



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

Processo nº 19515.000988/2010-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-002.970 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de março de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIRAS ENTIDADES - ISENÇÃO
Recorrente SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/10/2008

PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.
CONCOMITÂNCIA.

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 (Súmula CARF nº 1).

PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.
IDENTIDADE DE OBJETO.

A identidade de objeto ocorre nas hipóteses em que o contribuinte pode obter na esfera judicial o mesmo resultado que alcançaria por meio de seu pedido na via administrativa.

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, não conhecer do recurso por concomitância com a ação judicial. Vencidas as Conselheiras IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO (relatora) e ANA CECÍLIA LUSTOSA DA CRUZ, que conheciam parcialmente do recurso e os Conselheiros CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI e CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA (Suplente convocado) que conheciam integralmente do recurso. Designado para fazer o voto vencedor o Conselheiro MARCELO VASCONCELOS DE ALMEIDA. Realizou sustentação oral pelo Contribuinte, Dra. Maria Isabel Tostes da Costa Bueno, OAB/SP 115.127.

Eduardo Tadeu Farah - Presidente Substituto

Assinado digitalmente

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro - Relatora.

Assinado digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida - Redator Designado.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Eduardo Tadeu Farah (Presidente Substituto), Carlos Alberto Mees Stringari, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Marcelo Vasconcelos de Almeida, Carlos César Quadros Pierre, Carlos Henrique de Oliveira (Suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz e Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada).

Relatório

SOCIEDADE BENEFICENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANES, recorre da decisão proferida no acórdão 16-26.537, da 13ª Turma da DRJ/SPI, de 1º de setembro de 2010, fls. 367/379 que julgou procedente a exigência, consignada no auto de infração nº 37.223.002-4, de fls 02/12.

Transcrevo o relatório do voto condutor do recorrido, por bem definir o litígio.

Trata-se de crédito lançado contra a empresa acima identificada, (AI nº 37.223.002-4), de contribuições devidas às Outras Entidades e Fundos - OEF (Salário educação - 2,5%, INCRA - 0,2%, SESC - 1,5%, SENAC - 1% e SEBRAE - 0,6%) sobre a remuneração de segurados empregados, referente às competências de 01/2006 a 10/2008. O montante deste crédito perfaz R\$ 23.102.245,80 (vinte e três milhões e cento e dois mil e duzentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), consolidado em 13/04/2010.

1.1. A ciência do Sujeito Passivo, via postal, deu-se em 03/05/2010, consoante cópia de Aviso de Recebimento - AR, fls. 30.

2. O Relatório de Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP DEBCAD nº 37.223.002-4, fls. 14/9, informa, sumariamente, o que segue.

2.1. Deram origem ao débito as remunerações dos segurados empregados constantes de GFIP - Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social, enviadas pela empresa antes do início da ação fiscal.

2.2. As informações prestadas por meio das GFIP classificam a Impugnante como isenta das contribuições patronais - FPAS 639 Entidade Beneficente de Assistência Social, razão pela qual

não foram ofertadas à incidência da contribuição para as OEF as remunerações acima indicadas.

2.3. A partir do Ato Cancelatório de isenção de contribuições sociais, expedido em 04/11/2002, passaram a ser devidos os valores abarcados pela presente Autuação. 2.4. Ademais, salienta a Autoridade Autuante que o mencionado Ato Cancelatório decorreu da suspensão da medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.34.00.002209-3 em favor do contribuinte que determinou ao CRPS que emitisse em 27/03/2002 o CEBAS. A indigitada liminar foi cassada pelo TRF da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.014200-1/DF, tornando a entidade contribuinte das contribuições sociais patronais (an. 22. I e II, da Lei nº 8.212/91).

2.5. Ademais, o Contribuinte apresentou sentença publicada no Diário Oficial em 04/03/2010 nos autos da ação cautelar nº 2003.61.00.038139-3 com trânsito em julgado declarando “suspensa a validade e os efeitos do Ato Cancelatório nº 02/2002 até o julgamento definitivo da ação principal.

