. Os advogados deveriam ser chamados para apontar outras fontes pagadoras e, a inocorrência deste procedimento implica em inarredável ilegalidade, excesso de exação e enriquecimento sem causa por

parte da Fazenda Nacional, o que acarreta a nulidade da notificação.

- Juros e penalidade de multa. O Estado de Santa Catarina vem há mais de 40 anos remunerando os defensores dativos pelos serviços jurídicos que prestam aos necessitados, sem qualquer dúvida sobre a não ocorrência do fato gerador do tributo ora pleiteado. Se por mais de 40 anos a Fazenda Federal quedou-se inerte não pode repentinamente cobrar juros e impor penalidade de multa como se o devedor tributário fosse aquele que, de modo contumaz, deixa de cumprir suas obrigações tributárias. Cita e transcreve art. 100, do CTN, que no inciso III, trata das práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas. Portanto, é vedada a aplicação da penalidade de multa e cobrança de juros por força do artigo supracitado. No caso de dúvida da fiscalização sobre qual ente deveria recolher o tributo, deve ser aplicado o art. 112 do CTN. Aduz que não é o Estado e sim a OAB SC que deve ser responsabilizada pela infração. Ainda dispõe sobre o efeito confiscatória da multa aplicada.

Ainda dispõe acerca da impossibilidade de multa em dobro para a contribuição previdenciária descontada, registrando que a OAB SC efetuou a partir de setembro/2010 a retenção das contribuições supostamente devidas, e, em relação a esses valores, aplicou-se a multa pelo percentual de 150% e não o de 75%. Transcreve art. 44 da Lei nº 9.430/96 e os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, reforçando que a fiscalização entendeu que houve dolo configurador de sonegação ou fraude fiscal. Está clara a inexistência de intenção deliberada dos agentes envolvidos de impedirem ou retardarem o recolhimento da contribuição previdenciária, o que houve foi uma providência acautelatória no escopo de resguardar as quantias que poderiam ser consideradas devidas à Previdência Social. Não houve sonegação ou fraude no caso, o que afasta a duplicação do percentual da multa. - Erro de cálculo – nulidade do lançamento. Não há segurança sobre os critérios utilizados pela fiscalização. O contribuinte não tem certeza quanto às alíquotas e índices de correção aplicados. Registra que no mês de junho/2008, haveria incorreção nos valores lançados e apresenta valores que entende corretos como devidos. Requer que se refaça integralmente os cálculos dos valores supostamente devidos, apontando-se minuciosamente os critérios e índices devidos.

- Requer:

a) o cancelamento dos autos de infração integrantes do presente processo, tendo em vista a 1) inoccorrência do fato gerador, e/ou 2) ausência de responsabilidade do Estado de Santa Catarina, e/ou 3) ilegalidade da base de cálculo utilizada, e/ou 4) impossibilidade de criação de fato gerador por ato normativo infralegal, e/ou 5) inoccorrência da sujeição passiva do Estado, e/ou 6) responsabilidade integral da OAB SC, e/ou 7) inexistência de análise quanto ao possível recolhimento acima do teto em face de cada contribuinte individual, e/ou 8)

ocorrência de flagrante erro nos cálculos que embasam os autos de infração;

b) a exclusão da multa e juros haja vista: 1) a prática reiterada da fiscalização em não tributar, 2) o fato de que o Estado não tinha o dever jurídico e condições materiais de calcular o tributo supostamente devido, e 3) a exorbitância dos valores apurados.

c) na hipótese de não serem acolhidos os pedidos anteriores, o refazimento dos cálculos, atentando-se: 1) para os valores recolhidos pelos contribuintes individuais que eventualmente tenham superado o teto legal, e 2) para o equívoco indicado no item 10 desta impugnação.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a intimação da autoridade fiscalizadora para que junte aos autos documentos que demonstrem o recolhimento previdenciário de cada contribuinte individual, notadamente aqueles que efetuaram no intervalo, pagamentos no limite máximo da contribuição."

A devedora solidária foi cientificada da decisão que lhe favoreceu, por via postal, em 23 de julho de 2014 (AR fls. 12089), sobre a qual não se manifestou.

Ciente da decisão que parcialmente contrariou seus interesses, em 23 de julho de 2014 (fls. 12088), o Contribuinte apresenta recurso voluntário em 15 de agosto (fls. 12091), do qual constam, em regra, os mesmos argumentos.

Por sorteio eletrônico, o presente processo foi para mim distribuído.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA

Os recursos preenchem as condições de admissibilidade. Porém, antes de passar a apreciá-los, necessário fixar algumas premissas que conduzirão a decisão.

Como relatado, o crédito tributário lançado decorre da ausência de recolhimento de contribuição previdenciária, tanto da quota patronal quanto da devida pelo segurado, incidente sobre os valores pagos aos advogados que atuaram como dativos, defensores públicos "*ad hoc*", segurados contribuintes individuais segundo a Lei de Custeio da Previdência Social.

Importa realçar que a atuação desses segurados decorre da Lei Complementar Estadual nº 155/97, que atribuiu à Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Santa Catarina - OAB/SC - a organização da Defensoria Pública para o Governo do Estado de Santa Catarina. Vejamos o texto legal:

"Art.1º Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela

Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

*§ 1º A OAB/SC obriga-se a organizar, em todas as Comarcas do Estado, diretamente ou pelas Subseções, **listas de advogados aptos à prestação dos serviços** da Defensoria Pública e Assistência Judiciária Gratuita.*

(...)

Art.2º Os serviços da Defensoria Pública e Assistência Judiciária Gratuita serão prestados às pessoas que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e da Constituição do Estado de Santa Catarina (art. 4º, II, “e”).

(...)

Art. 3º Institui-se, nesta Lei, o regime de remuneração, pelo Estado de Santa Catarina, em favor dos advogados que, indicados em listas, na forma do art. 1º e seus parágrafos, e designados pela autoridade judiciária competente, promovam, no juízo cível, criminal, varas especializadas e por Escritura Pública lavrada por Tabelião, de que trata os arts. 982 e 1.124-A do Código de Processo Civil - CPC, a Defensoria Dativa e Assistência Judiciária às pessoas mencionadas no art. 2º.”

Art.4º Para os fins da remuneração de que trata esta Lei, o Poder Executivo consignará, anualmente, no orçamento estadual, dotação específica para atender os encargos decorrentes, tomando-se por base as despesas efetuadas no exercício anterior.

(...)

§5º Os recursos financeiros serão depositados no Banco do Estado de Santa Catarina S/A, em conta específica, vinculada à OAB/SC, vedada a transferência para outra conta ou outro estabelecimento bancário.

Art.5º A título de indenização pelas despesas decorrentes da execução desta Lei Complementar, cabe à OAB/SC a importância equivalente a 10% (dez por cento) do total dos repasses financeiros.

(...)"

