



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

Processo nº 15940.720166/2012-45
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.968 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2015
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SANATÓRIO SÃO JOÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2007, 01/12/2008 a 31/12/2008

PROVAS.

A dilação probatória fica condicionada à sua necessidade na formação da convicção da autoridade julgadora.

IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO.

A empresa é obrigada a descontar e recolher a contribuição do segurado empregado, respondendo por seu inadimplemento, independentemente de estar ou não gozando da imunidade que se limita às contribuições previdenciárias patronais.

MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO

Se à época dos fatos geradores a multa de ofício não existia para o tributo em questão, ela deve ser excluída do lançamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para excluir a multa de ofício, até a competência 11/2008. Vencido o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão da multa.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ewan Teles Aguiar Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ewan Teles Aguiar, Marcelo Magalhães Peixoto e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – SANATÓRIO SÃO JOÃO LTDA - contra Acórdão nº 14-41.560 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - RPO , que julgou procedente a autuação.

O que se discute nos autos em análise é o AI lavrados em 20/11/2012, sendo cientificado o contribuinte em 24/11/2012, assim descritos:

► DEBCAD 37.069.294-2 - decorrente do descumprimento da obrigação tributária principal referente à contribuição previdenciária devida pelos segurados empregados, incidente sobre o décimo terceiro salário de 2007 e 2008, descontada pela empresa das remunerações e não recolhida, no valor de R\$ 25.775,37 (vinte e cinco mil, setecentos e setenta e cinco reais e trinta e sete centavos), incluindo o principal, juros e multa de ofício.

Nos termos do Relatório Fiscal, foram analisadas as informações constante nos sistemas da fiscalização da Receita Federal do Brasil – RFB e os livros e documentos apresentados pela empresa durante o procedimento fiscal.

Em atenção à regra exposta no artigo 106, II, “c” do CTN, que impõe – em caso de alteração legal superveniente à ocorrência do fato gerador e de lançamento ainda não definitivamente julgado - a aplicação da penalidade menos gravosa ao sujeito passivo, foi aplicada a multa de ofício prevista no artigo 44, I da Lei 9.430/96, em virtude da alteração promovida no artigo 35 da Lei 8.212/91, pela Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, conforme esclarecimentos detalhados no Relatório Fiscal.

Irresignada, a autuada apresentou impugnação na qual alega que:

- *Por decisão judicial, o fisco está impedido de constituir o crédito tributário, ainda que com o objetivo de prevenir a decadência, antes do julgamento definitivo da ADI 2028;*

- *A autuada goza de imunidade, inclusive reconhecida judicialmente.*

- *A suspensão da exigibilidade do crédito perdurou de 2000 a 2008, quando provido agravo de instrumento que reformou a liminar concedida em sede de ação cautelar.*

- *Foi proferida sentença julgando improcedentes os pedidos da autuada, contudo, referida decisão não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, pois é equivocado o entendimento de que os requisitos para fruição da imunidade possam ser instituídos por lei ordinária. Discorre acerca da controvérsia do tema e afirma que o STF ainda não sedimentou entendimento quanto ao tema.*

- *A fiscalização baseou-se em decisão proferida pelo STF em 1999, quando da análise de pedido de concessão de liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referido entendimento já está ultrapassado, “sendo*

certo que o Supremo Tribunal Federal adotará medidas para proceder ao julgamento conforme determina a boa técnica, pugnano pela inconstitucionalidade de qualquer requisito para fruição de imunidades tributárias que esteja sendo veiculado por intermédio de lei ordinária”.

- Da referida sentença, foi interposta apelação em 22/08/2012, pendente de julgamento no TRF.

- Discorre a respeito da imunidade tributária, da importância dos serviços de saúde, dos princípios constitucionais aplicáveis.

- Aduz que o fisco está descumprindo a decisão judicial, ainda que não definitiva, que obsta o nascimento da obrigação tributária.

