



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18088.720282/2012-50
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-005.656 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de julho de 2021
Recorrente SERVICO DE NEFROLOGIA DE SAO CARLOS S/S
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Exercício: 2007, 2008, 2009

CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF N.º 1.

Ação judicial interposta que discute o mesmo objeto que trate do processo administrativo, importa a renúncia ao contencioso, Súmula CARF n.º 1 desse Conselho: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

MULTA DE OFÍCIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO

A multa de ofício é devida em quaisquer das modalidades de lançamentos tributários. Independentemente do tributo ter como característica o lançamento por homologação, desde que não recolhido no prazo legal, a autoridade administrativa tem o poder-dever de lançar a multa a razão de 75%.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso e, na parte em que foi conhecida, negar-lhe provimento. Este julgamento seguiu a sistemática dos recursos repetitivos, sendo-lhes aplicado o decidido no Acórdão nº 1401-005.655, de 20 de julho de 2021, prolatado no julgamento do processo 18088.720281/2012-13, paradigma ao qual o presente processo foi vinculado.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente Redator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, José Roberto Adelino da Silva, Daniel Ribeiro Silva, Letícia Domingues Costa Braga, Itamar Artur Magalhães Alves Ruga e André Severo Chaves.

Relatório

O presente julgamento submete-se à sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 47, §§ 1º e 2º, Anexo II, do Regulamento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Dessa forma, adoto neste relatório o relatado no acórdão paradigma.

Contra a contribuinte acima qualificada foram lavrados os Autos de Infração para exigência de créditos tributários, referentes aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009.

Os referidos autos de infração são decorrentes do procedimento de fiscalização efetuada junto à contribuinte, na qual a fiscalização constatou infração à legislação do IRPJ, resultando na infração Aplicação Indevida de Percentual de Determinação do Lucro Presumido.

Na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal dos respectivos autos de infração e no Relatório Fiscal, a autoridade autuante descreve detalhadamente todas as informações concernentes ao procedimento fiscal e relata as apurações efetuadas.

A auditoria no contribuinte acima identificado restringiu-se ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) do período em questão.

O contribuinte optou pela tributação pelo lucro presumido e, indevidamente, utilizou a base de cálculo presumida de 8% e 12% respectivamente, sobre o IRPJ e CSLL

Segundo a legislação tributária, para apuração da base de cálculo presumida de IRPJ e de CSLL utilizando-se os coeficientes de 8% e 12%, os correspondentes requisitos, de acordo com os fatos geradores, são os seguintes (serviços hospitalares):

- A partir de 27/04/2005 até 09/12/2007, IN SRF nº 480, de 2004, na redação dada pela IN SRF nº 539, de 2005, tratadas pela RDC nº 50, de 2002;
- De 10 de dezembro de 2007 até 31 de dezembro de 2008, Ato Declaratório Interpretativo (ADI RFB nº 19/2007);
- A partir de 1º de janeiro 2009, artigo 29 da Lei nº 11.727, de 2008;
- Deve-se ainda salientar que a prestadora destes serviços deve estar organizada sob a forma de sociedade empresária, “o que pressupõe a existência de estrutura empresarial, em que se reúnem fatores de produção e circulação, de forma massificada, com profissionalismo, economicidade, valendo-se de profissionais contratados para exercício da atividade de saúde à qual a pessoa jurídica se dedica” (extraído da Solução de Consulta 138 SRRF 06/DISIT de 01/09/2009);
- Acrescente-se que o conceito sumário de sociedade empresária apresentado na solução de consulta acima citada condiz com as definições do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), e segue a orientação da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit), conforme consta na Solução de Divergência Cosit nº 1, de 2006.

Nos atos constitutivos apresentados pelo contribuinte, nota-se que a sociedade é prestadora de serviços (sociedade simples) registrada em cartório.

O contribuinte está estabelecido dentro da Irmandade de Santa Casa de Misericórdia de São Carlos. Não se pode dizer que o contribuinte tem estrutura material para atendimento aos pacientes, pois quem possui essa estrutura é terceiro (o hospital onde ele está estabelecido).