2.6. O contribuinte propôs a ação principal, protocolada em 05/04/2010, junto à 5ª Vara Federal da subseção judiciária de São Paulo.

2.7. Assim, foi suspensa a exigibilidade dos créditos constantes no AI em epígrafe até o trânsito em julgado da ação principal suprarreferida.

3. Em virtude da superveniência da Medida Provisória 449/08 convertida na Lei nº 11.941/09, e, em observância da previsão constante do art. 206, II, c, do CTN, a Autoridade Autuante explicita e explica que, para o caso em tela, revela-se mais benéfica a legislação vigente ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.

4. Ademais, o Relatório informa as informações contidas nos demais anexos do Auto de Infração.

DA IMPUGNAÇÃO

5. Tempestivamente, consoante fls. 363/4, a Autuada apresentou a impugnação, fls. 35/61, acompanhadas dos documentos fls. 63/362 (procuração, documentos dos patronos, Estatuto Social, Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo, Certidões de utilidade federal, Certidões de utilidade estadual, Certidões de utilidade municipal, CEAS, SICNAS, cópia do processo nº 2003.61.00.038139-3 - Ação Cautelar, certidão de julgamento do CARF, relatórios de atividades 2007/2008/2009 e documentos contábeis 2007/2008/2009), alegando, em síntese, os argumentos que se seguem:

5.1. A Impugnante foi declarada de Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal, está registrada perante o Conselho Nacional de Assistência Social, desde 02/05/1963, tendo obtido o

Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEAS, em 05/02/1964, com renovação sistemática desta. Seu último pedido de renovação, tempestivamente protocolado (processo nº 71010005199/2009-38), foi encaminhado ao Ministério da Saúde e aguarda análise e julgamento.

5.2. Muito embora todos os certificados tenham sido deferidos, a Secretaria da Receita Previdenciária, existente àquele tempo, emitiu o Ato Cancelatório de Isenção nº 0002/2002, sob o único fundamento do indeferimento do CEAS que, ressalta, foi deferido em julgamento realizado em 15/09/2006, no processo nº 44006003749/2000-06.

5.3. Ademais, as contribuições para terceiros destinam-se a financiar programas voltados ao desenvolvimento da educação e da integração do jovem no mercado de trabalho, defendendo, com apoio em doutrina e jurisprudência que colaciona, que as referidas contribuições são sociais e não de interesse de categoria profissional ou econômica.

5.4. Assim, considerando que a entidade goza de imunidade em face das contribuições sociais, não há de se falar em recolhimento de contribuições de terceiros.

5.5. No entanto, não existem motivos suficientes capazes de resguardar a pretensão creditória vez que a Impugnante é entidade imune, nos termos do art. 195, § 7º da CF, o AI foi lavrado com fundamento em ato cancelatório cuja validade está suspensa por determinação legal e a Impugnante possui o certificado de entidade beneficente de assistência social para todo o período questionado.

5.6. Quanto ao Ato Cancelatório de Isenção nº 0002/2002, a Impugnante ingressou com medida cautelar (processo nº 2003.61.00.038139-3) tendo obtido decisão que acolheu o pedido suspendendo a validade e os efeitos do dito Ato Cancelatório, de modo a sustar a cobrança das exações tributárias decorrentes do afastamento de sua condição de entidade imune.

5.7. Ademais, a Impugnante impetrou a ação anulatória para o cancelamento do referido Ato Cancelatório (processo nº 000763072.2010.4.03.610 ,em trâmite perante a 5ª Vara da Justiça Federal da Subseção de São Paulo.

5.8. Requer, preliminarmente, a suspensão do julgamento do presente AI até que a ação anulatória seja apreciada pelo Poder Judiciário.

5.9. Ademais, articula a Impugnante pela inadequação do instrumento utilizado para a constituição do combatido crédito tributário por entender que, ao invés de AI, deveria ter sido utilizada a notificação de lançamento, consoante Decreto nº 70.235.