A leitura do texto legal é determinante para identificarmos a ocorrência do fato gerador, o sujeito passivo e a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Segundo a Constituição Federal, artigo 195, I, 'a', é devida contribuição social previdenciária pelo empregador quando pessoa física lhe prestar serviço remunerado, qualquer que seja o vínculo laboral e a duração deste. O inciso II do mesmo artigo 195 da Carta também impõe ao trabalhador o dever de contribuir sobre a remuneração percebida pelo seu labor.

A Lei de Custeio da Previdência Social, Lei nº 8212/91, dispõe sobre os preceitos constitucionais em seus artigos 22, inciso III e 30, inciso I, imputando ao tomador de serviços a responsabilidade de, além de recolher a contribuição por ele devida, reter e recolher a contribuição do segurado empregado, avulso e do contribuinte individual.

Ora, observo que a Lei Complementar nº 155/97 do Estado de Santa Catarina determinou que o Estado, com o fulcro de prestar o serviço de Defensoria Pública, preste tais serviços por meio de advogados especializados mediante remuneração. Observo também a mencionada Lei Complementar determinou que tais serviços serão organizados pela OAB/SC, especificando suas atribuições.

Das observações, podemos afirmar que há - por expressa determinação legal - o dever do Estado de Santa Catarina de contratar pessoas físicas para a prestação de serviços advocatícios para os cidadãos que preenchem os requisitos legais.

Essa constatação nos permite identificar com segurança a existência do fato gerador, posto que um tomador de serviços contrata uma pessoa física para que lhe preste serviços. No caso concreto, por força de Lei, o Estado de Santa Catarina, por meio de sua Procuradoria Geral, contrata advogado que lhe preste serviços como Defensor Público. A organização de tais serviços, inclusive com a confecção de listas das pessoas prestadores de serviço e o elaboração do pagamento dos serviços prestados, é realizada pela OAB/SC.

Inegável a ocorrência, no mundo fático, da hipótese de incidência das contribuições previdenciárias, quando do exercício da defensoria pública por meio do advogado, posto que há uma prestação de serviços remunerado por pessoa física. Logo, ocorre o fato gerador tributário nos exatos termos previstos nos artigos 22, III combinado com o artigo 28, III da Lei nº 8.212/91, instaurando-se a obrigação tributária,.

É o que explicitam os artigos 113 a 115 do CTN:

"Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal."

Tratando do surgimento e dos efeitos da obrigação tributária, explica o professor titular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Luís Eduardo Schoueri (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, pag 466),:

"Quando se afirma que na matéria tributária se estabelece uma obrigação, aponta-se o dever jurídico de alguém (sujeito passivo) pagar a outrem (geralmente o Estado) um valor denominado tributo"

(destaquei)

Expressos os pontos, as premissas que ainda devemos identificar, posto que verificado o fato gerador: o sujeito passivo e a base de cálculo que, ao lado da alíquota, permitem a definição do *quantum debeatur* da obrigação.

Em primeiro lugar, vamos identificar com segurança o sujeito passivo. Tal determinação é necessária - no caso concreto - em razão das disposições da Lei Complementar nº 155 que impõe ao Estado de Santa Catarina a prestação dos serviços de defensoria pública organizado pela OAB/SC, que além de elaborar a lista de trabalhadores, os remunera a partir de um fundo percebido do Estado para tanto.

Novamente precisamos recorrer à lei, posto que tributo é uma obrigação legalmente imposta. O artigo 121 do CTN estabelece:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Sujeito passivo, portanto, é aquele que tem obrigação pessoal e direta com o fato gerador. Fato gerador da contribuição previdenciária é o trabalho remunerado da pessoa física qualquer que seja a forma, contratação ou valor de remuneração.

No caso em apreço, o trabalho da pessoa física é relacional, ou seja, há um prestador de serviço e outro tomador de serviço, dito de maneira diversa, o trabalho é prestado por alguém para outrem.

O preceito da Lei de Custeio acima mencionado, artigo 22, III, trata especificamente do tema. Vejamos:

"Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;"

(negritei)

Importa ressaltar que o artigo 15 da mesma Lei nº 8.212/91, explicita:

"Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;" (negritei)

Logo, para encontrarmos o sujeito passivo - aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador - **é necessário identificarmos para quem foi prestado o serviço remunerado e quem os remunerou.**

Como dito acima, a leitura da Lei Complementar nº 155/97, espanca qualquer dúvida. Explico.

Determina a lei complementar que o Estado de Santa Catarina deve instituir sua Defensoria Pública, prevista em sua Constituição Estadual, e o faz por meio da organização da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Estadual, a quem compete selecionar e organizar listas dos profissionais que manifestarem interesse em integrar tal organização.

Tal determinação legal é suficiente para identificarmos que a pessoa física irá laborar no cumprimento de uma missão constitucional do Estado, ou seja, sua prestação de serviços se dá na necessidade do Estado de Santa Catarina. É dizer, atuando como defensor público, o advogado, segurado contribuinte individual, presta serviços para o Estado de Santa Catarina.

Muito em razão disso que o artigo 3º do mencionado diploma complementar explicita que o Estado de Santa Catarina instituirá regime de remuneração em favor dos advogados que promoverem no juízo cível, criminal e várias especializadas a defensoria dativa e a assistência judiciária.

De tais constatações é forçoso reconhecer que a prestação de serviços remunerados pelos contribuintes individuais ocorre para o Estado de Santa Catarina, que - por óbvio - tem relação pessoal e direta com o fato gerador da contribuição previdenciária, se tornando por força de lei tributária, sujeito passivo dessas contribuições sociais.

Identificados o fato gerador e o sujeito passivo, resta apenas reconhecer que a base de cálculo das contribuições previdenciárias, é o valor da remuneração percebida pela pelo contribuinte individual, nos termos do inciso III tanto do artigo 22 quanto do artigo 28 da Lei de Custeio.

Assentados na ocorrência do fato gerador, e na identificação do sujeito passivo e do salário de contribuição, assim denominada a base de cálculo da contribuição previdenciária, passemos a apreciar o recurso de ofício e o voluntário na ordem de suas alegações.

RECURSO DE OFÍCIO

A decisão de piso tem a seguinte parte dispositiva (fls 12037):

"Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar procedente em parte a impugnação

apresentada pelo Estado de Santa Catarina, procedente a impugnação apresentada pela OAB SC, mantendo-se parcialmente o crédito tributário exigido e excluindo-se do pólo passivo a Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina – OAB SC (CNPJ: 82.519.190/0001-12), vinculada ao débito na qualidade de devedora solidária, tudo nos termos do Voto do Relator.

Recorre-se de ofício desta Decisão ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, nos termos da legislação vigente, em decorrência da redução da multa aplicada no AIOP Debcad nº 51.053.869-0, de 150% para 75%, e da exclusão de devedor solidário do pólo passivo dos lançamentos fiscais cujo montante total é superior ao valor de alçada." (destaquei)

Do trecho transcrito, observo que o recurso de ofício versa sobre a exclusão da OAB/SC como devedora solidária do crédito tributário lançado.