- Descreve as dificuldades enfrentadas na administração da instituição, inclusive com interdição judicial de uma das sócias. Aduz que os atos praticados por esta sócia não são válidos. Menciona a crise financeira enfrentada e informa que caso não sejam excluídos os créditos lançados não lhe restará outra alternativa além de recorrer ao Poder Judiciário.

- Resume seus argumentos concluindo que o crédito não poderia existir pois, consequência de uma administração desastrosa e contrário à decisão judicial.

- Impetrou mandado de segurança objetivando consolidar seus débitos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/2009 (Refis da Crise). Mesmo a ação mandamental ainda não tendo sido julgada, a fiscalização não poderia efetuar o lançamento. Esclarece que renunciou às discussões judiciais, pagando as parcelas no valor estipulado até o mês anterior ao da consolidação, mas ainda assim, o fisco lhe negou o direito à consolidação do parcelamento.

- Não pode subsistir a multa aplicada. Não houve pagamento parcial ou a menor, não houve preenchimento equivocado da GFIP e, não houve falta de declaração ou declarações inexatas. Para a qualificação da multa é necessário que haja a comprovação da intenção de fraude, o que não se verifica no caso concreto. Invoca o princípio da vedação ao confisco e alerta pela impossibilidade de pagamento dos valores excessivos.

Ao final, pugna pela nulidade do processo ante a inobservância da decisão judicial, pela desconstituição dos AI que integram o feito, a exclusão da multa ou sua redução, bem como dos juros aplicados ao mínimo possível, além da realização das necessárias diligências, inclusive pericial, bem como a produção de todas as provas admitidas.

A **impugnação** apreciada pela 9ª Turma da DRJ/São José do Rio Preto, manteve hígido o lançamento, tendo sido expressa a seguinte Ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2007, 01/12/2008 a 31/12/2008

PROVAS.

A dilação probatória fica condicionada à sua necessidade na formação da convicção da autoridade julgadora.

IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO.

A empresa é obrigada a descontar e recolher a contribuição do segurado empregado, respondendo por seu inadimplemento, independentemente de estar ou não gozando da imunidade que se limita às contribuições previdenciárias patronais.

MULTA DE OFÍCIO.

Será aplicada a multa de ofício quando verificada a falta de pagamento ou recolhimento, a falta de declaração ou declaração inexata, constatando-se tais situações de forma objetiva, dispensando-se a verificação do elemento subjetivo da conduta do agente.

MULTA DE OFÍCIO. RETROATIVIDADE.

Aos fatos geradores anteriores à Medida Provisória 449/2008, aplica-se a multa de ofício quando esta mostrar-se menos severa ao sujeito passivo do que às multas previstas na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO. AFASTAMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa é incompetente para afastar a aplicação da legislação vigente em decorrência da argüição de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Intimada da Decisão em 23/05/2013(fl. 126), persistindo inconformado o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual repisa os argumentos trazidos quando de sua impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ewan Teles Aguiar, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

Avaliados os pressupostos, passo ao Mérito.

QUANTO AO MÉRITO

Do Requerimento pela Produção de Provas:

A autuada requereu a produção de todas as provas necessárias e admitidas, inclusive prova pericial e diligências.

O ordenamento jurídico contempla regras garantidoras da celeridade processual e, nesse sentido, os elementos trazidos aos autos são suficientes à formação da convicção necessária ao seu julgamento, cabendo o indeferimento do pleito para a produção de outras provas, posto serem desnecessárias, o que se faz com fulcro na Portaria 10.875/2007, artigo 11, e Decreto 70.235/72, artigo 18.

Das Contribuições Lançadas:

O lançamento refere-se à contribuição previdenciária dos segurados empregados, descontada pela empresa e não recolhida por esta.

A autuada alegou que o crédito tributário não poderia ter sido constituído pois contrário à decisão judicial, proferida em processo no qual pleiteia o reconhecimento de sua condição de entidade beneficente e, por conseguinte, beneficiária da imunidade das contribuições previdenciárias.

No entanto, tal controvérsia não tem qualquer relação com as contribuições objeto do presente AI, pois, ainda para as empresas que gozam da imunidade em questão, persiste a obrigação de efetuar o recolhimento da contribuição dos segurados.

