



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

Processo nº 18108.000555/2007-01
Recurso nº 160.686 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.233 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de outubro de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FUNDAÇÃO CÁSPER LÍBERO
Recorrida DRJ-SÃO PAULO I/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/2005 a 28/02/2007

MATÉRIA SUB JUDICE - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

CO-RESPONSÁVEIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES Os co-responsáveis elencados pela auditoria fiscal não integram o pólo passivo da lide. A relação de co-responsáveis tem como finalidade cumprir o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 28/02/2007

ISENÇÃO - CEAS - CERTIFICADO DE ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - DEFERIMENTO POSTERIOR A existência de CEAS concedido posteriormente não supre a ausência do referido certificado para fins de usufruto de isenção relativamente a período pretérito

MULTA DE MORA - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - RETROATIVIDADE BENIGNA - INOCORRÊNCIA Havendo lançamento de ofício, não há que se aplicar as disposições contidas no § 2º do art. 61 da Lei nº 9430/1996. O princípio da retroatividade benigna só é aplicado se restar demonstrado que a legislação posterior é mais favorável ao sujeito passivo.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

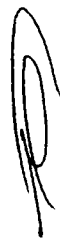


MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Rogério de Lellis Pinto, Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Convocada).



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SEBRAE e INCRA).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 37/41) a entidade em referência teve a isenção cancelada por meio do Ato Cancelatório nº 21.401.4/003/2005. De tal decisão apresentou recurso ao CRPS que pelo Acórdão nº 1024/2006 da então 4ª Câmara de Julgamentos não conheceu do recurso apresentado.

O Ato Cancelatório decorreu do fato do pedido de renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS ter sido indeferido para o triênio 2001/2003.

Contra o indeferimento do pedido de renovação a entidade impetrou Mandado de Segurança nº 2003.34.00.011078-7, o qual teve sentença proferida julgamento improcedente o pedido.

Apresentou ainda o pedido da 4ª e 5ª Renovação do CEAS, pelos processos nº 71010.002538/2003-39 e 71010.003805/2006-8, formalizados tempestivamente e que estariam aguardando análise.

Contra o Acórdão nº 1024/2006 da 4ª CaJ do CRPS, a notificada teria interposto Pedido de Nulidade do Ato Administrativo consubstanciado no acórdão encimado perante o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Previdência Social em 12/09/2006, o qual estaria pendente de decisão.

Paralelamente, ingressou com Ação Declaratória de Imunidade da Contribuição Social, Processo nº 2005.61.00.022945-2 perante a 17ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, a qual foi julgada improcedente. Houve recurso junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região sob nº 2006.03.00.084052-0 que estaria pendente de decisão.

A notificada apresentou defesa (fls. 162/178) onde alega que o fato de seu pedido de renovação do Certificado de Assistência Social ter sido indeferido pela autoridade administrativa não poderia ser apontado com embasamento para a exigência de recolhimento de contribuições previdenciárias.

Entende que, embora o legislador constituinte faça menção, no § 7º, do art. 195, da Constituição Federal, à isenção, na verdade está se referindo à imunidade. Assim, o veículo normativo competente para regulamentar tal direito seria Lei Complementar.

Desse modo, considera que as condições a serem preenchidas pelas entidades beneficentes de assistência social para o gozo do benefício de que trata o art. 95, § 7º da CF são as previstas nos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional.

Aduz que a lei ordinária estaria exigindo o cumprimento de requisitos não previstos pela lei complementar competente e conclui que a exigência de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS é ilegal e inconstitucional.

Alega que possui direito adquirido à imunidade tributária, uma vez que já gozava da mesma na ocasião da publicação do Decreto-Lei nº 1.577/1997, por força da Lei nº 3.577/1959.

Por fim, manifesta seu inconformismo no sentido de que seria ilegal a inclusão de diretores no pólo passivo.

Pelo Acórdão nº 16.17.522 (fls. 203/213), a 11ª Turma da DRJ/SPOI julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 219/241) efetuando repetição dos argumentos já apresentados em defesa.

Posteriormente, a recorrente vem aos autos informar que possui recurso de reconsideração relativa à renovação de seu Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEAS e que se enquadraria na hipótese prevista na Medida Provisória nº 446/2008, na qual considera-se deferido seu CEAS.

Dessa forma, entende que cumpre o requisito que gerou o lançamento ora impugnado.

De igual modo, com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, a recorrente solicita (fls.292/293) a aplicação das disposições da citada MP que alteraram a redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991.

Com fulcro no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, que trata da retroatividade da lei mais benigna, a notificada entende que a multa moratória constitui pena administrativa e como tal deve retroagir.

Nesse sentido, entende que a multa aplicada seria no máximo de 20%, conforme disposto no § 2º do art. 61, da Lei nº 9.430/1996.

Junta aos autos cópia do Diário Oficial da União (fl. 296) para comprovar que, atualmente, porta o CEAS, conforme Resolução CNAS nº 03/2009, publicada em 26/01/2009.

Junta também cópia de decisão judicial contida na Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.34.00.011078-7/DF que reformou a sentença anterior e concedeu a segurança para reconhecer que a entidade teria satisfeito os requisitos legais pertinentes à obtenção do CEAS.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

O lançamento em questão refere-se às contribuições patronais lançadas após a recorrente ter tido a isenção cancelada pela ausência de CEAS em vigor.

No que tange às alegações no sentido de que a recorrente gozaria de imunidade tributária e teria direito adquirido à mesma, vale dizer que tais questões foram submetidas à apreciação do Poder Judiciário, conforme se verifica na inicial da Ação Declaratória de Imunidade com Solicitação da Concessão de Tutela Antecipada, cuja cópia foi anexada às folhas 85/113 dos presentes autos.

