



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

Processo nº 15586.000003/2010-67
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-002.164 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente FUNDAÇÃO DO CORAÇÃO DOM LUIZ GONZAGA PELUSO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

ISENÇÃO DA COTA PATRONAL

A isenção é uma das modalidades de exclusão do crédito tributário, e desse modo, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre o benefício legal. À época dos fatos geradores vigorava o artigo 55 da Lei n.º 8.212/91, sendo concedida pelo INSS àquelas entidades que cumprissem os requisitos formais e operacionais descritos na legislação e a solicitassem ao Instituto.

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais- CARF não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

MULTA MORATÓRIA RETROATIVIDADE BENIGNA. ART. 35-A DA LEI Nº 8.212/91.

Em conformidade com o artigo 35, da Lei 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores, a contribuição social previdenciária está sujeita à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso.

O benefício da retroatividade benigna constante da alínea 'c' do inciso II do art. 106 do CTN é de ser observado quando uma nova lei cominar a uma determinada infração tributária uma penalidade menos severa que aquela prevista na lei vigente ao tempo da prática da infração.

Nos casos de lançamento de ofício de tributo devido e não recolhido, o mecanismo de cálculo da multa de mora introduzido pela MP nº 449/08 deve operar como um limitador legal do valor máximo a que a multa poderá alcançar, eis que, até a fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal, a metodologia de cálculo fixada pelo revogado art. 35 da Lei nº 8.212/91 se mostra mais benéfico ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais : por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. A multa deve ser calculada considerando as disposições do art. 35 da Lei n. 8212 de 1991 para o período anterior a entrada em vigor da Medida Provisória n. 449 de 2008.

Liege Lacroix Thomasi – Relatora e Presidente Substituta

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Manoel Coelho Arruda Junior, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Carlos Alberto Nascimento e Silva Pinto, Adriana Sato.

Relatório

Trata o presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado em 12/01/2010 e cientificado ao sujeito passivo em 18/01/2010, de contribuições previdenciárias patronais e também as relativas aos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, apuradas através das folhas de pagamento, informações prestadas em GFIP e lançamentos contábeis efetuados pela autuada, no período de 01/2005 a 12/2006.

O relatório fiscal de fls. 64/66, diz que a autuada não possui o ato declaratório de isenção emitido pelo INS, e informava em GFIP o FPAS 515, apesar de não recolher as contribuições patronais. Aduz o relatório, que a entidade nunca possuiu a isenção patronal das contribuições previdenciárias.

Após impugnação, Acórdão de fls. 164/173, manteve o crédito previdenciário como lançado.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, onde alega em síntese:

- a) que se enquadra em todos os requisitos do artigo 14, do CTN, fazendo jus ao benefício da imunidade do artigo 150, VI da Constituição Federal;
- b) que é entidade sem fins lucrativos, de utilidade pública e propiciadora de assistência social;
- c) que a Lei n.º 8.212/91, por ser ordinária é inconstitucional ao impor limitações à imunidade constitucional;
- d) que a remuneração de dirigentes só é vedada se o mesmo não exercer atividade em prol da entidade;
- e) que o presente ato administrativo é inválido por se basear em lei inconstitucional.

Requer o acolhimento do recurso, a nulidade do auto de infração por ser inconstitucional e a produção de todos os meios de prova.

É o relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade frente à tempestividade, devendo ser conhecido.

A recorrente não discute o mérito das contribuições previdenciárias patronais lançadas no presente Auto de Infração de Obrigação Principal e apuradas através do exame das folhas de pagamento elaboradas pela autuada e registradas em sua contabilidade, de forma que se tornam incontroversos os valores levantados.

A questão trazida aos autos na peça recursal cinge-se à inconformidade da recorrente quanto ao seu não enquadramento como entidade isenta, uma vez que diz implementar todas as condições necessárias para tanto.

