



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 35564.003929/2005-11
Recurso nº 246.674 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-01.643 – 2ª Turma
Sessão de 25 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DURATEX COMERCIAL EXPORTADORA S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 28/02/2003

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DÉBITO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONFIRMADA POR SENTENÇA - APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO - MULTA DE MORA - NÃO INCIDÊNCIA.

De acordo com o artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de liminar em mandado de segurança, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício e a incidência da multa de mora fica interrompida desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo. Assim, neste feito, sobre o débito lançado não incide multa de mora, pois desde o início da ação fiscal até este momento ele continua inexigível. O contribuinte nunca esteve em mora.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage – Relator

EDITADO EM: 04/08/2011

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Elias Sampaio Freire, Gonçalo Bonet Allage, Giovanni Christian Nunes Campos (Conselheiro convocado), Manoel Coelho Arruda Junior, Gustavo Lian Haddad, Francisco de Assis Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Marcelo Oliveira.

Relatório

Em face de Duratex Comercial Exportadora S.A., CNPJ nº 49.799.943/0001-15, foi lavrada a notificação fiscal de lançamento de débito nº 35.718.379-7 (fls. 01-20), para a exigência de contribuições previdenciárias sobre valores pagos pela empresa como remuneração indireta a seus diretores não empregados, relativamente a fatos ocorridos nas competências 08/1997, 08/1999 e 02/2003.

Segundo a autoridade lançadora (fls. 43):

2.5 O poder judiciário, conforme decisão em 07/11/2005, suspendeu a exigibilidade dos débitos discutidos na presente ação, até a vinda das informações da autoridade impetrada nos moldes do art 151, IV, do CTN.

2.6. Os valores pagos a título de participação de lucros para os diretores não empregados não constitui base de cálculo para a Previdência Social, uma vez que estão sendo pagos de acordo com a legislação.

2.7. Entretanto, consideramos que os fatos geradores das contribuições previdenciárias ocorreram com os depósitos do FGTS pela empresa em favor dos diretores. Tais depósitos constituem-se em remuneração indireta, sendo base de cálculo para incidência de contribuições previdenciárias como retirada de pró-labore.

(...)

2.9. O presente lançamento é efetuado com vistas a evitar que as contribuições, que são objeto de discussão judicial no Mandado

de Segurança nº 2005.61.00.024940-2, sejam atingidas pelo instituto da decadência.

A ciência do lançamento se deu em 18/11/2005 (fls. 01).

A Delegacia da Receita Previdenciária em São Paulo – Centro considerou a exigência procedente (fls. 105-111).

Apreciando o recurso voluntário interposto pela contribuinte, a Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes proferiu o acórdão nº 205-01.169, que se encontra às fls. 153-161, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias.

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/08/1997; 01/02/1999 a 28/02/1999 e 01/02/2003 a 28/02/2003.

EMENTA: DECADÊNCIA. LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. INEXIGIBILIDADE DA MULTA DE MORA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial.

Recurso Voluntário Provido.

A decisão recorrida, por maioria de votos, acatou a preliminar de decadência para os fatos ocorridos em 08/1997 e em 08/1999, com fundamento no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN, vencido o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, que aplicou a regra do artigo 150, § 4º, do CTN. No mérito, por maioria de votos, excluiu a multa de mora, vencido o Conselheiro Marco André Ramos Vieira.

Intimada deste acórdão em 19/02/2009 (fls. 192), a Fazenda Nacional interpôs, com fundamento no artigo 7º, inciso I, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, recurso especial às fls. 165-177, acompanhado dos documentos de fls. 178-185, cujas razões podem ser assim sintetizadas:

- a) Insurge-se a Fazenda Nacional contra parte do r. acórdão proferido pela e. Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, a qual deu provimento ao recurso voluntário do contribuinte, por maioria de votos, para excluir a multa de mora;
- b) Na hipótese dos autos, trata-se de contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre remuneração paga pela empresa notificada a seus diretores não empregados;