Assim se manifestou o voto condutor da decisão recorrida (fls. 12074)

Em continuidade, no capítulo XI do REFISC, a auditoria fiscal aborda especificamente a questão da responsabilização solidária da OAB SC pelos créditos tributários aqui cobrados, dispondo que tendo em vista o papel da OAB SC quanto ao gerenciamento dos serviços de Defensoria Dativa, aliado ao fato de ser a responsável pelo recolhimento das contribuições devidas, nos termos do art. 57, § 14, da IN RFB 971/2009, inclusive as retidas dos contribuintes individuais e não repassadas à Previdência Social (com a devida comprovação material dos fatos), demonstrou interesse comum na redução das obrigações tributárias, passando a ser solidária nos termos do inciso I do art. 124 do CTN, transcreve artigo:

Solidariedade

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Novamente, quanto aos aspectos da responsabilidade sobre os recolhimentos e sobre a retenção das contribuições dos contribuintes individuais, são assuntos já abordados e que não concorda este julgador com as conclusões da fiscalização no que tange à OAB SC.

Relativamente ao interesse comum previsto no art. 124, inciso I, do CTN, necessária a efetiva caracterização desse interesse na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, para que se impute a terceiros a responsabilidade solidária pelos lançamentos.

Com efeito, atinente ao instituto da solidariedade leciona Leandro Paulsen em sua conhecida obra “Constituição e

Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência” que

“ (...) a rigor, só o contribuinte é sujeito passivo da relação contributiva.

Os demais são sujeitos passivos de relações específicas de substituição ou de responsabilidade tributária, com deveres próprios cujo descumprimento pode implicar a obrigação de pagar o montante do tributo devido pelo contribuinte”. Tal é o caso da responsabilidade solidária, assim entendida quando na mesma obrigação concorre mais de um devedor, cada um obrigado à dívida toda (Código Civil, art. 896, parágrafo único).

Nesse compasso, o CTN postula que serão solidários ao contribuinte ou responsável tanto as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua fato gerador da obrigação principal (inciso I do art. 124), solidariedade factual (que é a nossa situação), quanto as pessoas expressamente designadas em lei (inciso II), solidariedade de direito.

Vê-se, desde logo, que não é fácil alcançar o conceito de ‘interesse comum’ para definição da responsabilidade solidária, posto que a lei não o delimitou.

Marcos Vinícius Néder² registra que o texto utilizou-se de expressões vagas, que demandam decisão de ordem semântica. Observemos especialmente as palavras “interesse”, que pode ser de fato ou jurídico; “comum”, cujo significado aceita diversas acepções (v.g., coincidente, usual, simples, pertencente a mais de uma pessoa); a expressão “situação que constitua o fato gerador”, que pode ser situação de fato ou de direito.

Há necessidade, portanto, de se conceituar o que seja interesse comum “na situação que constitua fato gerador da obrigação principal”. A leitura isolada dos enunciados desse artigo pode levar a interpretação de que a solidariedade aplica-se em todos os casos em que houver interesse meramente de fato na situação (v.g., interesse econômico, moral, social), ampliando em demasia a possibilidade de as autoridades fiscais atribuírem a pessoas alheias ao fato jurídico tributário a condição de devedor solidário. Na verdade, a adoção de tal interpretação representaria a subversão das prescrições constitucionais que regulam competência tributária e limitações ao poder de tributar do Estado.

...

Alf Ross³, com muita habilidade, faz distinção entre os interesses comuns e os coincidentes. Nos primeiros, as pessoas interessadas são vinculadas por circunstâncias externas

formadoras de solidariedade (consciência de grupo) que os une; enquanto, nos coincidentes, o vínculo visa apenas a uma necessidade específica (tarefa).

Já Rubens Gomes de Sousa⁴, embora ressaltando que o interesse comum das pessoas não é revelado pelo interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, deduz que “(...) é solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador ou que, em comum com outras pessoas, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem a tributação, por outras palavras (...) pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio jurídico”

No caso em comento, o fato gerador da obrigação tributária decorre do pagamento da remuneração aos segurados obrigatórios da Previdência Social. Sendo o Estado de Santa Catarina o contratante e quem remunera os advogados dativos, na execução dos serviços previstos constitucionalmente e de responsabilidade única do Estado, utilizou-se da OAB SC para organizar, ser um facilitador dos serviços de cunho eminentemente social, realizar a tarefa específica de auxiliar o Estado na prestação de serviços da Defensoria Dativa aos hipossuficientes, não há para a OAB SC a citada relação econômica com o fato que dá origem à tributação, não tira ela vantagem econômica nenhuma do negócio jurídico. Diante de todo o já explicitado nesse Voto, fica caracterizado o interesse coincidente das partes envolvidas, no sentido da realização da tarefa de se prestar serviços relativos à Defensoria Dativa aos hipossuficientes, mas não o interesse comum, necessário a configuração da responsabilidade solidária da OAB SC.

Assim, entende esse julgador que OAB SC não pode ser responsabilizada individualmente pela integral dívida tributária (o que é característica da solidariedade), ou seja, deve ser afastada a responsabilidade solidária da OAB SC relativamente aos créditos tributários lançados na presente ação fiscal, já que não caracterizado o interesse comum previsto no inciso I do art. 124 do CTN, e nem se mantém as assertivas da fiscalização no que tange à responsabilidade sobre os recolhimentos das respectivas contribuições previdenciárias e sobre a retenção das contribuições dos contribuintes individuais.”

Não se pode concordar com a decisão “a quo”. Há interesse comum entre o Estado de Santa Catarina e a OAB/SC. Senão, vejamos.

Como dito na decisão de piso, por interesse comum na ocorrência do fato gerador, deve-se entender a existência de mais um partícipe da relação jurídica tributária. Recordemos as palavras de Rubens Gomes de Souza, citadas pelo julgador de piso:

“(...) é solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador ou que, em comum com outras pessoas, esteja em relação

econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem a tributação, por outras palavras

No sentido da lição de Rubens Gomes de Souza, o exemplo clássico, o mais comum, é o de dois irmãos que sejam proprietário de um mesmo terreno urbano. Por ostentarem a condição de proprietários, os dois, mesmo que meeiros do terreno, são solidários por todo o IPTU devido.

Tal entendimento é um tanto quanto pacífico na doutrina. Schoueri (*ob. cit.*, pág 525) explicita que *"interesse comum só têm as pessoas que estão no mesmo polo na situação que constitui o fato jurídico tributário"*. Regina Helena Costa (*Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 3ª ed. pag. 212) na mesma linha, adverte:

"A solidariedade tributária, que é sempre passiva, somente pode existir entre dois sujeitos que figurem nesse polo da relação obrigacional.

Importa salientar que a solidariedade, sob este fundamento, não constitui modalidade de sujeição passiva indireta, como sustentam alguns doutrinadores, visto que os devedores solidários não são terceiros porquanto realizam a situação fática descrita na hipótese de incidência"

Assentemos. É responsável solidário aquele que tem interesse comum no fato gerador tributário, assim entendido aquele que concorreu - a partir da mesma conduta - com o sujeito passivo na consecução do fato gerador tributário.

