



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

Processo nº 13637.001013/2008-27
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.051 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de fevereiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente LATICINIOS PACHECO BATISTA INDUSTRIA & COMERCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2003 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PERÍODO PARCIALMENTE ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os

artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte.

A Recorrente teve ciência do AIOP no dia 24.12.2008, o período do débito é de 10/2003 a 12/2005. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 11/2003, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - VALORES PAGOS A TÍTULO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - PLANOS DE SAÚDE DE ACESSO RESTRITO AO CORPO GESTOR DA ORGANIZAÇÃO - OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR

O salário-de-contribuição compreende a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho. Constituem fatos geradores os valores concedidos aos empregados a título de assistência médica em relação à parte paga cujo acesso era permitido somente ao corpo gestor da organização.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c 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, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito

lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas preliminares, por unanimidade de votos, em determinar a decadência até o período 11/2003, inclusive, com base no art. 150, § 4º, do CTN. No mérito, determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, às fls. 158 a 183, apresentado contra Acórdão nº 09-23.469 - 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora - MG, fls. 145 a 154, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, AIOP – Auto de Infração de Obrigação Principal nº. 37.194.908-4, com ciência da Recorrente em 24.12.2008, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 4.643,99 (quatro mil, seiscentos e quarenta e três reais e noventa e nove centavos).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondentes aos pagamentos feitos a UNIMED BARBACENA e lançados como retirada pró-labore do sócio José Luis Batista de Souza Junior.

O Relatório Fiscal, às fls. 30 a 35, com Anexo às fls. 36 a 81, apresenta, dentre outros:

- às fls. 36, *Anexo com Relação de faturas emitidas pela UNIMED BARBACENA;*
- às fls. 45 a 51, *cópia da Nota Fiscal de Serviços emitida pela UNIMED BARBACENA, tendo como sacado José Luis Batista de Souza Junior (Faturas de Serviços Contratuais nº 037215/03 — 038617/04 — 039946/04 — 041760/04 — 044575/05 — 046590/05 e 048232/05);*
- às fls. 52 a 65, *cópia do contrato Particular de Prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, de Diagnóstico e Terapia; com a UNIMED BARBACENA, tendo como proponente José Luis Batista de Souza Junior.*

O Relatório Fiscal, às fls. 30 a 35, observa que:

3. A UNIMED BARBACENA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA. foi contratada pela empresa Laticínios Pacheco Batista Indústria e Comércio Ltda. através de Contrato Coletivo Empresarial para prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, de Diagnóstico e Terapia. Contrato número 184 Registro Provisório no Ministério da Saúde Nº 430.835/00-2 (cópia anexa).

3.1. Conforme contrato Clausula Quarta - Dos Associados- abaixo transcrita:

4.1 - Para efeito deste contrato e obtenção dos direitos dele decorrentes, são considerados associados titulares os dirigentes, empregados ou associados do CONTRATANTE, regularmente inscritos como tais.

4.2 - São associados dependentes, com grau de parentesco ou afinidade e dependência econômica, devidamente comprovada, em relação ao associado titular.

- a) o cônjuge;
- b) o filho e o enteado solteiros, com idade inferior a 24 anos;
- c) o menor que, por força de decisão judicial, se ache sob guarda ou tutela do associado titular;
- d) o convivente, havendo união estável, na forma da lei, sem eventual concorrência com o cônjuge, salvo por decisão judicial;
- e) o filho comprovadamente inválido;

4.3 - São associados, agregados, com grau de parentesco ou afinidade e dependência econômica, devidamente comprovada, em relação ao associado titular:

- a) o pai;
- b) a mãe;
- c) o sogro;
- d) a sogra;
- e) o filho e o enteado com idade superior a 23 anos;
- f) parentes ou pessoas a eles equiparados;

4.3.1 - Os associados agregados constantes no item 4.3 serão incluídos desde que aceitos e autorizados pela contratante.