A prestação de serviço é feita pelo contribuinte (pelos sócios, que são médicos) e também pelos auxiliares (nenhum médico - conforme livro de registro de empregados).

Conclui-se que, nem na forma e nem na prática, o contribuinte é uma Sociedade Empresária segundo descrito no Código Civil e Solução de Divergência COSIT 01/2006.

Em resumo, não se enquadra o contribuinte, no período analisado, na legislação para utilização reduzida do percentual do lucro presumido, porque - Serviços NÃO são prestados por sociedade empresária. Além disso, a pessoa jurídica não possuía estrutura física condizente com o disposto no item 3 da Parte II da retrocitada RDC da Anvisa.

O contribuinte também declarou, em resposta ao termo de início de fiscalização, que é beneficiário de decisão judicial relacionada ao IRPJ e CSLL, que dá direito ao recolhimento (no lucro presumido) de percentuais de 8% e 12% da base de cálculo, respectivamente.

Porém, em consulta ao processo 001940.51.2009.4.03.6115, verifica-se que a apelação foi recebida com ambos os efeitos (DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO).

Isso posto, conclui-se que não poderia o contribuinte, no período em análise, ter calculado a base do IRPJ e CSLL presumida a 8% e a 12%. O cálculo feito erroneamente fez com que surgissem diferenças nos valores declarados de IRPJ e CSLL.

Concernente aos períodos nos quais foram feitos os respectivos depósitos judiciais, o crédito tributário está suspenso (Art 151 do CTN) e será feito o lançamento do crédito tributário apenas para prevenir a decadência, sem multa de ofício.

Porém, no caso do IRPJ, 3º trimestre de 2009 o contribuinte depositou valor a menor. Não foi depositado integralmente o crédito tributário e, diante do exposto, nesse trimestre o crédito tributário não está suspenso. O artigo 151 do CTN prevê a suspensão se houver DEPÓSITO INTEGRAL do crédito tributário, o que não foi o caso. A MM Juíza Federal, em sua sentença, descreve que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário depende de sua integralidade.

No auto de infração, foi apostado na planilha no item “coeficiente utilizado”: 0%. Porém, nas planilhas foram considerados os valores declarados pelo contribuinte em DCTF e também os retidos na fonte. Assim, o tributo cobrado neste auto de infração é calculado sobre uma base de cálculo utilizando o coeficiente de 32% (correta), descontando-se os valores já apurados e declarados em DCTF pelo contribuinte fiscalizado, tanto no caso do IRPJ quanto no caso da CSLL.

DA IMPUGNAÇÃO

Devidamente notificada, SERVIÇO DE NEFROLOGIA DE SÃO CARLOS S/S apresentou impugnação:

A Impugnante é pessoa jurídica na área de prestação de serviços médico-hospitalares, devidamente:

i) registrada no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, classificada como clínica especializada;

ii) registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de São Carlos

iii) com Alvará de Licença, autorizada a estabelecer-se com a atividade de: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES NAS ÁREAS DE NEFROLOGIA, TRATAMENTOS DIALÍTICOS (HEMODIÁLISE, - DIÁLISE, PERITONIAL, CAPEDIÁLISE, AMBULATORIAL CONTÍNUA)

Conforme já noticiado, há decisão no processo judicial nº 001940.51:2009.4.03.6115, que declarou que a empresa tem direito a incidência dos percentuais de 8%, no caso do IRPJ, e de 12%, no caso de CSLL. Vale destacar que está estabelecido na sentença que esta decisão está sujeita ao duplo grau de jurisdição, ou seja, deverá ser julgada pelo TRF da 3ª Região.

Foi interposto Recurso de Apelação pela impugnante, pleiteando apenas a majoração dos honorários sucumbenciais. Além disso, conforme constatado pelo próprio Auditor Fiscal, a mesma foi recebida em ambos os efeitos "Devolutivo e Suspensivo", o que vale dizer que se encontra suspensa a executividade até decisão final e trânsito em julgado.