5.10. A Impugnante obteve decisão em processo administrativo, proferida pelo CARF, em 26/01/2010, na qual foi dado integral provimento ao recurso voluntário interposto pela Impugnante, reconhecendo sua isenção em face das contribuições sociais patronais, com a conseqüente declaração de improcedência do crédito tributário exigido.

5.11. Assim, tendo sido julgado nulo o Ato Cancelatório nº 02/2002, toda autuação lavrada com fundamento no referido ato é, conseqüentemente, afetada por tal nulidade.

5.12. A Impugnante discorre, longamente, sobre seu inequívoco enquadramento como entidade beneficente de assistência social.

5.13. Adicionalmente, intenta demonstrar sua condição de entidade imune, em virtude da observância do previsto no art. 195, § 7º da Constituição Federal e dos requisitos do art. 14 do CTN, únicas exigências estabelecidas para concessão do benefício. Colaciona jurisprudência.

5.14. Com a juntada de farta documentação e com esteio na supracitada legislação de regência, busca comprovar que porta o CEAS regularmente, sendo ilegítimo o Ato Cancelatório de isenção nº 02/2002.

5.15. Aborda, ainda, o atendimento ao quanto solicitado pelo art. 55, Lei nº 8.212/91, para o seu regular enquadramento como entidade beneficente.

5.16. Quanto à taxa SELIC, com apoio em jurisprudência e doutrina que transcrevo, entende que, ofendendo ao princípio da legalidade, deveria ser afastada para a aplicação do § 1º, art. 161, do CTN.

5.17. Por fim, em virtude da superveniência da Lei nº 11.941/09, que introduziu penalidade mais branda ao contribuinte, deve ser observada a previsão do art. 106, II, "c", do CTN, para fins da aplicação da multa de mora limitada ao percentual de 20%, nos termos do art. 26 da Lei nº 11.941/09.

5.18. Quanto à inclusão dos nomes dos diretores no pólo passivo da autuação fiscal, destaca que a Autoridade Fiscal não configurou a ocorrência de qualquer das hipóteses legais aptas a fundamentar a imputação de responsabilidade tributária a tais pessoas (art. 134 e 135 do CTN), motivo pelo qual a inclusão ou menção dos nomes dos sócios da Impugnante no relatório de vínculos não pode representar a exigência dos valores em discussão em face de tais pessoas.

5.19. Diante do articulado, requer sejam acolhidas as preliminares argüidas para determinar que seja suspenso o julgamento da presente autuação fiscal, visto que pende de decisão final ação anulatória que poderá cancelar permanentemente o Ato Cancelatório que fundamenta o AI e que seja declarado nulo o AI, em conseqüência.

5.20. Requer, ainda, seja julgada integralmente improcedente a presente autuação fiscal, eis que a Impugnante é imune às contribuições sociais, nos termos do art. 195, § 7º, da CF.

5.21. Por fim, requer a imediata exclusão da Relação dos Representantes Legais da Impugnante da autuação fiscal, em virtude de sua ilegalidade.

Ciente em 21 de dezembro de 2010, conforme AR de fls.381, interpõe em 19 de janeiro de 2011, fls.382/408, as razões de recurso, onde inicia discorrendo sobre sua condição de entidade imune, embora o legislador faça menção ao § 7º do artigo 195, erradamente referindo-se a isenção. Discorre sobre a diferença dos dois institutos.

Com isto, o veículo normativo apto a regulamentar o gozo da imunidade é a lei complementar, em obediência ao comando do artigo 146, II da CF. No caso, os artigos 9º e 14 do CTN e não a Lei 8212/91.

Desse modo, descabida a exigência por se basear em ato cancelatório de isenção, quando o mesmo foi objeto de ação cautelar, (processo nº 2003.61.00.038139-3), cuja sentença publicada em 03/03/2010, assegurou seu direito à imunidade.

2) Discorre sobre a Sociedade Beneficente de Senhoras do Sírio e Libanês, destacando sua longevidade (desde 1921) e sua regularidade de inscrição em todos os órgãos reguladores de sua atividade de assistência social.