Voltemos à imputação fiscal. Encontramos às folhas 46:

"11 - O exame de todo o relato deste REFISC, notadamente o papel da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina quanto ao papel de gerenciamento no serviços da Defensoria Dativa, aliado ao fato de ser a responsável pelo recolhimento das contribuições devidas, nos termos do Art. 57 § 14 da IN RFB nº 971/2009, inclusive as retidas dos contribuintes individuais e não repassadas à Previdência Social (com a devida comprovação material dos fatos), demonstrou o interesse comum na redução das obrigações tributárias, passando a ser "solidária" nos termos do inciso I, do art. 124 do CTN que estabelece:

(...)"

Na visão do Fisco, por ter organizado, escolhido, operacionalizado - inclusive o pagamento - e fiscalizado a prestação de serviços do contribuinte individual, exsurge o interesse comum na ocorrência do fato gerador.

Assiste razão ao Auditor Fiscal, pois a OAB/SC atuou no sentido da remuneração da pessoa física que prestava um serviço que lhe interessava.

Ao recordarmos que a hipótese de incidência das contribuições sociais previdenciárias é o trabalho remunerado da pessoa física e que - no caso em apreço - esse trabalho era se consubstanciava na atuação como advogado dativo para o Governo do Estado, com organização, escolha, operacionalização e controle por parte da Ordem dos Advogados de Santa Catarina, não cabe a menor dúvida na existência de interesse comum na ocorrência do

fato gerador, posto que parte das atividades típicas do 'tomador de serviços', do empregador em sentido amplo, era realizada pela OAB/SC.

Tanto assim o é que, a própria sujeição passiva foi objeto de análise não só pela autoridade lançadora, como também objeto de insurgência pelo sujeito passivo e pela própria OAB, o que levou a decisão de piso a enfrentar a questão.

Ora, diante dos fatos narrados não se pode admitir, como fez a decisão recorrida que não há interesse comum no fato gerador, somente interesse coincidente, quando segundo a própria doutrina de Rubens Gomes de Souza, apresentada pelo julgador de primeiro grau, se entende que “(...) **é solidária a pessoa que realiza conjuntamente com outra, ou outras pessoas, a situação que constitui o fato gerador ou que, em comum com outras pessoas, esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem a tributação, por outras palavras (...) pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio jurídico**”, ou seja, o Governo do Estado e a OAB - por força de Lei - se unem no sentido de prover a Defensoria Pública, sendo que o primeiro - obrigado a prestar o serviço - contrata quem o faz e arca com seu custo; já o segundo - legalmente designado como organizador e operacionalizador - executa todas as tarefas necessárias para que o serviço seja prestado, e é por isso remunerado.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de ofício nessa parte, determinando a manutenção da solidariedade da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, pelo crédito tributário constituído.

DA MULTA QUALIFICADA

A decisão recorrida afastou a multa qualificada aplicada pela Autoridade Lançadora, que assim motivou, no relatório fiscal, a majoração da sanção (fls.47):

"XIII - DA MULTA APLICADA

*13 - A multa aplicada relativo as contribuições patronais (01/2009 a 03/2011) e as contribuições dos contribuintes individuais **não descontadas** (01/2009 a 06/2010) correspondeu a 75% do valor devido, nos termos do inciso I, do art. 44 da lei nº 9430, de 27/12/1996*

13.1 - A multa aplicada relativo as contribuições dos contribuintes individuais descontadas dos mesmos (09/2010 a 03/2011) correspondeu a 150% do valor devido, nos termos do §1º do art. 44 da lei nº 9430, de 27/12/1996."

Examinando a questão, a turma recorrida decidiu (fls 12.080):

"Dispõe o Estado de Santa Catarina acerca da impossibilidade de multa em dobro para a contribuição previdenciária descontada, já que a fiscalização aplicou no AIOP Debcad nº 51.053.869-0 a multa pelo percentual de 150% e não o de 75%. Transcreve art. 44 da Lei nº 9.430/96 e os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, reforçando que a fiscalização entendeu que houve dolo configurador de sonegação ou fraude fiscal. Aduz ainda que está clara a inexistência de intenção deliberada dos agentes envolvidos de impedirem ou retardarem o recolhimento

da contribuição previdenciária, o que houve foi uma providência acautelatória no escopo de resguardar as quantias que poderiam ser consideradas devidas à Previdência Social, não tendo havido sonegação ou fraude no caso, o que afasta a duplicação do percentual da multa.

Observe-se que o § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430/96 prevê a aplicação de multa em percentual duplicado (150%) quando presentes alguma das hipóteses contidas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, que tratam da sonegação, fraude ou conluio, produzidos de forma dolosa. Para tanto, necessário se faz a efetiva caracterização da ocorrência de uma dessas hipóteses.

Nesse contexto, importante registrar que no REFISC não há qualquer referência às razões que levaram a fiscalização a qualificar a multa aplicada, não há a caracterização inequívoca da presença da conduta dolosa tipificada nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, pressupostos indispensáveis para a aplicação da multa no percentual de 150%.

Pelo contrário, reforce-se, nenhuma referência aos motivos que levaram à aplicação da multa do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 existe no REFISC, apenas no item 13.1 existe a informação de aplicou-se o percentual de 150% conforme dispositivo da Lei nº 9.430/96 citado.

Por ter aplicado a multa qualificada apenas no AIOP referente às contribuições previdenciárias descontadas dos segurados contribuintes individuais, pressupõe este julgador que o motivo da duplicação da multa foi a ocorrência de retenção não repassada aos cofres públicos, o que não caracteriza por si só, a conduta ensejadora da aplicação da multa com base no § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, pelo percentual de 150%.

Desta forma, não restando comprovada a conduta dolosa do contribuinte prevista na legislação acima abordada, não há que se falar em aplicar a multa qualificada no percentual de 150%, devendo ser reduzida ao patamar de 75%, conforme requereu a impugnante." (destaquei)

Não merece reparo a decisão de primeiro grau. Como muito bem asseverado, não havendo a comprovação de prática pelo sujeito passivo das condutas previstas na Lei nº 9.430/96, não se aplica a majoração da multa de ofício.

É ônus do Fisco tal comprovação.

Mera leitura dos preceitos da Lei nº 94360/96 demonstra tal necessidade:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

Por seu turno, a Lei nº 4.502/64 preceitua:

"Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72."

Havendo a ação ou omissão dolosa no sentido da fraude, da sonegação ou do conluio, termos explicitados na lei tributária, haverá a imputação da multa de ofício em dobro, consoante se observa na Lei nº 9.430/96. Logo, não se pode admitir o gravame da sanção sem a explicitação - pela Autoridade Fiscal - de qual conduta foi praticada pelo sujeito passivo e mais, a comprovação da ocorrência da conduta.