3.2. Apesar de figurar no contrato como associados titulares os dirigentes e os empregados, não foi possível identificar quais empregados teriam direito de usufruir dos direitos dele decorrentes, mas foram identificadas várias pessoas com possível grau de parentesco com o sócio da empresa senhor José Luiz de Souza Júnior, sem qualquer ligação com a empresa, tais como: Mauro Gonçalves de Campos, Luiza Gonzaga Campos, Waldir de Carvalho Costa, João Luiz Batista Campos, Vanilda Batista Campos, Mauro Borges de Campos e Ricardo José A. da Silva.

4. Como o plano de saúde não atende a todos os empregados da empresa, e sim ao seu dirigente (José Luiz de Souza Junior), chega-se a conclusão de que se trata de retirada indireta. O valor do custeio de despesas paga pela empresa com planos de saúde integra o salário de contribuição para efeito de remuneração, é o que se depreende do art. 28, § 9º letra "q" da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

4.1. Portanto, os valores pagos a UNIMED BARBACENA passaram a integrar o salário de contribuição para fins de contribuição como retirada indireta do sócio José Linz de Souza

Júnior; nº 2.200-2 de 24/08/2001

Segundo ainda o Relatório Fiscal, às fls. 24 e 25, no decorrer da ação fiscal foram analisados os seguintes livros e documentos:

- a) livros registro de empregados;
- c) folhas de pagamento, rescisões de contrato de trabalho, aviso prévio, recibo de férias e recibos individuais de pagamento;
- d) documentos pertinentes ao Salário Família;
- e) GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social;
- f) O Contrato com a UNIMED; e
- h) Faturas de Serviços Contratuais emitidas pela UNIMED BARBACENA.

Em relação à base de cálculo e alíquotas aplicadas, o Relatório Fiscal, às fls. 24 e 25, apresenta:

1. Para o cálculo das contribuições devidas pela empresa foram utilizados como bases de cálculos os valores pagos a UNIMED BARBACENA conforme PLANILHA RELAÇÃO FATURAS EMITIDAS PELA UNIMED a qual passa a fazer parte do presente relatório, cujos valores foram devidamente informados (após início da ação fiscal) na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia Tempo de Serviço e Informações Previdência Social - GFIP.

2. A alíquota aplicada foi:

- a) 11 % parte do contribuinte individual (sócio);

Foi emitido o TIFP – Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIFP, às fls. 37 a 38, contendo o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0610400.2008.01171.

O período objeto da AIOP, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 08, é de 10/2003 a 12/2005.

A Recorrente teve ciência da AIOP no dia 24.12.2008, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 85 a 104, com Anexo às fls. 105 a 143.

Após análise dos autos, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora - MG emitiu a Acórdão nº 09-23.469 - 5ª Turma, fls. 145 a 154, julgando procedente a autuação e mantendo a multa aplicada, conforme a Ementa a seguir:

Acórdão 09-23.469 - 5ª Turma da DRJ/JFA

Sessão de 08 de outubro de 2009

Processo 13637.001013/2008-27

*Interessado LATICÍNIOS PACHECO BATISTA INDÚSTRIA
COMÉRCIO LTDA*

CNPJ/CPF 04.071.229/0001-78

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

*Período de apuração: 01/10/2003 a 31/10/2003, 01/12/2003 a
31/01/2004, 01/03/2004 a 31/08/2005, 01/10/2005 a 31/12/2005.*

Ementa:

*AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. EMPRESA
OPTANTE PELO SIMPLES. PLANO DE SAÚDE.
CONTRATAÇÃO PELO SÓCIO GERENTE. UNIMED. NOTAS
FISCAIS EM NOME DO ADMINISTRADOR E PAGAS PELA
AUTUADA. RETIRADA PRO-LABORE INDIRETA.
CONTRIBUIÇÕES DECLARADAS EM GFIP APÓS O INÍCIO
DA AÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO
INTERCORRENTE. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA E
IMPROCEDENTE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO
PREVIDENCIÁRIO MANTIDO.*

*Entende-se por salário de contribuição para o contribuinte
individual a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou
pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês,
observado o limite máximo a que se refere o § 5º (art. 28, III, da
lei 8212/1991).*

*Constatado o não recolhimento total ou parcial das
contribuições tratadas nesta Lei, não declaradas na forma do
art. 32 desta Lei, a falta de pagamento de benefício reembolsado
ou o descumprimento de obrigação acessória, será lavrado auto
de infração ou notificação de lançamento. (art. 37 da lei
8212/1991 com nova redação da Lei 11.941/2009 e MP
449/2008).*

*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 (art. 26-A do decreto 70.235/1972, na
redação da lei 11.941/2009).*

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Acordam os membros da 5ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação e manter o crédito tributário previdenciário exigido.