-
- c) De acordo com o relatório fiscal de fls. 42/45, a empresa notificada realizou pagamentos a título de participação nos lucros, dentro do que estabelece a legislação de regência, mas efetuou depósito na conta de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, sendo que tal rubrica não é base de incidência de tal contribuição, o que denota liberalidade por parte da empresa e, conseqüentemente, remuneração indireta que constitui base de cálculo de contribuição para a Seguridade Social;
- d) O aresto ora impugnado deu provimento ao recurso voluntário sob o argumento de que "a imposição da multa em questão não encontra amparo legal, eis que ausente um de seus pressupostos fundamentais, qual seja, a mora do devedor";
- e) Ao assim decidir, *data maxima venia*, o acórdão guerreado afrontou a inteligência dos seguintes dispositivos legais: arts. 141, 142 e 151, inciso IV, todos do Código Tributário Nacional; art. 35, da Lei nº 8.212/91 e art. 63, da Lei nº 9.430/96, bem como contrariou as provas constantes dos autos;
- f) Nos termos do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, o lançamento da multa de mora não fica ao alvedrio da Fiscalização, possuindo esta o poder-dever de proceder ao lançamento da mesma, a teor do disposto nos arts. 141 e 142, ambos do Código Tributário Nacional;
- g) O lançamento da multa de mora não pode, pois, ser ilidido por simples benevolência ou equivocada exegese, à revelia da legislação tributária, como bem dispõem as normas citadas;
- h) Hodiernamente a legislação previdenciária, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 449, de 2008, faz remissão expressa ao art. 61, da Lei nº 9.430/96;
- i) Nesse diapasão, impossível ignorar a aplicabilidade do art. 63, da Lei nº 9.430/96 às contribuições destinadas à Seguridade Social;
- j) Não se olvida desta forma que o deferimento de medida liminar interrompe a incidência da multa de mora. Note-se que o legislador intencionalmente utiliza a expressão "interrompe". Quando optou por excluir o lançamento, o fez expressamente, conforme os termos do *caput* ao referir-se à multa de ofício: "*não caberá lançamento de multa de ofício*";
- k) O Superior Tribunal de Justiça, na esteira da Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal, tem pacificado sua jurisprudência no sentido de considerar devida a cobrança da multa moratória quando cessam os efeitos da medida liminar. Da mesma maneira que incidem os juros moratórios e a correção monetária, acredita o egrégio Tribunal que deve sobrevir a multa moratória;
- l) Com isso, sublinhe-se que dúvidas não há quanto ao direito que possui o Fisco em exigir o seu crédito tributário. Nessa linha, as alegações de que

não há ilícito ou mora por parte do contribuinte que ingressa com medida judicial pleiteando concessão liminar, sendo a mesma deferida pelo Poder Judiciário, não merecem guarida;

- m) Primeiramente, porque o contribuinte tem pleno conhecimento do caráter provisório e precário das decisões judiciais concessivas de liminar. Com efeito, o provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, que pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado;
- n) Em segundo lugar, porque a parte que requer que lhe seja deferida a tutela judicial liminarmente, obtendo êxito no pleito, fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida;
- o) No caso posto sob apreciação, é, pois, forçoso concluir que, caso cessem os efeitos da medida liminar, concedida no bojo dos autos do Mandado de Segurança, processo nº 2005.61.00.024940-2, impetrado pelo contribuinte, ou melhor, caso seja reformada a sentença que lhe concedeu a segurança, este terá perdido a proteção judicial que lhe autorizou o não recolhimento de contribuições previdenciárias sobre as parcelas distribuídas aos segurados a título de participação nos lucros. Logo, sendo restabelecida a sua condição de devedor da contribuição sobre os fatos geradores ocorridos no período abrangido pela medida judicial, advém de tal circunstância a responsabilidade por todos os ônus decorrentes do descumprimento da obrigação tributária, entre eles, a multa moratória;
- p) Ante o exposto, revela-se, *permissa venia*, o desacerto da decisão recorrida, no ponto em que excluiu o lançamento da multa moratória. Exsurge, pois, à vista da inteligência dos dispositivos legais invocados, a necessidade de reforma do aresto objurgado, a fim de manter o lançamento da multa de mora.