Reconheço que tal encargo é de difícil cumprimento, isto é, por vezes é oneroso ao Fisco tal comprovação, porém não se pode alargar por interpretação aquilo de o legislador optou pela explicitar na letra fria da lei.

Como bem apontado pelo julgador *a quo*, o Auditor Fiscal não só não comprovou a conduta sonegadora ou dolosa como também nem explicitou qual delas - em seu entendimento - ocorreu.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso de ofício nessa parte.

Em conclusão, voto por dar provimento parcial ao recurso de ofício para restabelecer a solidariedade passiva entre a OAB/SC e a Secretaria do Estado de Santa Catarina de Justiça e Cidadania.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Passo agora a apreciar o recurso voluntário na ordem de suas alegações.

INOCORRÊNCIA DE FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O ESTADO DE SANTA CATARINA E OS ADVOGADOS .

Segundo a Recorrente (fls. 12093), não há qualquer relação jurídica ou fática entre o Estado e os advogados, o que afasta a ocorrência do fato gerador. São seus argumentos:

"A r. Decisão recorrida afastou a afirmação de inexistência de fato gerador a ser tributado, algo que contraria a lei, a constituição federal e a jurisprudência.

Não há falar-se em contribuição previdenciária quando o mero pagamento é efetuado por pessoa/entidade intermediária, não destinatária do serviço prestado. Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica. A Corte chegou à conclusão após apreciar inúmeras demandas envolvendo planos de saúde. As seguintes ementas bem ilustram o alegado:

(...)" (negritei e sublinhei)

Não se pode concordar com as alegações da Recorrente.

Como demonstrado no preâmbulo do presente voto, o Estado de Santa Catarina, cumprindo o dever constitucionalmente imposto, instituiu sua Defensoria Pública por meio da contratação de advogados devidamente cadastrados, para atuação nas causas de interesse dos cidadãos com direito à assistência jurídica do Estado.

A Lei Complementar Estadual nº 155/97, confirma a afirmação e mais, determina que a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Santa Catarina, organize, operacionalize, controle e fiscalize a atuação desses profissionais em nome do Estado de Santa Catarina, que arca com as despesas de tal estrutura.

É nesse sentido que o fato da OAB/SC saber do quanto devido e para quem é devido o valor pela prestação de serviços a não a torna a tomadora destes, posto que tal atribuição é imposta a ela pela lei complementar, uma vez que a ela cabe toda a operacionalização da prestação dos serviços dos advogados dativos e não a destinação deste, que é como dito, o cumprimento do dever constitucional imposto ao Estado.

Assim, como foi explicitado linhas atrás, existe a prestação de serviços por pessoa física ao Estado de Santa Catarina, que remunera os trabalhadores, que atuam para que o Estado cumpra seu mister de prestar assistência jurídica aos necessitados.

Logo, recordando que a prestação de serviços remunerados por pessoa física é fato gerador de contribuição previdenciária, observo a ocorrência do fato gerador.

Por fim, importante ressaltar que as alegações de que os serviços dos advogados dativos foram prestados para a OAB/SC, já foram enfrentados anteriormente, quando da demonstração da relação entre as pessoas físicas e o Estado de Santa Catarina.

Nem se diga que **as retenções relativas às contribuições devidas pelos segurados contribuintes individuais foram realizadas pela OAB/SC.**

Sobre o tema, reproduzo a decisão de piso, que por sua clareza e precisão, conta com minha total anuência (fls 12071):

De tudo que se vê nos autos e do resumo acima, este julgador não concorda com a conclusão a que chegou a auditoria fiscal que existe comprovação inequívoca de que a OAB SC procedeu à retenção dos valores das contribuições dos contribuintes individuais, advogados dativos.

Isto porque:

- Os documentos juntados aos autos e que a própria fiscalização aponta como base para os lançamentos que efetuou, Anexos I a VI e Doc. 6, apresentam valores retidos efetivamente a partir de 09/2010 em diante.

- Informa a OAB SC que o Estado de Santa Catarina começou a proceder à retenção dos 11% a partir do Decreto Estadual nº 3.470, de 23/08/2010, publicado exatamente antes do início das retenções efetuadas, 09/2010.

Para melhor visualizarmos a questão, transcrevo trecho do referido Decreto:

"Considerando:

a) a existência de controvérsia - ainda a dirimir na esfera administrativa e judicial - sobre a incidência ou não de contribuição previdenciária sobre os valores repassados pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, aos advogados que exercem funções de Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita no Estado de Santa Catarina, bem como sobre qual seria a pessoa jurídica responsável pelo respectivo recolhimento; e

b) a decisão constante do Acórdão nº 07-16.216, da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal em Florianópolis, proferida nos Autos do Processo nº 11516.006368/2008-53, entendendo ser do Estado de Santa Catarina, e não da Ordem dos Advogados do Brasil, a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição supostamente devida, bem como a tendência de vir o Estado de Santa Catarina a receber notificação de lançamento,

DECRETA:

Art. 1- Sobre o valor transferido à Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Santa Catarina - para fins de pagamento aos advogados que exercem as funções de Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, a Secretaria de Estado da Fazenda - SEF, pelo Diretor do Tesouro, deverá fazer, previamente ao respectivo repasse, provisão para contingência em conta específica das parcelas relativas ao Imposto de Renda Pessoa Física e à Contribuição Previdenciária ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (grifos nossos)

Art. 2 - Os valores depositados a título de provisão ficarão retidos até que seja dirimida a controvérsia quanto incidência das exações fiscais e à responsabilidade pelo recolhimento, devendo qualquer imposição futura de penalidade ou juros ser suportada pelos recursos da conta específica, eximido de responsabilidade o ordenador da despesa relativa à transferência do valor a que se refere o artigo anterior.

Art. 3- Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Ora, constata-se no texto acima que ficou claramente definido que a responsabilidade pela retenção da contribuição dos advogados dativos, feita a título de provisionamento para contingência, é do Estado de Santa Catarina através do Diretor do Tesouro da Secretaria de Estado da Fazenda, e não da OAB SC, e feita antes do repasse à OAB SC. Ou seja, os valores relativos ao pagamento dos advogados dativos quando chegam à OAB SC já estão com a retenção deduzida.

De fato. Por amostragem, este julgador analisou os recibos de pagamento juntados pela fiscalização no processo, Doc. 26 e a relação dos contribuintes individuais na prestação de contas da OAB SC para com o Estado de Santa Catarina, doc. 25, e constatou que:

- O recibo de pagamento, emitido pela OAB SC, informa que o Estado de Santa Catarina pagou ao advogado, identifica a parcela retida do INSS e o valor líquido recebido pelo profissional e que o Estado reteve a contribuição de 11% do contribuinte individual.

- Pegando o recibo de André do Amaral Pereira, de fevereiro de 2012, às fls. 10.386, constata-se que ele recebeu o valor líquido de R\$ 132,61. Já na relação prestação de contas que a OAB SC faz com o Estado, às fls. 10.332, tem-se que ele recebeu os mesmos R\$ 132,61, ou seja, fica efetivamente caracterizado que o repasse foi feito dos valores líquidos, já que são esses que a OAB SC se utiliza para prestar contas.