Intime-se.

É facultado ao contribuinte a interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, no prazo de 30 (trinta) dias, da ciência (art. 33 do decreto 70.235/1972).

Encaminhe-se a ARF Barbacena para o prosseguimento de estilo.

Sala de Sessões, em 08/10/2009

Inconformada com a decisão, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 158 a 183, na qual alega em síntese que:

Em sede preliminar.

(i) Do cerceamento de defesa – vícios formais

A demonstração do conjunto probatório deve ser elaborado e posto nos autos de tal forma que permita ao contribuinte exercer o mais amplo direito de defesa, pois assim lhe assegura a Constituição Federal, ao estabelecer em seu Artigo 5º, LV.

Incontestável o cerceamento de defesa decorrente da forma em que as imputações são lançadas no Auto de Infração, mesmo porque nosso direito não contempla a prova negativa. Não se pode inverter o ônus da prova. As imprecisões antes destacadas, às quais se soma outras mais, prejudicam o completo exercício de defesa da Impugnante.

(ii) Da prescrição intercorrente.

A Fazenda Pública não dando início à cobrança no prazo legal, não poderá mais fazê-lo. A prescrição, todavia, não atinge apenas a cobrança do crédito tributário extinguindo a ação, mas o próprio crédito.

Levando em consideração que os supostos débitos são referentes a períodos que remontam a 2003 (meses de outubro e dezembro), em que não houve qualquer apuração, sendo que perfez-se um período de mais de cinco anos. Assim sendo, imprescindível notar que tal lapso temporal caracteriza, sem sombra de dúvida, o fenômeno da prescrição intercorrente.

Aplicação da Súmula Vinculante 8, STF, com a exclusão dos valores indevidamente consignados após o decurso do prazo de cinco (5) anos para as competências 10/2003 a 12/2003.

(iv) Da remissão do crédito – aplicação do art. 14, Lei 11.941/2009

Prevê a lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, no artigo em que trata da remissão de créditos tributários:

Art. 14. Ficam remitados os débitos com a Fazenda Nacional, inclusive aqueles com exigibilidade suspensa que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais e cujo valor total consolidado, nessa mesma data, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º O limite previsto no caput deste artigo deve ser considerado por sujeito passivo e, separadamente, em relação:

I — aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos;

II — aos demais débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

III — aos débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

IV — aos demais débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Pois bem, como já dito, a presente autuação relativa a obrigação principal remonta ao valor de R\$ 4.643,99 (quatro mil seiscentos e quarenta e três reais e noventa e nove centavos), devidamente atualizados, sendo certo que se encontra inserto dentro dos requisitos elencados pelo supracitado artigo de Lei, afigurando-se plenamente possível a remissão de tais créditos.

(v) Do reconhecimento de inconstitucionalidade em sede administrativa – da multa e dos juros.

A aplicação de multas moratórias com caráter confiscatório viola frontalmente o disposto no art. 150, IV, da Constituição da República.

Observe-se que a questão atinente ao efeito confiscatório guarda estreita relação com o princípio da capacidade contributiva e da proporcionalidade, porquanto, sua imposição em patamares elevados e irracionais gerará a impossibilidade ou grande dificuldade de desembolso pecuniário por parte do contribuinte, afetando ainda a proporcionalidade que deve permear toda a atuação fazendária.

A imposição da multa confiscatória ofende a livre iniciativa lícita e a atividade do Autuado, por cercear-lhe o direito de exercê-las, nos termos dos artigos 5º, inciso XIII e 170, caput, ambos da Constituição Federal de 1988.