A empresa continua a depositar em juízo os valores referentes a IRPJ e CSLL e, o que se encontra suspenso, é a executividade e não a decisão de 1º grau.

Assim, a Impugnante tem direito à redução da base de cálculo do IRPJ sobre o lucro presumido, no percentual de 8,00% e de 12,00% da CSLL, até então controvertida, pela aplicação do disposto no art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95.

Recentemente, o STJ manifestou-se no sentido de que, independentemente e da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a mens legis. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados, diretamente à promoção da saúde.. Em regra, mas não necessariamente, são-prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos.

PRELIMINAR

Por ora, cabe demonstrar que a impugnante é beneficiária de decisão judicial, proferida pela primeira Vara da Justiça Federal de São Carlos/SP, processo nº 0001940-51.2009.403.6115, onde; foi concedido o benefício da contribuição da alíquota reduzida, bem como, a restituição das parcelas pagas a maior nos últimos cinco anos.

Não bastassem tais esclarecimentos e a decisão já noticiada, a matéria em questão restou pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 1116399/BA, em 28/10/2009, sob o regime do art. 543-C. do CPC.

DO DIREITO

De início, a Impugnante relatou os diversos atos normativos que abordaram o conceito de serviços hospitalares.

Finalmente, o ADI da RFB. 19/2007, para efeito de enquadramento no conceito de serviços hospitalares a que se refere o art. 15, § 1º, III, a, da Lei nº 9.249/1995, adotou na íntegra o conceito previsto no art. 27 da IN 480/2004, com a nova redação conferida pela IN 791/2007. Entretanto, não se deve perder de vista que o art. 15, § 1º, III, "a", da Lei nº 9.249/95 explicitamente concede o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não na pessoa do contribuinte que executa a "prestação de serviços hospitalares".

Se a intenção do legislador fosse beneficiar determinados contribuintes em face de suas características particulares, concedendo, assim, uma isenção subjetiva, a regra deveria referir-se a esses sujeitos, e não ao serviço por eles prestado.

Dessa forma, não se deve restringir o benefício aos hospitais, até mesmo porque, se esse fosse o propósito da lei, caberia explicitar-se que a concessão estaria dirigida apenas a esses estabelecimentos, pois nada o impediria de ter assim procedido.

DA JURISPRUDÊNCIA

A Impugnante analisou e transcreveu jurisprudência do STJ e precedentes administrativos.

Tendo em vista que a Lei 9.249/95 não fez nenhuma exigência referente ao contribuinte que presta serviços hospitalares, não pode ato infralegal passar a exigi-lo. A pretexto de realizar-se uma interpretação restritiva da norma, não se pode transformar o benefício em subjetivo quando foi instituído em termos objetivos.

Por serviços hospitalares compreendem-se então, àqueles que estão relacionados às atividades desenvolvidas nos hospitais, ligados diretamente à promoção da saúde, podendo ser prestados no interior do estabelecimento hospitalar, mas não havendo esta obrigatoriedade. Deve-se, por certo, excluir do benefício simples prestações de serviços realizadas por profissionais liberais consubstanciadas em consultas médicas, já que essa atividade não se identifica com as atividades prestadas no âmbito hospitalar, mas, sim, nos consultórios médicos.

Por fim,, ressalte-se que todos os argumentos acima delineados são também aplicáveis à tributação da CSLL, já que a opção legislativa inserta no art. 20 da Lei 9.249/95 adotou para a tributação dessa contribuição a mesma sistemática determinada para o imposto de renda.