Reclama que, embora detentora de todos os certificados, a RFB emitiu o Ato Cancelatório de Isenção nº 0002/2002, sob o único fundamento do indeferimento do CEAS. Contudo, ele foi deferido em julgamento realizado em 15 de setembro de 2006, no processo 44006.003749/2000-06.

Transcreve o artigo 6º da CF e conclui que suas atividades se enquadram com exatidão na categoria de entidade beneficente de assistência social, amparada pela imunidade constitucional em face das contribuições sociais.

No que tange aos fatos, os repete, no item II de suas razões, o lançamento, suas razões impugnatórias e sua inconformação com a decisão proferida. Ressalta os motivos para a manutenção da exigência, em tópicos:

(i) ATO CANCELATÓRIO - inexistindo cancelamento ou revogação do ato cancelatório, o mesmo permanece vigente e produzindo efeitos, sujeitando o contribuinte ao pagamento das contribuições sociais previstas na Lei nº 8.212/91.

(ii) - PLURALIDADE DE AÇÕES: o Acórdão entendeu que o lançamento trata de matéria distinta da ação judicial, sendo cabível ao Órgão da administração apenas a manifestação na matéria não abordada na ação judicial.

(iii) - AÇÃO JUDICIAL EM CURSO: a lavratura do presente auto de infração se deu apenas como medida para prevenir a decadência.

(iv) - *IMUNIDADE: não houve manifestação acerca da imunidade da Recorrente uma vez que a mesma está em discussão na esfera judicial.*

No item (i) manifesta sua contrariedade com o procedimento porque está em desacordo com a decisão judicial que a protege. Porque o ato cancelatório está com seus efeitos suspensos. Pede a suspensão do julgamento até que a ação anulatória seja julgada.

Refere-se a "Decisão Administrativa Proferida no Processo Administrativo nº 35366.000949/2005-68", onde à unanimidade, a Turma reconheceu que o ato cancelatório é nulo. Consigna que essa decisão vincula as demais. E que não junta o inteiro teor do acórdão por não estar ainda formalizado.

No mérito, os montantes lançados no presente auto de infração referem-se às contribuições sociais (parte da empresa) na modalidade de terceiros, isto é, contribuições que serão destinadas às entidades do sistema "S" (SESC e SENAC) FNDE (salário educação) e SEBRAE.

Neste sentido, impende notar que estas destinam-se a financiar programas voltados ao desenvolvimento da educação e da integração do jovem no mercado de trabalho, segmentos estes integrantes da Ordem Social, nos termos da Constituição. Transcreve doutrina de Ives Gandra Martins.

Complementa que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de que as contribuições para terceiros são contribuições sociais, e não contribuições de interesse de categoria profissional ou econômica. Social, nos termos da Constituição Federal. Transcreve ementas e parte do voto proferido no REsp.PR/DJ 27/06/2005.

Frisa que o artigo 212§5º da CF é expresso em denominar a contribuição à educação básica (FNDE) como contribuição social. Transcreve o dispositivo.

Nesse diapasão, considerando que a entidade goza de imunidade em face das contribuições sociais, nos termos do artigo 195, § 7º da Constituição Federal, como restará abaixo esclarecido, não há que se falar em recolhimento de contribuições de terceiros.

No mérito, no tocante à IMUNIDADE propriamente dita, repete ter cumprido as condições exigidas para seu gozo, tanto nos termos do artigo 195, § 7º da Constituição Federal, atendidos os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, quanto do revogado artigo 55 da Lei nº 8.212/91 (vigente à época referente às contribuições lavradas), bem como, nos termos da lei nº 12.101/09.

Comenta que apesar de cumprir os requisitos da Lei nº 8.212/91 para gozar da imunidade à qual faz jus, sendo portadora, inclusive, do CEAS desde o período no qual sua isenção foi cassada, a Lei nº 8.212/91 não é veículo normativo competente para dispor sobre imunidade tributária.