Neste mesmo ensejo, cumpre lembrar que não há nem nunca houve a suposta infringência ou descumprimento de obrigações legais, não havendo o porquê fixar-se suposto crédito tributário assaz elevado, cominando multas descabidas e cobrando-se valores inexistentes supostamente devidos.

Do Mérito.

(vi) Contrato Coletivo Empresarial para prestação de serviços médicos, hospitalares, de diagnóstico e terapia com a UNIMED BARBACENA.

Pois bem, como o próprio nome diz, tal contrato é coletivo, do tipo empresarial, portanto, disponibilizado para a toda a universalidade de funcionários da empresa que, efetivamente, faziam uso dos mesmos.

Cite-se que de forma alguma o ora Impugnante fez uso indevido do plano de saúde, no afã de permitir hipotéticas retiradas indiretas, sendo certo que, visando ao bem estar e qualidade de vida de todos os funcionários, colocou à disposição deles e de seus respectivos familiares as benesses do Plano de Saúde Unimed

Assim, não se afigura de forma alguma plausível a alegação da retirada indireta, sendo certo que todos os funcionários e mesmo os sócios utilizavam do supracitado plano de saúde coletivo, conforme se comprovará, inclusive através de depoimento testemunhal.

No presente caso, não resta dúvida que os planos de saúde e a previdência privada fornecidos aos sócios e a todos os empregados, indiscriminadamente, estão incluídos nas hipóteses

Processo nº 13637.001013/2008-27
Acórdão n.º **2403-01.051**

S2-C4T3
Fl. 309

legais de isenção previdenciária, previstas no art. 28, § 9º, q, da Lei 8.212/91.

fls. 184.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 184.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares e ao Mérito.

DAS PRELIMINARES**(i) Do cerceamento de defesa – vícios formais**

A demonstração do conjunto probatório deve ser elaborado e posto nos autos de tal forma que permita ao contribuinte exercer o mais amplo direito de defesa, pois assim lhe assegura a Constituição Federal, ao estabelecer em seu Artigo 5º, LV.

Incontestável o cerceamento de defesa decorrente da forma em que as imputações são lançadas no Auto de Infração, mesmo porque nosso direito não contempla a prova negativa. Não se pode inverter o ônus da prova. As imprecisões antes destacadas, às quais se soma outras mais, prejudicam o completo exercício de defesa da Impugnante.

Analisemos.

Não obstante a argumentação da Recorrente, não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Auto de Infração de Obrigação Principal — AIOP, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondentes aos pagamentos feitos a UNIMED BARBACENA e lançados como retirada pró-labore do sócio José Luis Batista de Souza Junior.

Documento assinado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO

Autenticado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/03/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 09/04/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES - VERSO EM BRANCO

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP nº 37.194.908-4** que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da AIOP nº 37.194.908-4)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.**

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituiram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as*

informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:

- a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);*
- b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);*
- d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);*
- e. RDA – Relatório de Documentos Apresentados;*
- f. RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados;*
- g. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*
- h. REPLEG- - Relatório de representantes Legais;*
- i. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);*
- j. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal;*
- k. TIPF – Termo de Intimação do Procedimento Fiscal;.*
- l. TEPF - Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal;.*
- m. REFISC – Relatório Fiscal.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a **AIOP nº 37.194.908-4**, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a Auto de Infração de Obrigação Principal de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(ii) Da prescrição intercorrente.

A Fazenda Pública não dando início à cobrança no prazo legal, não poderá mais fazê-lo. A prescrição, todavia, não atinge apenas a cobrança do crédito tributário extinguindo a ação, mas o próprio crédito.

Levando em consideração que os supostos débitos são referentes a períodos que remontam a 2003(meses de outubro e dezembro), em que não houve qualquer apuração, sendo que perfez-se um período de mais de cinco anos. Assim sendo, imprescindível notar que tal lapso temporal caracteriza, sem sombra de dúvida, o fenômeno da prescrição intercorrente.

Analiseamos.

Não assiste razão à Recorrente pois a Súmula nº 11 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF a aplicação da prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal:

Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

(iii) Da decadência.

Aplicação da Súmula Vinculante 8, STF, com a exclusão dos valores indevidamente consignados após o decurso do prazo de cinco (5) anos para as competências 10/2003 a 12/2003.