CONCLUSÃO

Diante de todas as argumentações apresentadas, podemos concluir:

I - O benefício fiscal do art. 15, § 1º, III, "a", da Lei 9.249/95, alterado pelo art. 29 da Lei nº 11.727/08, é objetivo, estando focado nos serviços prestados e não subjetivo, considerando a pessoa do contribuinte que executa a prestação de serviços hospitalares, visando a reduzir a carga tributária em função do fato tributado, ou seja, da renda decorrente da prestação de "serviços hospitalares";

II - as Instruções Normativas 480/2004 e 539/2005 extrapolaram os ditames da Lei 9.249/95 sendo, portanto, ilegais;

III - de acordo com a Resolução DC 50/2002 - ANVISA (alterada pela Resolução DC 189/2003), considera-se "serviços hospitalares" a prestação de atendimento eletivo de promoção e assistência à saúde por Estabelecimentos Assistenciais de Saúde -EAS, neles estando compreendidos:

a) os serviços prestados em regime ambulatorial e de hospital-dia, incluindo-se às consultas médicas realizadas em consultório inserido na estrutura de estabelecimento que disponibilize ao paciente, serviços de apoio ao diagnóstico e terapia; e/ou

b) a prestação de atendimento imediato de assistência à saúde (atendimentos de urgência e atendimentos de emergência); e/ou

c) os serviços prestados em regime de internação; e/ou

d) os serviços de apoio ao diagnóstico e terapia, ainda que prestados por profissionais liberais em consultórios não localizados em Estabelecimentos Assistenciais de Saúde - EAS.

Não pairam dúvidas, portanto, que o tipo de atividade desenvolvida por uma clínica médica não decorre da circunstância do serviço ser prestado pelo sócio ou por outra pessoa qualquer.

Desta forma, conclui-se que as clínicas médicas, enquanto estabelecimentos de assistência à saúde, prestam serviços hospitalares, podendo calcular o lucro presumido para fins de IRPJ com percentual de 8% e a CSLL com percentual de 12%, sendo ilegítima qualquer pretensão em sentido contrário.

DO EFEITO SUSPENSIVO

A presente impugnação administrativa, nos termos do Código Tributário Nacional, deverá ser recebida no efeito suspensivo.

DA MULTA DE OFÍCIO

Tais multas só podem ser aplicadas quando há lugar para lançamento de ofício, em sentido estrito, não sendo por outra razão que elas têm o nomen iuris de multas de ofício. Agora, se todas as informações, dados e valores do histórico fiscal do contribuinte são por este fornecidos ao Fisco, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, ele não pode ser penalizado com esse tipo de multa.

Note-se que, quando se fala em lançamento de ofício é o lançamento tributário realizado pela autoridade fiscal competente, desde o seu início, sem qualquer tipo de auxílio ou intervenção por parte do contribuinte. Trata-se de procedimento em que toca exclusivamente a ela, autoridade fazendária competente para tanto, com respaldo no art. 149 do mesmo CTN, verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, aplicar a penalidade cabível.

Seria contrário aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade penalizar-se com multa de 75% ou de 150% do valor do tributo não recolhido, ou insuficientemente recolhido, o contribuinte que, cumprindo obrigação tributária acessória, vale dizer, desincumbindo-se de seus deveres instrumentais para com a administração tributária, forneceu-lhe todas as informações necessárias à determinação e valoração qualitativa e quantitativa dos fatos impositivos dos quais resultou o crédito tributário cobrado.

Assim, *Ad argumentandum*, caso V.Sas, entendam devida a aplicação da multa, que a mesma fique limitada nos termos da Lei 9.430/96, artigo 61, parágrafo 2º; que conforme previsto no art. 106, inciso II, alínea "c" da Lei nº 5.172/66 deverá ser aplicado ao presente caso.

DO PEDIDO

A procedência da presente Impugnação com o consequente cancelamento do Auto de Infração mencionado, como medida de inteira justiça.

Quando do julgamento pela Delegacia de origem, a decisão manteve o crédito tributário.

Inconformada, apresentou a contribuinte recurso a esse Conselho alegando basicamente as mesmas razões de sua impugnação.

Este é o relatório do essencial.

Voto

Tratando-se de julgamento submetido à sistemática de recursos repetitivos na forma do Regimento Interno deste Conselho, reproduz-se o voto consignado no acórdão paradigma como razões de decidir:

O recurso é tempestivo, pois foi proposto dentro do prazo de 30 dias da ciência da ciência do acórdão da Delegacia de origem.