- Da mesma forma, tem-se com o recibo de Giovana Gnecco Colombo, de julho de 2012, às fls. 10.394, e a prestação de contas às fls. 10.349, pelo valor líquido de R\$ 530,44.

Também por amostragem, cotejamos os recibos de pagamento juntados pela fiscalização e os documentos de prestação de contas da OAB SC junto ao Estado de Santa Catarina trazidos pela impugnante anexos à sua defesa, apesar destas não estarem autenticadas pela RFB. Neste contexto, também se confirma o repasse e a prestação de contas de valores líquidos repassados aos advogados dativos:

- Na competência 09/2010, tem-se às fls. 10.366 o recibo de pagamento de José Zanella, pelo montante líquido de R\$ 1.134,75, mesmo valor apresentado na prestação de contas de fls. 10.944 trazida na defesa. Na mesma competência, o advogado José Zanin recebe o mesmo valor líquido, comprovado pelo recibo de pagamento de fls. 10.368 e prestação de contas de fls. 10.944.

- Na competência 12/2010, tem-se às fls. 10.374 o recibo de pagamento de Valdir Mendes, pelo montante líquido de R\$ 1.134,75, mesmo valor apresentado na prestação de contas de fls. 11.068 trazida na defesa. Ainda, na competência 03/2011, o advogado Ronaldo Silva recebe o valor líquido de R\$ 1.223,75, comprovado pelo recibo de pagamento de fls. 10.381 e prestação de contas de fls. 11.212.

Dispõe também a fiscalização não ter identificado nos documentos fiscais apresentados, balancetes 2008 a 2011 e Livros Diário e Razão contábil 2012, onde a OAB SC lançou as retenções efetuadas, o que, pelo acima exposto, também se mostra correto, já que não procedeu à referida retenção.

- Quanto a resposta ao quesito formulado pela fiscalização relativamente ao destino da retenção efetuada no montante de R\$ 5.736.548,00 (valor, inclusive, que este julgador não logrou êxito em localizar no processo, mas que possivelmente, diante de todo o conjunto, refere-se às retenções efetuadas de 09/2010 em diante, conforme Anexo VI, cujo valor se aproxima) e que a OAB SC informa não ter sido possível obter tais informações que teriam sido praticadas pela Administração anterior, não nos parece conclusivas para, diante dos elementos acima, afirmarmos inequivocamente que a OAB SC procedeu a estas retenções. Indica, na verdade, que diante da falta de documentos para poder atender à intimação do fisco, a diretoria apontou os responsáveis por qualquer ato praticado naquele período, qual seja, a administração anterior.

Portanto, reforço, entendo não ter restado inequivocamente comprovada a retenção feita pela OAB SC nos pagamentos dos advogados dativos, conforme alega a própria OAB SC, tendo sido o Estado de Santa Catarina quem procedeu à referida retenção, em perfeita consonância com o determinado no Decreto Estadual nº 3.470, de 23/08/2010." (negritei)

Pelo exposto, e pelos motivos e fundamentos acima apresentados, nego provimento ao Recurso Voluntário nessa parte.

ILEGALIDADE DA BASE DE CÁLCULO UTILIZADA. VALOR TOTAL REPASSADO À OAB.

Sobre a base de cálculo utilizada pelo lançamento, a Recorrente alega ilegalidade. Vejamos (fls. 12105):

"O relatório da notificação fiscal, ao indicar a base de cálculo adotada para o lançamento, demonstra com clareza a incompatibilidade do parâmetro adotado com aquele previsto em lei.

Indica a autoridade notificante:

"9.1 — Foram consideradas bases de cálculo das contribuições previdenciárias os valores repassados pelo Governo do Estado de Santa Catarina à OAB-SC (Doe. 6), estando reproduzidos nos ANEXOS I a V e resumidos no ANEXO VI, valores estes que passam a ser salário-de-contribuição, nos termos do Art. 28, III da Lei n. 8.212/91"

Ora, os dispositivos legais indicados para o lançamento são flagrantemente diferentes do utilizado, seja para a contribuição previdenciária patronal quanto para passível de retenção:

(...)

Com efeito, ao indicar que foi utilizada como base de cálculo o valor repassado para a OAB pelo Estado a Receita Federal deixa claro que inseriu no valor cobrado verbas claramente descabidas e que tem dúvidas sobre a existência do fato gerador, já que não conseguiu configurar, em relação ao Estado de Santa Catarina, um quantum tributável em relação aos contribuintes individuais." (negrito não consta do recurso)

Não se pode concordar com o argumento, posto que dista da realidade fática constante dos autos.

A autoridade lançadora utilizou o valor destinado a cada contribuinte individual como salário de contribuição, nos termos da legislação vigente.

Vejamos, por pequena amostragem, o conteúdo dos anexos mencionados no recurso:

SC FLORIANOPOLIS DRF

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Fl. 393

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FLORIANÓPOLIS

ANEXO II - RELAÇÃO PAGAMENTO ADVOGADOS DA DEFENSORIA DATIVA

| Comp. | CPF | Nome | URH | Valor Total | INSS Devido |
|--------|----------------|-----------------------------------|-------|-------------|-------------|
| fev-09 | 507.230.149-49 | ABRAHÃO ALFREDO MAÑANEIRO FILHO | 23,00 | 1.173,00 | 129,03 |
| fev-09 | 038.915.429-68 | ACIR MACEDO | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |
| fev-09 | 476.802.709-10 | ACIR OLISKOWSKI | 24,50 | 1.249,50 | 137,45 |
| fev-09 | 699.087.299-34 | ACYR JOSE DA CUNHA NETO | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |
| fev-09 | 388.361.579-04 | ADALBERTO MANOEL VIEIRA | 15,00 | 765,00 | 84,15 |
| fev-09 | 374.785.089-87 | ADAO ILSON MICHLESKI | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |
| fev-09 | 218.883.109-87 | ADELENIR FERNANDES MARTINS | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |
| fev-09 | 006.006.639-30 | ADELENIR FERNANDES MARTINS JUNIOR | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |
| fev-09 | 315.982.348-20 | ADELIA ASECIO SILVA | 2,50 | 127,50 | 14,03 |
| fev-09 | 250.898.629-15 | ADELIO RODRIGUES | 25,00 | 1.275,00 | 140,25 |