Análises.

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a

procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

"Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;
ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, **considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto***

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ. 1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

*“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)*

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, verifica-se que o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, disposto às fls. 14 a 16, apresenta, em todas as competências objeto do presente AIOP, 10/2003 a 12/2005, pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal.

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte, além de não se materializar as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação do AIOP pela Recorrente, às fls. 01, se deu em 24.12.2008 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 10/2003 a 12/2005.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 11/2003, inclusive.

(iv) Da remissão do crédito – aplicação do art. 14, Lei 11.941/2009

Prevê a lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, no artigo em que trata da remissão de créditos tributários:

Art. 14. Ficam remitados os débitos com a Fazenda Nacional, inclusive aqueles com exigibilidade suspensa que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais e cujo valor total consolidado, nessa mesma data, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º O limite previsto no caput deste artigo deve ser considerado por sujeito passivo e, separadamente, em relação:

I — aos débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036. Assinado digitalmente e

a, b e c do parágrafo único do art 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos;

II — aos demais débitos inscritos em Dívida Ativa da União, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

III — aos débitos decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

IV — aos demais débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Pois bem, como já dito, a presente autuação relativa a obrigação principal remonta ao valor de R\$ 4.643,99 (quatro mil seiscentos e quarenta e três reais e noventa e nove centavos), devidamente atualizados, sendo certo que se encontra inserto dentro dos requisitos elencados pelo supracitado artigo de Lei, afigurando-se plenamente possível a remissão de tais créditos.

Analisemos.

O art. 14, caput, Lei 11.941/2009, dispõe acerca da remissão dos débitos com a Fazenda Pública que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais, quer dizer, até dezembro/2002:

Art. 14. Ficam remitidos os débitos com a Fazenda Nacional, inclusive aqueles com exigibilidade suspensa que, em 31 de dezembro de 2007, estejam vencidos há 5 (cinco) anos ou mais e cujo valor total consolidado, nessa mesma data, seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ora, o **período objeto da AIOP**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 08, é de **10/2003 a 12/2005**.

Desta forma, o presente AIOP, com o **período objeto de 10/2003 a 12/2005, não se amolda à hipótese do art. 14, Lei 11.941/2009 que prevê o enquadramento dos débitos até dezembro/2002.**

Inclusive, a própria jurisprudência colacionada pela Recorrente aduz que **as dívidas a que se refere a Medida Provisória 449, convertida na Lei nº 11.941/2009, são aquelas em que se concede perdão a débitos dos contribuintes com a União, de até R\$ 10 mil, que tenham vencido há mais de cinco anos contados em dezembro de 2007, ou seja, até dezembro de 2002;**

Processo: AC 2009.01.00.001585-0MA; APELAÇÃO CÍVEL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO

FONSECA Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA Publicação: 11/09/2009 e-DJF1 p.576 Data da Decisão: 31/08/2009 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MP 449/2008 (CONVERTIDA NA LEI PI 11.941 DE 27/05/2009). REMISSÃO. VALOR INFERIOR A R\$10.000,00 EM 31/12/2007Z PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MATÉRIA RESERVADA A LEI COMPLEMENTAR. LEI 11.051/2004. NATUREZA PROCESSUAL MULTA. PRAZO PRESCRICIONAL DE 5 ANOS.