Apesar de não haver lei complementar que regule o §7º do art.195 da CF, o STF já pacificou a matéria. (RE 438112 -PR/Recurso Extraordinário - DJ 17/11/2005 - Min.Gilmar Mendes) transcreve, igualmente, decisão do STJ (Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça / Despacho do Ministro Francisco Falcão /AG nº 459.479/ DJ de 11.09.2002), em socorro à sua tese.

Conclui que os dispositivos observados para concessão da imunidade são os artigos 9º e 14 do CTN. Oferece tabela comparativa do seu estatuto social, frente aos dispositivos constitucionais, para concluir que cumpre os requisitos necessários para gozo da imunidade. Compara, ainda, seu estatuto, frente às diversas atividades que pratica, no intuito de respeito aos comandos legais.

Igualmente reproduz o artigo 55 da Lei 8212/1991 e diz, que embora não fosse obrigada a tal, ante todos os argumentos anteriormente expendidos, igualmente se enquadra nos 5 itens necessários ao gozo do benefício, contido no dispositivo :

(i) é reconhecida como entidade de utilidade pública federal estadual e municipal (documentos apresentados com a impugnação);

(ii) detém o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (documentos ,apresentados com a impugnação);

(iii) promove a assistência social beneficente, ligada as áreas de saúde e assistência social (documentos apresentados com a impugnação);

(iv) os seus diretores e conselheiros não recebem remuneração (artigo 51º, do Estatuto Social); e

(v) aplica integralmente o resultado obtido na manutenção dos seus objetivos institucionais (artigo 8º, do Estatuto Social);

Portanto, a Recorrente tem direito à imunidade prevista na Constituição Federal, pois além de cumprir os requisitos estabelecidos pelo artigo 14 do Código Tributário Nacional, ela também demonstrou que cumpria à época dos lançamentos lavrados, todas as exigências estipuladas pelo artigo 55 da Lei n.º 8.212/91, razão pela qual o Ato Cancelatório de Isenção nº 02/2002 não se sustenta e não pode produzir qualquer efeito. devendo ser a autuação julgada improcedente.

Pede, em relação à multa aplicada, que a mesma não poderá ser superior a 20%, sob pena de ilegalidade, ante o princípio da retroatividade benigna, nos termos do artigo 26 da Lei 11.941/09, c/c art.61, § 2º da Lei 9430/1996.

Refere-se à irregularidade da inclusão dos diretores da entidade no polo passivo do auto de infração, destaca que não restou configurada a ocorrência de qualquer uma das hipóteses legais previstas nos artigos 134 e 135 do CTN, aptas a fundamentar a imputação de responsabilidade tributária a tais pessoas, motivo pelo qual a inclusão ou menção dos nomes dos sócios do Recorrente no relatório de vínculos não pode representar a exigência dos valores aqui discutidos em face de tais pessoas, sob pena de ilegalidade. Reproduz os dispositivos , consigna sua discordância da decisão recorrida, colaciona ementa de acórdão do STJ

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIZAÇÃO DO SÓCIO-GERENTE. FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO, POR SI SÓ, NEM EM TESE, DE SITUAÇÃO QUE ACARRETE A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, a simples falta de pagamento do tributo e a inexistência de bens penhoráveis no patrimônio da devedora não configuram, por si sós, nem em tese, situações que acarretam a responsabilidade subsidiária dos representantes da sociedade.

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do RESP 711.717/ISP, Min. José Delgado, sessão de 28.09.2005, consagrou o entendimento de que, mesmo em se tratando de débitos para com a Seguridade Social, a responsabilidade pessoal dos sócios das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, prevista no art. 13 da Lei 8.620/93, só existe quando presentes as condições estabelecidas no art. 135, do CTN.(...).

6. Recurso especial do INSS não-provido.

7. Recurso especial de Wallace Guick SimõesMoraes não-conhecido.

(STJ - 1ª Turma - REsp 953857 / MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 26/08/2008, DJe 04/09/2008)

Transcreve outras decisões e assim continua para dizer que, de acordo com artigo 13, parágrafo único da Lei nº 8.620/93, a responsabilidade solidária dos diretores dar-se-á somente quando provado pelo Fisco o inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa, sendo que tanto um como a outra jamais restaram configurados. Entendimento já exarado pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme exemplifica no voto condutor do acórdão nº 671/2005, proferido nos autos do recurso administrativo interposto em face da lavratura da NFLD nº 35.566.471-2:

“CO-RESPONSÁVEIS DOS DIRETORES. PROVA DE DOLO OU CULPA.