Entretanto, no que se refere às arguições da recorrente, devemos considerar que uma entidade pode, efetivamente, ser filantrópica, mas isto não pressupõe que seja isenta das contribuições previdenciárias. A isenção era um benefício regulado, à época dos fatos geradores, pela Lei n.º 8.212/91, no seu artigo 55 e pelo Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, nos artigos 206 em diante, sendo concedida pelo INSS àquelas entidades que cumprirem os requisitos formais e operacionais descritos na legislação e a solicitassem ao Instituto.

Os requisitos a serem cumpridos para o gozo do benefício legal eram aqueles especificados no artigo 55 da Lei n.º 8.212/91. De posse dos documentos formais e estando adequada aos demais requisitos operacionais, a entidade deveria **requerer** a isenção patronal das contribuições previdenciárias ao INSS (art. 55, § 1º da Lei n.º 8.212/91). A isenção, uma vez concedida, retroagia à data do protocolo do pedido (art. 208, §2º, do RPS).

No caso em tela, os documentos acostados no processo não permitem vislumbrar que a entidade era isenta da cota patronal das contribuições previdenciárias no período notificado. A recorrente não apresentou o CEBAS – Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, nem o título de Utilidade Pública Federal, documentos essenciais para o gozo do benefício legal. Ademais, a própria autuada admite que não possui o Ato Declaratório de Isenção das Contribuições Previdenciárias.

Também não é o caso de se falar em direito adquirido, pois na vigência do artigo 55, da Lei n.º 8.212/91, a entidade estaria dispensada de requerer a isenção, se em 1º de setembro de 1977, cumpriu os requisitos estipulados pelo Decreto-Lei n.º 1572/77, ocorre que a autuada foi fundada apenas em 25/03/1998.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade do artigo 55 da Lei n.º 8.212/91, ressalta-se que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Poder Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

Faço referência ao professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, que assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF se auto-impôs regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (que aprovou o Regimento Interno do CARF):

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.

SÚMULAS CONSOLIDADAS CARF PORTARIA MF N.º 383 – DOU de 14/07/2010)

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

Portanto, não vejo como afastar a aplicação do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, eis que vigente a norma legal que estabeleceu critérios para que as entidades beneficentes de assistência social pudessem obter a isenção patronal previdenciária.

O parágrafo 6º do art. 150 da Constituição Federal estabelece que:

*“ Qualquer subsídio ou **isenção** (grifo nosso), redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica federal, estadual ou municipal que regule exclusivamente as materiais acima enumeradas ou o ~~correspondente tributo~~ ou contribuição, sem prejuízo do disposto*

*no art. 155, parágrafo 2º, XII, “g” * (Redação pela Emenda Constitucional 03/93 – D.O. U. 18.03.93)”*

Assim, a isenção, conforme atesta o texto constitucional, só pode ser concedida mediante lei específica, no caso a vigente, Lei n.º 8.212/91, que no seu artigo 55 estabelecia as exigências necessárias a serem cumpridas, cumulativamente, para que a entidade obtivesse a isenção das contribuições previdenciárias de que tratam os artigos 22 e 23, da mesma lei. Nos incisos I e II, do citado artigo 55, constam os requisitos formais, quais sejam : que a entidade seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal e que seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos. De posse dos elementos necessários a **entidade deveria requerer a isenção** ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de acordo com o preceito contido no parágrafo 1º, do citado artigo 55, da Lei n.º 8.212/91.

Além disso, o entendimento de que a lei a que se refere a parte final do § 7º, do art. 195 da Constituição Federal que tem por objetivo definir os requisitos para benefício da imunidade, pode ser perfeitamente a Lei 8.212/91

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Os auditores fiscais do INSS/SRP/RFB, revestidos da competência legal que lhes é conferida, buscam averiguar o correto cumprimento do regramento existente, já que a Seguridade Social deve ser financiada por toda a sociedade, conforme preceito constitucional e a onerosidade deve recair uniformemente sobre os contribuintes, não sendo justo que algumas entidades usufruam benefícios legais sem a contraprestação dos serviços devidos. Os requisitos legais trazidos no artigo 55 da Lei n.º 8.212/91, devem ser cumulativamente obedecidos pela entidade filantrópica para poder usufruir da isenção patronal das contribuições previdenciárias e a fiscalização do INSS deve, porque a lei não lhe dá discricionariedade, verificar o fiel cumprimento dos mesmos, justamente auditando as empresas para verificar se os dados informados anualmente em seus Relatórios de Atividades, expressam a realidade de cada uma. Seria ingênuo pensar que os auditores deveriam aceitar os dados impostos pela entidade, não podendo dos mesmos duvidar nem buscar a sua comprovação.