As dívidas a que se refere a Medida Provisória 449, convertida na Lei nº 11.941/2009, são aquelas em que se concede perdão a débitos dos contribuintes com a União, de até R\$ 10 mil, que tenham vencido há mais de cinco anos contados em dezembro de 2007, ou seja, até dezembro de 2002. 2. No caso em reexame, feita as ressalvas e considerando que a União atualiza o débito originário com os encargos e acréscimos legais vencidos até a data da apuração, verifica-se que o valor do débito consolidado continuaria inferior aos R\$ 10.000,00 na data estipulada por lei. Além disso, entre o vencimento do débito da Certidão de Dívida Ativa e o dia 31/12/2007, transcorreram mais de cinco anos. Trata-se, portanto, de débito sujeito a remissão. 3. De qualquer forma, ainda que assim não fosse, com o advento da Lei 11.280/06, que deu nova **redação ao art. 219, § 5º, do CPC, pode o juiz** pronunciar de ofício a prescrição. Segundo a diretriz uniformizadora do colendo STJ, a intimação pessoal (prévia) da Fazenda Nacional, prevista no § 4º; do art. 40 da Lei 6.830/80 (LEF), com a redação da Lei 11.051/2004, somente tem incidência na hipótese de suspensão do processo e conseqüente arquivamento provisório da execução fiscal correspondente, em razão da não localização do devedor ou de bens penhoráveis (REsp n. 1.100.156/RI, julgado nos termos do art. 543-C do CPC, Rd Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 18/06/2009). Na hipótese, todavia, a própria FN foi intimada previamente e não apresentou qualquer causa de suspensão ou de interrupção da prescrição.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(v) Do reconhecimento de inconstitucionalidade em sede administrativa – da multa e dos juros.

A aplicação de multas moratórias com caráter confiscatório viola frontalmente o disposto no art. 150, IV, da Constituição da República.

Observe-se que a questão atinente ao efeito confiscatório guarda estreita relação com o princípio da capacidade contributiva e da proporcionalidade, porquanto, sua imposição em patamares elevados e irracionais gerará a impossibilidade ou grande dificuldade de desembolso pecuniário por parte do contribuinte,

afetando ainda a proporcionalidade que deve permear toda a atuação fazendária.

A imposição da multa confiscatória ofende a livre iniciativa lícita e a atividade do Autuado, por cercear-lhe o direito de exercê-las, nos termos dos artigos 5º, inciso XIII e 170, caput, ambos da Constituição Federal de 1988.

Neste mesmo ensejo, cumpre lembrar que não há nem nunca houve a suposta infringência ou descumprimento de obrigações legais, não havendo o porquê fixar-se suposto crédito tributário assaz elevado, cominando multas descabidas e cobrando-se valores inexistentes supostamente devidos.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)''(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pela Recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

DO MÉRITO.**(vi) Contrato Coletivo Empresarial para prestação de serviços médicos, hospitalares, de diagnóstico e terapia com a UNIMED BARBACENA.**

Pois bem, como o próprio nome diz, tal contrato é coletivo, do tipo empresarial, portanto, disponibilizado para a toda a universalidade de funcionários da empresa que, efetivamente, faziam uso dos mesmos.

Cite-se que de forma alguma o ora Impugnante fez uso indevido do plano de saúde, no afã de permitir hipotéticas retiradas indiretas, sendo certo que, visando ao bem estar e qualidade de vida de todos os funcionários, colocou à disposição deles e de seus respectivos familiares as benesses do Plano de Saúde Unimed

Assim, não se afigura de forma alguma plausível a alegação da retirada indireta, sendo certo que todos os funcionários e mesmo os sócios utilizavam do supracitado plano de saúde coletivo, conforme se comprovará, inclusive através de depoimento testemunhal.

No presente caso, não resta dúvida que os planos de saúde e a previdência privada fornecidos aos sócios e a todos os empregados, indiscriminadamente, estão incluídos nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no art. 28, § 9º, q, da Lei 8.212/91.

Analisemos.

O Relatório Fiscal, às fls. 30 a 35, com Anexo às fls. 36 a 81, apresenta, dentre outros:

- às fls. 36, Anexo com Relação de faturas emitidas pela UNIMED BARBACENA;
- às fls. 45 a 51, cópia da Nota Fiscal de Serviços emitida pela UNIMED BARBACENA, tendo como sacado José Luis Batista de Souza Junior (Faturas de Serviços Contratuais nº 037215/03 — 038617/04 — 039946/04 — 041760/04 — 044575/05 — 046590/05 e 048232/05);
- às fls. 52 a 65, cópia do contrato Particular de Prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, de Diagnóstico e Terapia; com a UNIMED BARBACENA, tendo como proponente José Luis Batista de Souza Junior.