A Responsabilidade solidária de diretores de sociedade anônima requer a prova de dolo ou culpa, consoante parágrafo único do art. 13, da Lei nº 8.620/93.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.”

(...).

De acordo com o art. 13, parágrafo único da Lei nº 8.620/93, a responsabilidade solidária dos diretores dar-se-á somente quando provado pelo Fisco o inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa.

(...).

Voto pelo CONHECIMENTO do Recurso para, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL no sentido de excluir do rol de co-responsáveis os diretores da S/A.

E o argumento de que a relação de co-responsáveis serviria tão somente para ajuizamento de execução fiscal não prospera, porque está condicionada à ocorrência das hipóteses expressamente previstas na legislação tributária em vigor. Resume o Pedido:

(i) Sejam acolhidas as preliminares argüidas, para determinar que:

(a) seja suspenso o julgamento da autuação fiscal, visto que pende de decisão final ação anulatória que poderá cancelar permanentemente o Ato Cancelatório que fundamenta a presente Autuação;

(b) seja declarado nulo o Auto de Infração, por via de consequência, extinguindo-o;

(ii) no mérito, seja julgada integralmente improcedente a autuação fiscal, eis que a Recorrente é imune às contribuições sociais, nos termos do art. 195, § 7º. da CF.

Por fim, caso não seja esse o entendimento de V.Sas., o que se admite apenas em respeito ao princípio da eventualidade, requer-se a imediata exclusão da Relação dos Representantes Legais da Recorrente da autuação fiscal, por sua patente ilegalidade.

Junta às razões os anexos de fls.409/434.

Despacho de encaminhamento do processo ao CARF, fls. 435. Às fls.436, termo de apensação ao processo 19515.000987/2010-71,

É o relatório.

Voto Vencido

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Relatora

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

Trata-se como anteriormente relatado, de crédito tributário exigido através do Auto de Infração nº 37.223.002-4, de contribuições devidas às Outras Entidades e Fundos - OEF (Salário educação - 2,5%, INCRA - 0,2%, SESC - 1,5%, SENAC - 1% e SEBRAE - 0,6%) sobre a remuneração de segurados empregados, referente às competências de 01/2006 a 10/2008. O montante deste crédito perfaz R\$ 23.102.245,80 (vinte e três milhões e cento e dois mil e duzentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), consolidado em 13/04/2010.

É oferecida a preliminar de erro no instrumento utilizado para o lançamento. Pois no dizer da Recorrente o instrumento hábil para constituição deste crédito, seria a notificação de lançamento.

Impende notar que para fins de constituição de crédito decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, quanto às contribuições previdenciárias, em outros tempos, essa era a regra. Com a alteração no Decreto nº 70.235/72 nos seus art. 9º, art.

10 e art. 11, com a redação havida, a partir de 01/04/2008, através dos art. 16, §1º e art. 25, ambos da Lei nº 11.457/2007, ali consignou que a exigência de crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada passariam a ser formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento.

Da sua leitura pode-se concluir que a diferença entre ambos é que o auto de infração é mais "específico", lavrado por servidor competente de forma pessoal e direta, em apuração minuciosa do fato. Já a notificação de lançamento é expedida de forma mais rápida, "impessoal", genérica, pelo órgão que administra o tributo, geralmente decorrente de inadimplemento das obrigações, ou das malhas da Receita Federal do Brasil, a partir do cruzamento das informações prestadas pelos próprios contribuintes.

Assim, o crédito tributário lançado "de ofício", pode se revestir das duas formas, sem qualquer prejuízo ao contraditório e a ampla defesa, independente da forma que se exteriorize. Por isto entendo que não tem razão a recorrente quando reclama da constituição da presente exigência por este instrumento.