SC FLORIANOPOLIS DRF

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Fl. 1367

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FLORIANÓPOLIS

ANEXO V - RELAÇÃO PAGAMENTO ADVOGADOS DA DEFENSORIA DATIVA

| Comp. | CPF | Nome | URH | Valor Total | INSS Retido |
|--------|----------------|--|-------|-------------|-------------|
| fev-12 | 404.519.507-63 | ACIR TADEU CARDOSO | 5,00 | 298,00 | 32,78 |
| fev-12 | 122.964.499-72 | ADALTO GREGORIO OSSOWSKY | 25,00 | 1.490,00 | 163,90 |
| fev-12 | 667.618.409-53 | ADAO PAULO FERREIRA | 25,00 | 1.490,00 | 163,90 |
| fev-12 | 053.068.979-08 | ADRIANA APARECIDA FREIRE BERG FAGUNDES | 10,00 | 596,00 | 65,56 |
| fev-12 | 014.398.019-08 | ADRIANA KOTZIAS PEIXOTO KLEE DE VASCONCELLOS | 25,00 | 1.490,00 | 163,90 |
| fev-12 | 593.475.629-04 | ADRIANA SILVA PACHECO PEDRO | 15,00 | 894,00 | 98,34 |
| fev-12 | 014.778.509-02 | AGAIDE ZIMMERMANN | 25,00 | 1.490,00 | 163,90 |

DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM FLORIANOPOLIS

ANEXO VI - RESUMO BASES DE CÁLCULO E CONTRIBUIÇÃO ADVOGADOS

| Comp. | Base de Cálculo | Contrib. Advogado Calculada | Contrib. Advogado Retida |
|--------|-----------------|-----------------------------|--------------------------|
| fev-08 | 44.732,09 | 4.920,53 | - |
| mar-08 | 1.966,40 | 216,30 | - |
| abr-08 | 2.710.459,29 | 298.150,52 | - |
| mai-08 | 2.132.910,78 | 234.620,19 | - |
| jun-08 | 1.179.663,17 | 239.757,02 | - |
| jul-08 | 2.699.947,14 | 296.994,19 | - |
| ago-08 | 621.588,00 | 68.374,68 | - |

Simple leitura demonstra o flagrante equívoco do Recorrente. Não foi adotado o valor repassado à OAB e sim os valores individualmente repassados, inclusive com os destaques das retenções devidas, isso a partir de quando o Recorrente passa a reconhecer a sua obrigação tributária.

Recurso voluntário negado também nessa parte.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATO GERADOR. ART. 22, 28 E 30 DA LEI 8.212/91.

Alega o Recorrente a inexistência do fato gerador, posto que, em sua visão não houve prestação de serviços para o Estado e sim para os cidadãos. Por via de consequência não houve pagamento, posto que o Estado nem tinha conhecimento prévio de quem receberia os valores e se houvesse tributo a ser recolhido isto seria de responsabilidade da OAB/SC.

O tema já foi largamente discutido no preâmbulo deste voto. Despiciendas novas considerações.

Tal desnecessidade de novo enfrentamento dos argumentos recursais, posto que enfrentados alhures, também ocorre quanto às alegações de que o Estado de Santa Catarina não é o sujeito passivo da relação jurídica tributária e de que a base de cálculo utilizada no lançamento está incorreta

Recurso voluntário negado também nessas partes.

AUSÊNCIA DE CONFERÊNCIA DA SITUAÇÃO DE CADA ADVOGADO PARA LANÇAMENTO DO TRIBUTO. NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO SE ALGUM JÁ RECOLHIA PELO TETO DE CONTRIBUIÇÃO.

Com base no artigo 28, III da Lei de Custeio, o Recorrente entende que o Fisco deveria ter verificado se cada advogado já não recolheu a contribuição por ele devida, em razão do teto estabelecido para a contribuição do segurado.

Sobre a questão, assim se pronunciou a decisão de piso (fls 12078):

"Dispõe a legislação que presume-se feita a retenção das contribuições dos contribuintes individuais pelo contratante, ou seja, é obrigação legal do Estado de Santa Catarina proceder à retenção e repasse aos cofres públicos dessa contribuição. Não o tendo feito não lhe é cabível alegar que a fiscalização deveria proceder a verificação dos recolhimentos dos advogados contribuintes individuais para se eximir dessa sua obrigação.

E ainda, é responsabilidade do contribuinte individual, caso já tenha sofrido retenção que supere ao limite legal do teto de contribuição, informar ao seu contratante e comprovar tal fato, ficando então, este contratante dispensado de proceder à referida retenção, desde que tudo devidamente comprovado. Tudo isto está acima demonstrado, e, assim, não procedem as alegações em sentido contrário do impugnante." (destaquei).

Não obstante os acertados argumentos da decisão de primeira instância, necessário ainda recordar que a dialética da provas exige que o contribuinte apresente, e comprove, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de crédito do Fisco constante do lançamento e, no caso, devidamente corroborado por provas. Tal exegese, no sentido da exigência de comprovação dos fatos alegados pelas partes constantes do processo administrativo tributário, consta do Decreto nº 70.235 em especial dos artigos 9º e 15.

Como bem apontado pela decisão de piso, não pôde o Recorrente se desvencilhar do encargo probatório, não se permitindo, portanto, admitir tal argumento.

Por ser fato modificativo do direito de crédito do Fisco, posto que há um limite legal para a contribuição do segurado, cabe ao Recorrente a comprovação de tal fato ocorreu, ou seja, que para os segurados x, y e z, não é devida a retenção da contribuição incidente sobre a remuneração por ele percebida

Tal comprovação é ônus do Recorrente, não cabendo à Administração Tributária tal encargo. Cabe à empresa o dever de reter e recolher a contribuição dos segurados que lhe prestam serviços durante o mês, consoante expressa disposição da Lei de Custeio. Para se eximir do desconto, o segurado deverá comprar ao substituto tributário (a empresa para o qual presta serviço), que houve o desconto da contribuição naquele mês por outro empregador.

Recurso voluntário negado também nessa parte

Por fim, argumenta no sentido da relevação dos juros e multas em razão da mudança de entendimento da Receita Federal do Brasil que, na visão do Recorrente, entendia que não havia tributação dos valores pagos pelo Estado aos advogados dativos por intermédio da OAB/SC. Entende ser aplicável os preceitos do CTN sobre a prática reiterada da Administração Tributária integrar a legislação tributária.

Alega ainda não ser possível imputar multa ao Estado de Santa Catarina, mero repassador de recursos à OAB/SC e aplicação do princípio do não confisco para excluir a multa.

Não se pode concordar com o Recorrente.

O surgimento da obrigação tributária, seja a principal, seja a acessória, decorre de lei. Seu inadimplemento enseja aplicação da sanção legalmente prevista, independentemente da intenção do agente.

Nesse sentido, e em face da minha total concordância com os motivos e os fundamentos da decisão de piso, reproduzo-a e tomo - com a devida permissão - como minha:

"Discorre o Estado de Santa Catarina em sua impugnação sobre os valores de juros e multas aplicadas, requerendo a não aplicação em virtude de:

i) Defensoria Dativa – pratica reiterada da fiscalização não tributar.

O Estado de Santa Catarina vem há mais de 40 anos remunerando os defensores dativos pelos serviços jurídicos que prestam aos necessitados, sem qualquer dúvida sobre a não ocorrência do fato gerador do tributo ora pleiteado. Se por mais de 40 anos a Fazenda Federal quedou-se inerte não pode repentinamente cobrar juros e impor penalidade de multa como se o devedor tributário fosse aquele que de modo contumaz deixa de cumprir suas obrigações tributárias. Cita e transcreve art. 100, do CTN, que no inciso III, trata da práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas.