O caso sob análise refere-se à contribuição dos segurados, não abrangida pela imunidade tratada no artigo 195, § 7º da Constituição Federal.

Assim, independentemente de ser ou não beneficiária da imunidade em questão, tem a autuada a obrigação de descontar a contribuição do segurado que lhe presta serviços, e efetuar o recolhimento decorrente, respondendo em caso de inadimplemento.

Quanto ao argumento de que houve a interdição judicial de uma das sócias da instituição e, por isso, os atos por ela praticados não são válidos, tal alegação não interfere na ocorrência do fato gerador, nos termos dos artigos 114 e 116 do CTN e na decorrente obrigação da autuada de efetuar o recolhimento da contribuição.

E por fim, no que se refere às dificuldades financeiras da instituição, é certo que a autoridade fiscal não pode por esse motivo, deixar de proceder ao lançamento - atividade plenamente vinculada nos termos do artigo 142 do CTN.

Dos Juros e da Multa:

Quanto aos juros não há qualquer reparo a ser feito ao acórdão recorrido. Os juros impostos à recorrente são aqueles dispostos na legislação de regência, não podendo a autoridade administrativa não aplicá-la no caso concreto, visto que a atuação de lançamento é vinculada e obrigatória nos termos do art. 142 do CTN.

No que se referem à multa aplicada, se exige tecer alguns comentários.

A MP nº 449, convertida na Lei nº 11.941/09, que deu nova redação aos arts. 32 e 35 e incluiu os arts. 32-A e 35-A na Lei nº 8.212/91, trouxe mudanças em relação à multa aplicada no caso de contribuição previdenciária.

Assim dispunha o art. 35 da Lei nº 8.212/91 antes da MP nº 449, *in verbis*:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (sem destaques no original)

Verifica-se, portanto, que antes da MP nº 449 **não havia multa de ofício. Havia apenas multa de mora** em duas modalidades: decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea e decorrente da notificação fiscal de lançamento, conforme previsto nos incisos I e II, respectivamente, do art. 35 da Lei nº 8.212/91, então vigente.

Nesse sentido dispõe a hodierna doutrina (Contribuições Previdenciárias à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais / Elias Sampaio Freire, Marcelo Magalhães Peixoto (coordenadores). – Julio César Vieira Gomes (autor) – São Paulo: MP Ed., 2012. Pág. 94), *in verbis*:

“De fato, a multa inserida como acréscimo legal nos lançamentos tinha natureza moratória – era punido o atraso no pagamento das contribuições previdenciárias, independentemente de a cobrança ser decorrente do procedimento de ofício. Mesmo que o contribuinte não tivesse realizado qualquer pagamento espontâneo, sendo, portanto, necessária a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ainda assim a multa era de mora. (...) Não se punia a falta de espontaneidade, mas tão somente o atraso no pagamento – a mora.” (com destaque no original)

Com o advento da MP nº 449, que passou a vigorar a partir 04/12/2008, data da sua publicação, e posteriormente convertida na Lei nº 11.941/09, foi dada nova redação ao art. 35 e incluído o art. 35-A na Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

*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 nº 11.941, de 2009).*

*Art. 35-A. Nos casos de **lançamento de ofício** relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009). (sem destaques no original)*

Nesse momento surgiu a multa de ofício em relação à contribuição previdenciária.

Logo, tendo em vista que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 144 do CTN, **tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos até 11/2008**, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 11/2008, com base no artigo 35 da Lei nº 8.212/91, tendo em vista que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, comine-lhe 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 nº 9.430/96, **que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%**, em comparativo com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91, para determinação e prevalência da multa mais benéfica, **no momento do pagamento**.

Processo nº 15940.720166/2012-45
Acórdão n.º **2403-002.968**

S2-C4T3
Fl. 159

Assim, no caso em julgamento, não se admite manter a **multa de ofício** até a competência 11/2008.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, e no **mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL**, tão somente no tocante à exclusão da multa de ofício até a competência 11/2008.

É como voto.

Ewan Teles Aguiar