O Relatório Fiscal, às fls. 30 a 35, observa que:

3. A UNIMED BARBACENA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO LTDA. foi contratada pela empresa Laticínios Pacheco Batista Indústria e Comércio Ltda. através de Contrato Coletivo Empresarial para prestação de Serviços Médicos, Hospitalares, de Diagnóstico e Terapia. Contrato número 184 Registro Provisório no Ministério da Saúde N° 430.835/00-2 (cópia anexa).

3.1. Conforme contrato Clausula Quarta - Dos Associados-abaixo transcrita:

4.1 - Para efeito deste contrato e obtenção dos direitos dele decorrentes, são considerados associados titulares os dirigentes, empregados ou associados do CONTRATANTE, regularmente inscritos como tais.

4.2 - São associados dependentes, com grau de parentesco ou afinidade e dependência econômica, devidamente comprovada, em relação ao associado titular.

a) o cônjuge;

b) o filho e o enteado solteiros, com idade inferior a 24 anos;

c) o menor que, por força de decisão judicial, se ache sob guarda ou tutela do associado titular;

d) o convivente, havendo união estável, na forma da lei, sem eventual concorrência com o cônjuge, salvo por decisão judicial;

e) o filho comprovadamente inválido;

4.3 - São associados, agregados, com grau de parentesco ou afinidade e dependência econômica, devidamente comprovada, em relação ao associado titular:

a) o pai;

b) a mãe;

c) o sogro;

d) a sogra;

e) o filho e o enteado com idade superior a 23 anos;

f) parentes ou pessoas a eles equiparados;

4.3.1 - Os associados agregados constantes no item 4.3 serão incluídos desde que aceitos e autorizados pela contratante.

3.2. Apesar de figurar no contrato como associados titulares os dirigentes e os empregados, não foi possível identificar quais empregados teriam direito de usufruir dos direitos dele decorrentes, mas foram identificadas várias pessoas com possível grau de parentesco com o sócio da empresa senhor José

Luiz de Souza Júnior, sem qualquer ligação com a empresa, tais como: Mauro Gonçalves de Campos, Luiza Gonzaga Campos, Waldir de Carvalho Costa, João Luiz Batista Campos, Vanilda Batista Campos, Mauro Borges de Campos e Ricardo José A. da Silva.

4. Como o plano de saúde não atende a todos os empregados da empresa, e sim ao seu dirigente (José Luiz de Souza Junior), chega-se a conclusão de que se trata de retirada indireta. O valor do custeio de despesas paga pela empresa com planos de saúde integra o salário de contribuição para efeito de remuneração, é o que se depreende do art. 28, § 9º letra "q" da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

4.1. Portanto, os valores pagos a UNIMED BARBACENA passaram a integrar o salário de contribuição para fins de contribuição como retirada indireta do sócio José Linz de Souza Júnior.

Em relação à base de cálculo e alíquotas aplicadas, o Relatório Fiscal, às fls. 24 e 25, apresenta:

1. Para o cálculo das contribuições devidas pela empresa foram utilizados como bases de cálculos os valores pagos a UNIMED BARBACENA conforme PLANILHA RELAÇÃO FATURAS EMITIDAS PELA UNIMED a qual passa a fazer parte do presente relatório, cujos valores foram devidamente informados (após início da ação fiscal) na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia Tempo de Serviço e Informações Previdência Social - GFIP.

2. A alíquota aplicada foi:

a) 11 % parte do contribuinte individual (sócio);

A Recorrente aduz que o pagamento de assistência médica tem natureza assistencial, não integra a remuneração e o salário de contribuição, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa e que não pode o Instituto restringir tal benefício tendo em vista que o Contrato Coletivo Empresarial para prestação de serviços médicos, hospitalares, de diagnóstico e terapia com a UNIMED BARBACENA abrange todos os empregados.

No entanto, conforme já exposto pela decisão de primeira instância, às fls. 145 a 54, não prospera tal argumentação pois tais pagamentos a título de assistência médica na forma de planos de saúde disponibilizado apenas para o dirigente da empresa, **não abrange a totalidade dos empregados e dirigentes da Recorrente:**

O contrato do plano de saúde feito com a Unimed está em nome do sócio gerente José Luiz Batista de Souza Júnior como está sacramentado As fls. 52 e seguintes, nem está comprovado nos autos que o mesmo teria atingido a todos os empregados e dirigentes da empresa, inclusive situando pessoas estranhas ao empreendimento comercial da autuada.