Quanto ao conhecimento do recurso, veja-se que há concomitância entre este e ação ajuizada pela Contribuinte, ora recorrente, para ter reconhecido seu "direito de efetuar o recolhimento do imposto às alíquotas de 8% e 12, respectivamente sobre o IRPJ e a CSLL.

Conforme andamento no site do TRF e STJ, o processo transitou em julgado sendo que a matéria discutida é a mesma dos autos, qual seja a redução das alíquotas do IRPJ e CSLL por ser a empresa prestadora de serviços hospitalares:

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 0001940-51.2009.4.03.6115/SP

2009.61.15.001940-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal MARCELO SARAIVA

APELANTE : SERVICO DE NEFROLOGIA DE SAO CARLOS S/C LTDA

ADVOGADO : SP290695 VERA LÚCIA PICCIN VIVIANI e outro(a)

APELANTE : Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : SP000004 RAQUEL VIEIRA MENDES E LÍGIA SCAFF VIANNA

APELADO(A) : OS MESMOS

REMETENTE : JUIZO FEDERAL DA 1 VARA DE SAO CARLOS - 15ª SSJ/SP

No. ORIG. : 00019405120094036115 1 Vr SAO CARLOS/SP

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA. PRESTADORA DE SERVIÇOS HOSPITALARES APÓS O ADVENTO DA ART. 29 DA LEI N. 11.727/2008. CONSTITUIÇÃO. SOCIEDADE SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL.

1. Redução de alíquota do IRPJ e da CSLL, prevista na Lei 9.249/95. Interpretação da expressão "serviço hospitalar". Possibilidade com exclusão das receitas atinentes às consultas médicas. REsp 1116399/BA.

2. Todavia, para os fatos geradores ocorridos após a entrada em vigor da Lei 11.727/2008, com as alterações promovidas no art. 15, §1º, III, "a", da Lei 9.249/95, devem as empresas se apresentar sob a forma de sociedade empresária.

3. In casu, a parte autora se revela como sociedade simples, no momento da ocorrência dos fatos geradores, o que impede o gozo do benefício fiscal. Precedentes.

4. Acerca do pagamento de verba honorária, de acordo com entendimento existente nesta E. Turma, com o qual me filio, o montante a ser pago a título de honorários advocatícios nesta hipótese, deve ser fixado em 10% (dez) por cento sobre o valor da causa (R\$ 18.694,00 - fls.28), devidamente atualizado, além das custas na forma lei.

5. Apelação da União Federal e remessa oficial providas. Apelação da parte autora prejudicada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da União Federal e remessa oficial e julgar prejudicada a apelação da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2017.

MARCELO SARAIVA

O andamento do STJ dá conta do trânsito em julgado do agravo em recuso especial interposto pela Contribuinte em 26/02/2020:

AREsp nº 1495913 / SP (2019/0123244-5) autuado em 10/05/2019

Detalhes Fases Decisões Petições Pautas

26/02/2020 16:59 Baixa Definitiva para TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (22)

26/02/2020 16:59 Transitado em Julgado em 26/02/2020 (848)

30/12/2019 07:21 PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL intimado eletronicamente da(o) Ementa / Acórdão em 30/12/2019 (300104)

30/12/2019 05:59 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL intimado eletronicamente da(o) Ementa / Acórdão em 30/12/2019 (300104)

19/12/2019 10:45 Disponibilizada intimação eletrônica (Acórdãos) ao(à) PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL (300105)

19/12/2019 09:00 Disponibilizada intimação eletrônica (Acórdãos) ao(à) MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (300105)

19/12/2019 05:24 Publicado EMENTA / ACORDÃO em 19/12/2019 Petição Nº 471030/2019 - AgInt (92)

Julgamento Eletrônico

AgInt no AREsp 1495913(2019/0123244-5 de 19/12/2019)

EMENTA / ACORDÃO

RELATÓRIO E VOTO- Min. GURGEL DE FARIA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