Ressalte-se que o dever de fiscalizar a atuação das entidades de interesse social deve ser prioridade, não só porque os entes tributantes deixam de arrecadar dividendos, em razão das imunidades e isenções concedidas, mas, sobretudo, porque as referidas pessoas jurídicas atuam com políticas públicas e demandas sociais que se refletem, diretamente, na vida de pessoas, do povo, um dos componentes fundamentais à autonomia do Estado. Quanto mais significativos são os índices que revelam as diferenças sociais de um povo, maior a fragilidade da respectiva nação.

Resta pacificado que as entidades beneficentes de assistência social se **obrigam à gratuidade, além da observância de outros requisitos que venham a assegurar que a**

entidade beneficiária faz jus ao não-pagamento das contribuições para a seguridade social, justamente porque desempenha papel para cujo custeio destina-se o tributo.

A fundamentação ética para a obtenção da isenção das contribuições devidas pela empresa à seguridade social é a certeza de que estas prestarão, no mínimo, senão mais e melhor, a assistência social que presta o Estado com o mesmo recurso financeiro. Em contrapartida, não haveria qualquer sentido uma instituição que não presta nenhum serviço gratuito, ou que o mesmo seja tão ínfimo frente à grandeza de seu empreendimento, não contribuindo em nada com a seguridade social, venha a deixar de pagar contribuições sociais impostas a toda sociedade.

A entidade beneficente de assistência social é aquela que atua de maneira substitutiva ao Estado e por isso contribui em espécie para o pacto social traçado pela Constituição Federal nos seus artigos 194 e 195. Desta feita, fica desonerada das contribuições sociais porque sua atuação benemerente resguarda o mínimo existencial a ser garantido pela seguridade social, o que o faz substitutivamente. Já, as demais entidades detêm apenas a imunidade de impostos, contida no artigo 150, VI, “c” da Constituição Federal de 1988, em respeito ao preceito constitucional referente ao custeio da seguridade social.

Na ação fiscal efetuada, a recorrente não conseguiu comprovar a existência dos requisitos formais essenciais à época da ocorrência dos fatos geradores, para que pudesse usufruir da isenção patronal das contribuições previdenciárias. Por isto, não há reparos a fazer no lançamento efetuado, já que a autuada não possuía a isenção patronal e o crédito, ora lançado, refere-se a estas contribuições.

Deixo de me manifestar sobre a alegada remuneração de diretor, já que a autuação não trata deste tópico.

Por derradeiro, o fisco ao promover a aplicação da multa, efetuou uma comparação entre a multa de 24%, prevista no artigo 35, inciso II, acrescida da multa pelo descumprimento de obrigação acessória e pela multa imposta pela legislação vigente quando do lançamento, multa de ofício de 75%, prevista no artigo 44, da Lei n.º 9.430/96, a fim de apurar o percentual mais benéfico ao contribuinte, que do resultado se mostrou a multa de ofício, sendo então aplicada.

Contudo, meu entendimento é que à luz da legislação vigente, as multas devem ser aplicadas de forma isolada, conforme o caso, por descumprimento de obrigação principal ou de obrigação acessória, da forma mais benéfica ao contribuinte, de acordo com o disposto no artigo 106, do Código Tributário Nacional.