A autuação Fiscal combatida originou-se com do Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais, fls. 28, expedido em 04/11/2002, decorrente da suspensão da medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.34.00.002209-3, cassada pelo TRF da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 2002.01.00.014200-1/DF, tornando, por conseguinte, a entidade sujeita à incidência das contribuições sociais patronais (art. 22. I e II, da Lei nº 8.212/91).

A Recorrente, conforme fls. 32/6, interpôs a Ação Cautelar nº 2003.61.00.038139-3, onde, às fls. 36, consta: "**entendo que deva ser cautelarmente acolhido o pedido da autora de suspensão da validade e dos efeitos do Ato Cancelatório nº 02/2002, de modo a sustar a cobrança das exações tributárias decorrentes do afastamento da sua condição de entidade beneficente e assistencial**"

Dentro do prazo legal há interposição da Ação Anulatória de Ato Administrativo, pleiteando a declaração de nulidade do Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais nº 02/2002, processo nº 00076307220]04.03.6100, ainda em tramitação na esfera judicial (anexos às fls. 414/5).

Com isto os efeitos do Ato Cancelatório permanecem suspensos até a decisão futura do processo de Ação Anulatória, o que não impede a administração tributária a constituição dos créditos que entenda devidos, ante a ausência de tal instrumento

O que há é que o crédito tributário se vincula ao resultado da ação anulatória antes referida e assim, suspensos dos seus efeitos, nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Também por isto não cabe ao colegiado se pronunciar sobre matéria oferecida ao crivo do poder judiciário. A matéria é, inclusive sumulada:

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.

Multa Aplicada:

Aqui tomo por empréstimos os bem articulados fundamentos expendidos no acórdão 2403002.356, Processo nº 18184.000036/200811, de 20 de novembro de 2013, expendidos pelo i. Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, a quem peço vênha para a transcrição seguinte:

No que se referem às multas de mora e de ofício aplicadas, mister se faz 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. 32A e 35A 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:

a uma decorrente do pagamento em atraso, desde que de forma espontânea

a duas 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. 35A 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. 35A.

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, até então inexistente, conforme destacado alhures.

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 antes de 12/2008, data da MP nº 449, aplica-se apenas a multa de mora. Já em relação aos fatos geradores ocorridos após 12/2008, aplica-se apenas a multa de ofício.

*Contudo, no que diz respeito à multa de mora aplicada até 12/2008, 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.***

Do processo administrativo 35366.000949/2005-68

Alega a recorrente que, através do acórdão 2301-01.013, de 26/01/2010, obteve decisão favorável ao pedido de anulação do ato cancelatório 02/2002, em processo administrativo no segundo grau de jurisdição, no qual teria sido julgado nulo o próprio ato, em consequência, toda autuação lavrada com fundamento nele também padeceria de nulidade. A prova estaria na certidão acostada às fls.219.

No entanto, a vinculação das decisões não é automática. Mormente quando desconhecidos os limites do contencioso e as semelhanças entre eles. Por isto restam prejudicados os argumentos do contribuinte neste item.

No tocante à possibilidade da exclusão da relação dos Representantes Legais da autuação fiscal, a matéria, igualmente encontra-se sumulada, nos termos seguintes:

Súmula CARF nº 88: A Relação de Co-Responsáveis - CORESP", o "Relatório de Representantes Legais - RepLeg" e a "Relação de Vínculos - VÍNCULOS", anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

Nesta conformidade, voto no sentido de:

a) afastar a preliminar de nulidade, por inadequação do instrumento de lançamento (auto de infração);

b) não conhecer do recurso no que tange à matéria oferecida ao crivo judicial, "ato cancelatório nº 002/2001";

c) dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61, da Lei nº 9.430/96).

Assinado digitalmente

Ivete Malaquias Pessoa Monteiro.

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida, Redator Designado

As folhas citadas neste voto referem-se à numeração do processo digital.

Em que pese o substancioso voto do Ilustre Relatora, Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, permito-me dela discordar, pelas razões que passo a expor.