*Portanto, não vinga a colocação da empresa nesse sentido **para descaracterizar os** pagamentos da autuada a favor da Unimed e relativo ao contrato do referido plano de **saúde**, constituindo assim esses pagamentos, em nome do sócio e no CNPJ da autuada (fls. 45 e seguintes) em pro labore ao mencionado sócio gerente, na conformidade de fls. 11/13, 33 (item 1), fls. 45/52. Portanto, falece o argumento da impugnação de que o referido plano de saúde englobaria a todos os empregados e sócios da autuada.*

A alegação fundada em ganhos habituais (CF/1988), no art. 28 da lei 8212/1991 e 176 do C'IN não guarda relação com a base de cálculo, enquanto a invocada disposição do art. 28, § 9º, alínea "q", da lei 8212/1991, caminha no sentido contrário ao dos fatos do processo e não comprovado como dito no tópico anterior, in fine.

Anote-se o art. 28, §9º , q, Lei 8.212/1991 e o art. 214, §9º, inciso XVI do Decreto 3.048/99:

Lei 8.212/1991:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

§9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei exclusivamente:

*q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela **conveniada**, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, **desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa**"*

Decreto 3.048/1999:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

§9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

XVI — o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou com ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, Óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

§10 - As parcelas referidas no parágrafo anterior quando pagas ou creditadas em desacordo com a legislação pertinente, integram o salário-de-contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis." (gn)

A Recorrente ao restringir planos de assistência médica a determinadas categorias de profissionais, no caso o sócio, **contrariando o requisito para a exclusão da assistência médica da base de cálculo das contribuições previdenciárias**, razão pela qual referido pagamento integra o salário-de-contribuição, nos termos do disposto no art. 28, I, Lei 8.212/191.

Tem-se que a situação jurídica, ora em comento, é diferente da colocada pela Recorrente, pois é a própria legislação que dispõe como condição para que a assistência médica não integre o salário-de-contribuição, o fato de que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, de outra forma, todos os empregados devem ter acesso aos planos ou coberturas disponibilizados.

Ainda assim, conforme o relatório Fiscal, às fls. 30 a 35, a Recorrente, privilegiava o dirigente da empresa mediante plano e assistência médica exclusivos, não extensivos à totalidade dos empregados, subsidiados integral ou parcialmente pela notificada. Desta forma, a autuação foi efetuada apenas em relação aos planos de assistência médica exclusivo ao corpo gestor da organização, em outras palavras, ao alto escalão da empresa.

Em relação ao argumento a respeito da definição de salário contida na CLT, artigo 458, §2º CLT, a assistência médica deixa de ser considerada como salário e, ainda assim, o parágrafo 2º, do art. 458 da CLT, deixa bem claro que aquelas utilidades somente não serão consideradas como salário para efeitos previstos no art. 458 da CLT, sendo que: "os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial", consoante art. 12, CLT:

Art. 12 - Os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial.

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com

bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 1º Os valores atribuídos às prestações "in natura" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82). (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º Não serão considerados como salário, para os efeitos previstos neste artigo, os vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local de trabalho, para a prestação dos respectivos serviços. (Parágrafo único remunerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

*§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, **não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:** (Redação dada pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)*

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

*IV – **assistência médica**, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)*

V – seguros de vida e de acidentes pessoais; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VI – previdência privada; (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

VII – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.243, de 19.6.2001)

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente acerca da não incidência da contribuição social previdenciária sobre os valores pagos a título de assistência médica em relação às parcelas pagas de planos de saúde diferenciados cujo acesso somente era permitido ao corpo gestor da organização, na figura do sócio José Luis batista de Souza Junior.

DA MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais para que se recalcule a multa de

mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de 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%.

Visto que o artigo 106, II, c 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, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da 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.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de **juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, para se declarar a **decadência até a competência 11/2003, inclusive, com base no art. 150, § 4º, CTN** e que se **recalcule o valor da multa de mora** de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro