



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

Processo n° 13603.722741/2012-40
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.428 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente INSTITUTO ELIZABETH KALIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO.CONTRIBUIÇÃO DESCONTADA DO SEGURADO EMPREGADO. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições descontadas dos segurados empregados, nos termos da legislação previdenciária.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. REMUNERAÇÃO. SALÁRIO EXTRA E GRATIFICAÇÕES.

Todos os pagamentos destinados a retribuir o trabalho, sejam como remuneração direta, sejam como adicional ao salário, são hipóteses de incidência de contribuições previdenciárias.

Na impugnação, além dos motivos de direito, o interessado também deve produzir prova a confirmar suas alegações.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Na forma dos comandos dos arts. 17 e 58, dos Decretos ns° 70.235/72 e 7.574/211, respectivamente, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA

Conforme a súmula n 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, o referido colegiado não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

LANÇAMENTO. FATO GERADOR.LEI DE REGÊNCIA.

O artigo 144 do Código Tributário Nacional-CTN aduz que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente.

MULTA DE MORA

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

MULTA MAIS BENÉFICA.

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

MULTA DE OFÍCIO

Para as Contribuições Previdenciárias, a imposição de penalizar o contribuinte infrator mediante aplicação de multa de ofício só veio a ser instituída na forma da Medida Provisória MP nº 449 a partir de sua edição em 03/12/2008.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por maioria de votos, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer a decadência da competência até 11/2008, determinando o recálculo da multa de mora, conforme previsto no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece a multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%, critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento. Vencido o Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente.

IVACIR JÚLIO DE SOUZA - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se do Auto de Infração, lavrado em 27/09/2012 em nome do Instituto Elizabeth Kalil Ltda, para a constituição do crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias descontadas dos segurados empregados e dos sócios, nas competências 01/2008 a 04/2008 e 12/2008, e não recolhidas à Seguridade Social,.

A empresa pagou a seus empregados remunerações a título de salários e outras remunerações (salários extras e gratificações), bem como aos sócios a título pró-labore, promoveu o desconto das contribuições previdenciárias delas decorrentes, sem, contudo, recolher o produto arrecadado aos cofres da Previdência Social.

Cientificado do lançamento em 28/09/2012 (doc. de fls.01), o sujeito passivo, através de procurador legalmente constituído (fls.67 e 69), apresentou defesa em 30/10/2012 (fls 41/66), com as alegações abaixo resumidas.

Ilegalidade/inconstitucionalidade da cobrança da contribuição ao **INCRA**. Ilegalidade/inconstitucionalidade do SESC/SENAC. Ilegalidade/inconstitucionalidade do **Salário-Educação**. Ilegalidade/inconstitucionalidade da exigência de contribuições previdenciárias sobre verbas não remuneratórias.

Ao final, requereu, que fosse julgada procedente a impugnação e declarada a insubsistência ou nulidade do presente lançamento.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.80, a 6ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte – MG - DRJ/BHE, em 21 de fevereiro de 2013, exarou o Acórdão nº 02-42.726, não concedendo provimento.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.80 onde reiterou as alegações já então enfrentadas pela instancia “*ad quod*”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza - Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme despacho e fls.106, o Recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PRELIMINARES

Não há prejudicial para ser analisada

DO MÉRITO

Conforme Relatório Fiscal, às fls. 26/29, autuada em razão de ter descontado contribuições previdenciárias dos segurados empregados e dos sócios quando pagou a seus empregados remunerações a título de salários e outras remunerações, salários extras e gratificações sem, contudo, recolher o produto arrecadado aos cofres da Previdência Social, no recurso em apreço a Recorrente não confrontou efetivamente os motivos que levaram a instância a quo a manter o lançamento. Ateve-se a discorrer sobre supostas inconstitucionalidade das exigências contidas na Lei 8.212/91, que então, em decorrência não se poderia atribuir caráter remuneratório a verbas que possuem natureza eminentemente indenizatória e assistencial.

Na forma dos comandos dos arts. 17 e 58, dos Decretos n 70.235/72 e 7.574/211, respectivamente, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, *verbis*:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n 9.532, de 1957)

Art. 58. Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante Decreto n 70.235, de 1972, art.17, com a redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997, art. 67). “

Diante do encimado, cumpre também observar o que consta pacificado neste Egrégio Conselho conforme a súmula nº 2, *verbis*:

“Súmula CARF nº2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Aduz que ainda que conteste a autuação, de modo transversal a empresa ao descontar os valores dos segurados demonstrou pleno conhecimento da obrigação tributária adimplida em parte posto que não repassou os valores aos cofres públicos.

INCRA.SALÁRIO-EDUCAÇÃO. SESC. SENAC

Muito embora não fazendo parte do lançamento e já tendo sido enfrentadas em sede de impugnação, reitera a recorrente as mesmas alegações que fizera sobre as rubricas **INCRA.SALÁRIO-EDUCAÇÃO. SESC. SENAC**, as quais deixo de analisar por economia processual.

DA MULTA

Embora a Autoridade fiscal tenha produzido lançamento para as competências **01/2008 a 04/2008 e 12/2008**, no Relatório Fiscal às fls. 28, a Autoridade autuante fez registro de que aplicara multa mais benéfica para as competências **JUN E SET** conforme abaixo:

*“5) Nas competências **JAN a ABR, JUN e SET/2008**, foi aplicada multa de ofício prevista na lei 8.212/91, art. 35-A (combinado com o art. 44 da lei 9.430, de 27/12/96), com redação da MP n. 449 de 04.12.08, convertida na lei n. 11.941 de 27/05/09, **por ser esta mais benéfica**, conforme relatório de COMPARAÇÃO DE MULTAS, do que a com base art. 32 inc. IV, § 5º da Lei nº 8.212/91 (redação dada pela lei 9.528 de 10/12/97)”*

Cumprido ressaltar outra irregularidade formal uma vez que às fls. 02 o Auto de Infração registra tão-somente multa de ofício, não obstante, e o Relatório de Fundamentos Legais às fls. 9 registra ter havido multa de mora na forma do art. 35 da Lei 8.212/91 para a competência 12/2008.

O acima exposto, faz verificar inconsistente a aplicação da penalidade na medida em que na forma dos itens 602.08 e 701.01 aplicaram-se para a competência 12/2008 determinações Lei n. 8.212, de 24.07.91, **art. 35**, combinado com o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, e **35-A**, da mesma Lei n. 8.212, de 24.07.91, (combinado com o art. 44, inciso I da Lei n. 9.430, de 27.12.96), ambos com redação da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009 04.12.2008, *verbis*:

“602.08 - Competências : 12/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 35, combinado com o art. 61 da Lei n. 9.430, de 27.12.96, com redação da MP n. 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009. CALCULO DOS JUROS: JUROS CALCULADOS SOBRE O VALOR ORIGINARIO, MEDIANTE A APLICACAO DOS SEGUINTE PERCENTUAIS: A) TAXA MEDIA MENSAL DE CAPTACAO DO TESOURO NACIONAL RELATIVA A DIVIDA MOBILIARIA FEDERAL / TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDACAO E DE CUSTODIA - SELIC, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO MÊS SUBSEQUENTE AO

VENCIMENTO DO PRAZO ATE O MES ANTERIOR AO DO PAGAMENTO B) 1% (UM POR CENTO) NO MES DO PAGAMENTO.

701 - FALTA DE PAGAMENTO, FALTA DE DECLARAÇÃO OU DECLARAÇÃO INEXATA

701.01 - Competências : 01/2008 a 04/2008, 12/2008

Lei n. 8.212, de 24.07.91, 35-A (combinado com o art. 44, inciso I da Lei n. 9.430, de 27.12.96), ambos com redacao da MP n. 449 de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009.

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 1996 75% - falta de pagamento, de declaração e nos de declaração inexata - Lei 9430/96, art. 44, inciso I:

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; ” (grifos do Relator)

Relevante ressaltar que Recorrente foi notificada em razão de inadimplir as obrigações vinculadas aos fatos geradores ocorridos no período 01/2008 a 12/2008.

Até a emissão da MP 449 de, 2008 consolidada pela Lei nº 11.941/2009, à infração cometida pela autuada, imputavam-se penalidades de mora previstas nos , I, II, III do revogado art. da Lei 8.212/91.

Com a nova redação, no que concerne aos acréscimos da **multa de mora** estes se observarão nos termos do **art. 61 da Lei nº 9.430**, de 27 de dezembro de 1996, se estabeleceu que a multa será de **0,33% ao dia, limitada a 20%** conforme determina a redação dada pela Lei 11.941/2009 :

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

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

Lei 9.430/96:

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

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

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

*§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão **juros de mora** calculados à taxa a que se refere o §3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)”*

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

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna. Assim, até a competência 11/2008, inclusive, impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a multa mais benéfica.

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

DA JURISPRUDÊNCIA NO JUDICIÁRIO.

“PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO - MULTA DO ARTIGO 35, LEI N. 8.212/91 - APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENÉFICA - PRECEDENTES.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. 2. Não configurada a divergência suscitada, pois o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. 3. A multa do artigo 35 da Lei n. 8.212/91 deve ser aplicada com as alterações impostas pela nova legislação mais benéfica ao contribuinte. Princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Precedentes. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no REsp 576.696/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 21/10/2009)”

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DÉBITOS DA SEGURIDADE SOCIAL CONTRAÍDOS PELA SOCIEDADE. LEI 8.620/93, ART. 13. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERPRETAÇÃO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA 1ª SEÇÃO.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, da matéria cuja violação se alega atrai a incidência da Súmula 282/STF. 2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do RESP 717.717/SP, Min. José Delgado, sessão de 28.09.2005, consagrou o entendimento de que, mesmo em se tratando de débitos para com a Seguridade Social, a responsabilidade pessoal dos sócios das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, prevista no art. 13 da Lei 8.620/93, só existe quando presentes as condições estabelecidas no art. 135, III do CTN. 3. Aplica-se retroativamente a redução da multa moratória estabelecida pelo artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação conferida pela Lei nº 9.528/97, por ser mais benéfica ao contribuinte (art. 106, II, "c", do CTN), aos débitos objeto de execução fiscal não definitivamente encerrada, entendendo-se como tal aquela em que não foram ultimados os atos executivos destinados à satisfação da prestação. Precedentes: REsp 491242/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 06.06.2005; EDcl no RESP 332.468/SP, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.06.2004. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 698.960/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2006, DJ 18/05/2006, p. 185)”

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa cuja a definição do cálculo se observará quando a liquidação do crédito for postulado pelo contribuinte, de acordo com o artigo 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº14, de 4 de dezembro de 2009:

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

CONCLUSÃO

Conheço do recurso, para NO MÉRITO, até a competência 11/2008, inclusive, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, determinando o recálculo da multa de mora conforme o previsto no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20% , critérios desta data que devem ser observados quando da ocasião do pagamento.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza – Relator