Observo, por primeiro, que a constituição do crédito tributário teve por suporte fático subjacente o Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais expedido em 04/11/2002. É o que se vê no Relatório de Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP acostado aos autos em fls. 15/20 (itens 2.2 e 2.3). A ação ajuizada pela Recorrente, de sua vez, tem por objeto a anulação do mesmo Ato Cancelatório de Isenção de Contribuições Sociais expedido em 04/11/2002.

Assim, a procedência ou improcedência do presente crédito tributário está diretamente atrelada ao deslinde da ação anulatória ajuizada pela Interessada, uma vez que se o Poder Judiciário acolher definitivamente o pleito principal formulado nos autos da ação judicial as contribuições lançadas não poderão ser cobradas pela União, porquanto restabelecida a imunidade da Recorrente. Ao revés, ocorrendo o trânsito em julgado favorável à União, as contribuições lançadas permanecem íntegras, sem o risco de serem alcançadas pela decadência tributária.

O parágrafo único do art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), assim como o *caput* do art. 87 do Decreto nº 7.574/2011 (que regulamentou o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União) e a Súmula CARF nº 1, estabelecem, sistematicamente, que 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 ou mais amplo objeto do processo administrativo.

Esse conjunto normativo não implica em qualquer ofensa ao devido processo legal administrativo, posto que é o sujeito passivo quem escolhe formular sua defesa na via judicial que, julgando a mesma controvérsia, prevalece sobre a decisão do processo administrativo e faz coisa julgada, por isso mesmo não se justificando uma dupla litigiosidade nas esferas administrativa e judicial com o mesmo objeto.

Em outras palavras: a opção pela discussão judicial, antes ou depois do esgotamento da instância administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, direcionando o litígio ao Poder Judiciário, a quem cabe dar a última palavra sobre a questão levada à sua apreciação.

O requisito para a concomitância é a identidade de objeto. No entendimento deste Julgador a identidade de objetos ocorre nas hipóteses em que o contribuinte pode obter na esfera judicial a mesma consequência que alcançaria por meio de seu pedido na via administrativa.

No mesmo sentido é o ensinamento de Eduardo Domingos Bottallo, (Processo Administrativo Tributário, Comentários ao Decreto nº 7.574/2011 e à Constituição Federal, Dialética, 2012, pp. 94/95), *verbis*:

Pouco importa, de outra parte, que, em um e em outro caso, esteja em pauta a mesma tese jurídica, uma vez que a prejudicialidade da existência dos dois processos (o administrativo e o judicial) só deve levar em conta os respectivos objetos, que não se confundem, com a causa de pedir. Reforçando a ideia, tal prejudicialidade só ocorre nos casos em que o sujeito passivo pode obter em juízo o mesmo resultado possibilitado pela impugnação administrativa ao auto de infração.

E é exatamente isto que ocorre na situação em análise, uma vez que o êxito na ação judicial implicará no mesmo resultado pretendido pela Recorrente no bojo deste processo administrativo, em sua integralidade, inclusive em relação à multa aplicada e ao pedido de exclusão do “Relatório de Vínculos”.

Noutros termos: transitada em julgado a ação anulatória, com resultado favorável à Recorrente, o Fisco não poderá cobrar as obrigações principais lançadas (contribuição patronal e GILRAT), os juros, a multa ou mesmo, eventualmente, imputar qualquer responsabilidade a alguma das pessoas elencadas no “Relatório de Vínculos”.

Aplica-se, nesta hipótese, a Súmula CARF nº 1, de cujo teor se extrai a seguinte dicção:

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

Nesse contexto, voto por não conhecer do recurso em sua integralidade, em face da concomitância do processo judicial com o processo administrativo, ambos com o mesmo objeto, assim entendida a situação em que o sujeito passivo pode alcançar, na via judicial, em sua totalidade, aquilo que pleiteia na via administrativa.

Assinado digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida

Processo nº 19515.000988/2010-15
Acórdão n.º **2201-002.970**

S2-C2T1
Fl. 460

CÓPIA