Na mesma ação, a recorrente questiona a constitucionalidade e a legalidade das exigências trazidas pelas Leis nº 8.212/1991, 9.732/1998, 10.260/2001, Decretos e Portarias que regulam a matéria.

Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário entendo importante tecer algumas considerações.

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.”

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

"Art.126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

No entanto, a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

No âmbito do então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, tal questão foi definida na Súmula nº 01, publicada no DOU de 26/09/2007

"Súmula 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”

Quanto à alegação de ilegalidade da inclusão dos diretores da recorrente no pólo passivo, cabe esclarecer que os co-responsáveis mencionados pela fiscalização não são responsáveis solidários e não figuram no pólo passivo do presente lançamento;

A relação de co-responsáveis anexada pela fiscalização tem como finalidades identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis, conforme determina o Código Tributário Nacional e permitir que se cumpra o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980 que estabelece o seguinte:

“Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

.....
§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;”

Posteriormente, a recorrente apresentou manifestação no sentido de que se enquadraria há hipótese prevista na Medida Provisória nº 446/2008, em razão de possuir recurso de reconsideração relativa à renovação de seu CEAS. Entende que, dessa forma, possuiria o requisito que gerou o lançamento fiscal impugnado.

Cumprе esclarecer que a citada Medida Provisória foi rejeitada por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados de 10 de fevereiro de 2009.

No entanto, o dispositivo da rejeitada MP no qual a recorrente procura se socorrer seria o art. 37 que estabelecia o seguinte:

“Art.37.Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.”

De acordo com a Certidão expedida pelo CNAS (fls. 42) a recorrente teve o pedido relativo à 3ª Renovação do CEAS indeferido, conforme Resolução do CNAS nº 40/2003. Tal decisão é que gerou o Ato Cancelatório de isenção, cujo trânsito em julgado administrativo já ocorreu.

O pedido acima já se encontrava definitivamente julgado quando da edição da citada MP, não sendo aplicável ao caso, as disposições do art. 37 colacionadas.

A própria informação trazida pela recorrente (fl. 247) informa que o pedido de renovação protocolado sob nº 44006.004101/2000-30 foi indeferido.

À folha 99, a recorrente apresenta publicação no Diário Oficial da União de 26/01/2009, onde consta que o Pedido de Renovação apresentado pela entidade sob nº 71010.003805/2006-38 teria sido deferido, relativamente ao período de 01/01/2007 a 31/12/2009. Infere-se que tal deferimento ocorreu por força do contido na MP rejeitada posteriormente.

É certo que ainda que a MP tenha sido rejeitada, permanecem os efeitos praticados durante sua vigência até que seja editado decreto legislativo com o objetivo de disciplinar as relações decorrentes da mesma, conforme previsto no § 3º do art. 62 da CF/1988, *in verbis*:

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes

Não obstante, o benefício que a recorrente teria recebido se restringe ao deferimento da renovação do certificado para o período de 01/01/2007 a 31/12/2009, ou seja, a MP não teve o condão de modificar o fato de que a entidade não possuía CEAS quando da emissão do Ato Cancelatório e uma vez cancelada a isenção, a recorrente só poderia usufruir novamente do benefício mediante novo pedido com a devida comprovação do cumprimento de todos os requisitos estabelecidos no art. 55 da Lei nº 8.212/1991.

A recorrente junta aos autos cópia de acórdão (fls. 298/316) prolatado nos autos da Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.34.00.011078-7/DF impetrado contra ato que indeferiu a renovação do CEAS. O acórdão deu provimento ao recurso de apelação, reformou a sentença discutida e concedeu a segurança para reconhecer que o CEAS não poderia ser negado à recorrente.

Assevere-se que tal decisão não teve trânsito em julgado, haja vista os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, os quais encontram-se pendentes de julgamento.

De qualquer forma, na ausência de decisão judicial definitiva quanto à questão e conseqüente renovação do CEAS cuja ausência levou à emissão do Ato Cancelatório, não há razão para desconstituição do presente lançamento que deve prevalecer para prevenção da decadência enquanto a questão não tenha decisão definitiva no âmbito judicial.

Quanto às alterações trazidas pela MP 449, a recorrente apresenta a tese de que com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, as contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, seriam acrescidas de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996.

De acordo com o citado dispositivo, a limitação da multa se daria em 20% que é o percentual que a recorrente pretende que seja aplicado com a retroação benigna da lei.

Ocorre que a MP 449, além de alterar o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, também acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

"Art. 35-A - Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996".

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

“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 “

A meu ver, a forma de cálculo que o contribuinte pretende que seja aplicada em seu favor é utilizada no caso em que o contribuinte incorreu na mora e efetuou o recolhimento em atraso, de forma espontânea.

Entretanto, se ocorreu o lançamento de ofício que é o presente caso, a multa devida seria de 75%, superior aos 50% previstos na antiga redação do art. 35 da Lei nº 8.212/1991, inciso II, alínea “d” que corresponde ao percentual devido após ciência do acórdão da segunda instância, porém anterior à inscrição em dívida ativa.

Assim, não há como retroagir, ainda que se considere a multa moratória como penalidade, pois a lei atual não é mais favorável ao contribuinte, pelo menos até essa instância.

Diante do exposto de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso apenas com relação às matérias não submetidas à apreciação do Poder Judiciário, **REJEITAR PRELIMINARES** e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto

Sala das Sessões, em 28 de outubro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