Embora, em algumas vezes, a obrigação acessória descumprida esteja diretamente ligada à obrigação principal, isto não significa que sejam únicas para aplicação de multa conjunta. Pelo contrário, uma subsiste sem a outra e mesmo não havendo crédito a ser lançado, é obrigatória a lavratura de auto de infração se houve o descumprimento de obrigação acessória. As condutas são tipificadas em lei, com penalidades específicas e aplicação isolada.

O art. 44 da Lei n.º 9.430/96, traz que a multa de ofício de 75% incidirá sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Portanto, está claro que as três condutas não precisam ocorrer simultaneamente para ser aplicada a multa:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

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; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Quando o contribuinte tiver recolhido os valores devidos antes da ação fiscal, não será aplicada a multa de 75% prevista no art. 44 da Lei nº 9.430. Porém, se apesar do pagamento não tiver declarado em GFIP, é possível a aplicação da multa isolada do art. 32-A da Lei nº 8.212/91, justamente por se tratar de condutas distintas.

Se o contribuinte tiver declarado em GFIP não se aplica a multa do art. 44 da Lei nº 9.430/96, sendo aplicável somente a multa moratória do art. 61 da Lei nº 9430, pois os débitos já estão confessados e devidamente constituídos, sendo prescindível o lançamento.

A multa do art. 44 da Lei nº 9.430/96, somente se aplica nos lançamentos de ofício. Desse modo, se o contribuinte tiver declarado em GFIP, mas não tiver pago, o art. 44 da Lei 9.430/96 não é aplicado, porque não há lançamento de ofício, pois o crédito já está constituído pelo termo de confissão que é a GFIP. Nas hipóteses em que o contribuinte não tiver recolhido e não tiver declarado em GFIP, há duas condutas distintas: por não recolher o tributo e ser realizado o lançamento de ofício, aplica-se a multa de 75%; e por não ter declarado em GFIP a multa prevista no art. 32-A da Lei nº 8.212/91. Conforme já foi dito, a multa será aplicada ainda que o contribuinte tenha pago as contribuições, conforme previsto no inciso I do art. 32 A.

Pelo exposto, é de fácil constatação que as condutas de não recolher ou pagar o tributo e não declarar em GFIP não estão tipificadas no mesmo artigo de lei, no caso o art. 44 da Lei nº 9.430/96. A lei ao tipificar essas infrações, inclusive em dispositivos distintos, demonstra estar tratando de obrigações, infrações e penalidades tributárias distintas, que não se confundem e tampouco são excludentes.

Portanto, no exame do caso em questão é de se ver que a aplicação do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, na redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores e do lançamento traz percentuais variáveis, de acordo com a fase processual em que se encontre o processo de constituição do crédito tributário e mostra mais benéfico ao contribuinte, uma vez em que se aplicando a redação dada pela Lei nº 11.941/2008, mais precisamente o artigo 35 A da Lei nº 8.212/91, o valor da multa seria mais oneroso ao contribuinte, pois deveria ser aplicado o artigo 44, I da Lei nº 9430/96, já transcrito anteriormente.

Quanto ao protesto pela produção de provas, informo que não deve ser acolhido, uma vez que a Portaria RFB nº 10.875/2007, no art. 7º, inciso III e § 1º, acompanhando os preceitos do art. 16, inciso III, e § 4º, do Decreto nº 70.235/72, limitou o momento para a apresentação de provas, dispondo que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Portaria RFB nº 10.875/2007:

Art. 7º A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

§ 1º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - refira-se a fato ou a direito superveniente;

III - destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do § 1º.

Decreto nº 70.235/72

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;
(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

(...)

§ 4º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.”

A preclusão temporal para a apresentação de provas, no entanto, foi ressalvada nas situações previstas nas alíneas do § 1º do art. 7º da Portaria RFB acima transcritas, mas no caso em análise não restou demonstrada a ocorrência de nenhuma dessas situações.

Por todo o exposto,

Voto pelo provimento parcial do recurso, devendo a multa ser aplicada na forma do artigo 35, da Lei n.º 8.212/91, na redação vigente à época dos fatos geradores.

Liege Lacroix Thomasi, Relatora -

CÓPIA