Incabível seu pleito, já que o art. 100 deve ser aplicado como norma complementar às leis, não sendo aplicável na situação alegada pela autuada.

ii) Da impossibilidade de cobrança de multa do Estado de Santa Catarina.

Aduz que não é o Estado e sim a OAB SC que deve ser responsabilizada pela infração, uma vez que apenas repassa recursos à OAB SC. No caso de dúvida da fiscalização sobre ente deveria recolher o tributo, deve ser aplicado o art. 112 do CTN.

Não há dúvida por todo o exposto Voto de quem é o ente responsável pelas contribuições lançadas, não procedem suas argumentações.

iii) Da exorbitância dos valores aplicados.

No que diz respeito especificamente ao caráter confiscatório da multa aplicada nos AIOP, não se pode acatar esta tese da impugnante.

A argumentação de que a Constituição Federal proíbe o confisco, não

prospera, eis que a vedação constitucional ao confisco, antes de tudo, é dirigida ao legislador ordinário, que deve respeitá-la no processo de elaboração legislativa, cabendo às autoridades administrativas o papel de aplicar as determinações legais emanadas dos poderes competentes e zelar pelo cumprimento

das obrigações tributárias por parte dos contribuintes. O lançamento é uma atividade vinculada e obrigatória, não cabendo juízo de valor quanto a este suposto aspecto alegado pela impugnante.

Nesse contexto, há que se destacar que um dos princípios basilares da administração pública é o da legalidade, princípio que obsta a aplicação da discricionariedade pelo gestor público, ou seja, existe a obrigação de cumprir e respeitar as leis em vigor. Assim, a lei, cuja invalidade ou inconstitucionalidade não tenha sido declarada pelos órgãos competentes do Poder Judiciário, surtirá efeito enquanto vigente e será obrigatoriamente cumprida pela administração por força do ato administrativo vinculado. Não é possível, em sede administrativa, afastar a aplicação de legislação em vigor, conforme estabelece o art. 18 da Portaria RFB nº 10.875, de 16/08/2007 (DOU de 24/08/2007) e art. 26-A do Decreto 70.235/1972, acrescentado pela MP 449, de 03/12/2008, transformada na Lei nº 11.941/2009, este transcrito abaixo:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.”

Também o CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou sobre o assunto, através da Súmula CARF nº 2, comprovando o entendimento pacífico na jurisprudência administrativa:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Sendo assim, a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade ou sua ilegalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos concretos, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos competentes.

No âmbito do procedimento administrativo tributário, cabe exclusivamente verificar se o ato praticado pelo agente está, ou não, conforme a legislação, sem emitir juízo sobre a legalidade ou a constitucionalidade das normas jurídicas que embasam aquele ato.

Isto posto, não compete à instância administrativa de julgamento manifestar-se sobre eventuais violações a princípios constitucionais ou de inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivos legais, que assim não tenham sido declarados, observando-se que a atuação do fisco restringiu-se aos comandos determinados em dispositivos legais vigentes e constantes no REFISC e no anexo Fundamentos Legais do Débito – FLD dos AIOP.

Assim, no que tange ao acima tratado, tendo a fiscalização aplicado multas e juros em cumprimento a leis vigentes em nosso ordenamento jurídico, não cabe ser acatado neste esfera

de julgamento qualquer entendimento diverso externado pelo contribuinte em sua defesa."

(destaquei)

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário também nesta parte.

ERRO DE CÁLCULO - NULIDADE DO LANÇAMENTO

A recorrente aponta erro no cálculo do tributo lançado, o que causa nulidade do ato administrativo do lançamento. Aduz (fls 12121):

"Como já mencionado, a notificação exarada estampou vultosas quantias supostamente devidas pelo Estado de Santa Catarina.

Contudo, não há segurança sobre os critérios utilizados pela Fiscalização na obtenção dos valores apontados. O contribuinte, in casu, não tem certeza quanto às alíquotas e índices de correção utilizados.

A título de exemplo, no mês de junho de 2008 consta no Anexo I o valor total de pagamentos no montante de R\$ 1.179.663,17 e o valor devido de contribuição previdenciária -cota do contribuinte individual - de R\$ 1.205.578,03. Já no auto de infração n. 37.409.570-1 foi considerado o valor de R\$ 239.757,02 como devido no mês de junho de 2008. Só esse fato já demonstra uma contradição entre o valor do Anexo I e o valor do auto de infração.

Não bastasse isso, verifica-se que o valor realmente devido para o mês de junho de 2008, a título de contribuição previdenciária - cota do contribuinte individual - seria de R\$ 129.762,95, ou seja, R\$ 109.994,07 a menos do que o apontado no auto de infração" (destaques não constam do recurso)

Não cabe razão à Recorrente.

Em primeiro lugar, todos as bases de cálculo, alíquotas aplicáveis e fundamento legal do débito se encontram perfeitamente apresentadas e explicitadas nos diversos relatórios que compõe o Auto de Infração, sendo importante mencionar que o Contribuinte tomou ciência pessoal todos eles, quando - por certo - foram prestados todos os esclarecimentos necessários e oportunizado que eventuais dúvidas fossem esclarecidas pela Autoridade Fiscal.

Tal afirmação decorre da declaração, constante da comprovação de entrega de todos os demais relatórios e anexos integrantes do auto de infração, firmada no Termo de Sujeição Passiva (fls 10593/10595)

| Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil | | |
|---|-----------|--|
| Nome | Matrícula | Assinatura |
| Décio Alvarenga | 865.349 |  |

Ciência do Contribuinte

Declaro ter tomado ciência e recebido o presente termo de sujeição passiva na data de hoje, juntamente CD's (*Compact Disc*) não regraváveis, contendo "**Auto de Infração, Relatório Fiscal – Fiscal, Anexos e Documentos**".

Sujeito Passivo/Representante: Alexandro S. L. Machado CPF nº 613.275.907-80

Data: 17/12/13 Hora: 15:25 Assinatura: 

Não obstante o exposto, mister ressaltar que a alegação de erro de cálculo além de não comprovada documentalmente, o que como visto acima, não tem o condão de permitir que o Colegiado firme posição (inteligência do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72), não se refere a período constante do auto de infração que se discute no presente processo administrativo, por óbvio não integrando a presente lide tributária.

Nesse sentido, nego provimento ao recurso também nessa parte.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto e com base nos fundamentos apresentados, voto por conhecer do recurso de ofício, para dar-lhe provimento parcial, mantendo a responsabilidade solidária da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, OAB-SC e a exclusão da qualificadora da multa de ofício. Quanto ao recurso voluntário, voto por conhecer do recurso e rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, para, no mérito, negar provimento.

assinado digitalmente

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Relator