18/12/2019 21:45 Disponibilizado no DJ Eletrônico - EMENTA / ACORDÃO (1061)

17/12/2019 18:47 Ato ordinatório praticado - Acórdão encaminhado à publicação - Petição Nº 2019/0471030 - AgInt no ARE

Nesse sentido, tendo em vista a concomitância entre aquele e esse, não conheço parcialmente do recurso, conforme súmula n.º 1 desse Conselho:

Súmula CARF nº 1:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Com relação a aplicação da multa à razão de 75%, reproduzo o voto da Delegacia de origem abaixo:

Diante da alegação trazida pelo contribuinte de que a multa no percentual de 75% seria contrária aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e,

portanto, inconstitucional, é devido esclarecer que o administrador é um mero executor de normas não lhe cabendo questionar a legalidade ou constitucionalidade dessas. A análise de teses contra a legalidade ou a constitucionalidade de normas é privativa do Poder Judiciário, conforme competência conferida constitucionalmente. Nesse sentido súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf):

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

O art. 26-A do PAF, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, resultante da conversão da MP nº 449, de 2008, é claro no sentido de que o julgador administrativo não pode afastar a aplicação de lei sob o fundamento de violação da constituição:

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

Também o artigo 7º, incisos IV e V da Portaria MF nº 341, de 2011, determina que o julgador de primeira instância está vinculado às leis, assim como às normas regulamentares, inclusive, a entendimentos da Receita Federal expressos em atos normativos:

Portaria MF nº 341/2011

Art. 7º São deveres do julgador:

(...)

IV - cumprir e fazer cumprir as disposições legais a que está submetido; e

V - observar o disposto no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, bem como o entendimento da RFB expresso em atos normativos.

Art. 116, III da Lei nº 8.112/90

Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

III - observar as normas legais e regulamentares;

Assim, o julgador administrativo, por força de sua vinculação ao texto da norma legal e ao entendimento que a ele dá o Poder Executivo, deve limitar-se a aplicá-la, sem emitir qualquer juízo de valor acerca da sua constitucionalidade ou outros aspectos de sua validade.

A multa de ofício por falta de recolhimento do tributo devido no percentual de 75% está prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, in verbis:

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

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

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Encontrando-se a multa de ofício de 75% prevista no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, e como tal dispositivo não foi declarado inconstitucional ou ilegal até o presente momento, considera-se devida a sua aplicação.

Já as alegações da defesa de que todas as informações, dados e valores do histórico fiscal da contribuinte foram por ela fornecidos ao Fisco, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, por isso ela não poderia ser penalizada com esse tipo de multa, seriam cabíveis no caso de multa de ofício agravada, prevista no art. 44, § 2º da Lei nº 9.430, de 1996.

Todavia, o agravamento da multa de ofício não ocorreu no Auto de Infração, ora apreciado, não cabendo enfrentar essa questão.

Mantida a multa de ofício aplicada no percentual de 75%.

Por outro lado, apenas *ad argumentandum*, se os depósitos tivessem sido realizados no montante integral, realmente não seria devida a multa de ofício, conforme súmula desse Conselho:

Súmula CARF nº 17

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Entretanto, os valores lançados foram somente aqueles que não estavam depositados em seu montante integral e, por esse motivo, devida a multa de ofício.

Assim, pelo acima exposto, conduzo meu voto para conhecer parcialmente do recurso, e na parte conhecida, negar-lhe provimento, mantida a decisão da Delegacia de origem por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Conclusão

Importa registrar que nos autos em exame a situação fática e jurídica encontra correspondência com a verificada na decisão paradigma, de tal sorte que, as razões de decidir nela consignadas, são aqui adotadas não obstante os dados específicos do processo paradigma citados neste voto.

Dessa forma, em razão da sistemática prevista nos §§ 1º e 2º do art. 47 do anexo II do RICARF, reproduzo o decidido no acórdão paradigma, no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, na parte em que foi conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves – Presidente Redator