Admitido o recurso por meio do Despacho nº 251/2009 (fls. 187-190), a contribuinte foi intimada e deixou de se manifestar, conforme informou a repartição de origem às fls. 194.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Gonçalo Bonet Allage, Relator

O Recurso Especial da Fazenda Nacional cumpre os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

Reitero que o acórdão proferido pela Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, acolheu a decadência para os fatos ocorridos nas competências 08/1997 e 08/1999 e, também por maioria de votos, excluiu do lançamento a multa de mora.

A insurgência da recorrente está relacionada à aplicação da multa de mora ao caso e sua pretensão é no sentido de que a empresa deverá arcar com o ônus da penalidade, caso seja reformada a decisão judicial que lhe autorizou o não recolhimento de contribuições previdenciárias sobre as parcelas distribuídas aos segurados a título de participação nos lucros.

Eis a matéria em litígio.

Pois bem, é incontroverso que no momento da autuação a interessada estava acobertada por liminar em mandado de segurança (processo nº 2005.61.00.024940-2, da 16ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo), a qual suspendeu a exigibilidade do débito em apreço, nos moldes do artigo 151, inciso IV, do CTN, conforme informado pela própria autoridade lançadora às fls. 42-45.

Anexo ao recurso voluntário, às fls. 141-148, consta cópia da sentença do referido feito, cujo dispositivo estabelece que:

*III - Isto posto julgo **PROCEDENTES** os pedidos formulados na inicial e **CONCEDO** a segurança para afastar a exigência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas e a pagar a título de participação nos lucros e respectivos valores depositados a título de FGTS pelas impetrantes DURATEX S/A e DURATEX COMERCIAL EXPORTADORA S/A aos seus diretores e administradores.*

A liminar, portanto, restou confirmada.

A União Federal apelou e consultando na internet a página do Egrégio Tribunal Regional Federal – TRF da 3ª Região – www.trf3.jus.br – verifica-se que a Apelação em Mandado de Segurança nº 0024940-67.2005.4.03.6100, cuja origem é exatamente a ação acima destacada, ainda aguarda julgamento, estando os conclusos desde 24/09/2007.

Conseqüentemente, até o momento, a interessada está albergada por decisão judicial que afasta a exigência da contribuição previdenciária e, por óbvio da multa de mora, sobre o fato em apreço.

Cabe a este Colegiado julgar o caso concreto e não apreciar possibilidades, como, por exemplo, os efeitos da reforma da decisão judicial favorável à empresa com relação à cobrança ou não da multa de mora.

E, insisto, desde que proferida a liminar favorável à interessada, em 07/11/2005 (fls. 68-69), o débito em questão não é exigível, sendo que esta situação permanece até hoje.

Nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96, “*Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*”

Em razão deste dispositivo, os débitos previdenciários pagos em atraso estão sujeitos à incidência da multa de mora.

Já o § 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96, estabelece o seguinte:

Art.63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º. A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Portanto, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de liminar em mandado de segurança, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício e a incidência da multa de mora fica interrompida desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo.

Dessa forma, no caso em julgamento, não há que se cogitar na incidência da multa de mora, pois desde o início da ação fiscal até este momento o débito continua inexistente.

O contribuinte nunca esteve em mora.

No voto-condutor do acórdão recorrido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes consignou que (fls. 158-159):

10. Fiel à matéria devolvida a esta Câmara, tem-se como questão a decidir a incidência da multa de mora sobre os débitos levantados no presente lançamento.

11. Sobre a questão, compulsando os autos, verifica-se que à época do lançamento do débito o contribuinte estava coberto por liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança ajuizado perante a Justiça Federal no Estado de São Paulo (processo n.º 2005.61.00.024940-2) que suspendeu a exigibilidade dos débitos discutidos naquela ação, "até a vinda das informações da autoridade impetrada nos moldes do art. 151, IV, do CTN" (fls. 68/69).

12. Após, o contribuinte obteve sentença favorável aos pedidos elencados na inicial do Mandado de Segurança para afastar a exigência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas e a pagar a título de participação nos lucros e respectivos valores depositados a título de FGTS pela então impetrante.

13. Diante destas informações, resta claro que a empresa não estava em mora à época do lançamento fiscal, pois, nos termos do que dispõe o art. 151, inciso IV, do CTN, o débito estava com sua exigibilidade suspensa em razão da concessão de medida liminar em mandado de segurança. Apenas para melhor clarear o raciocínio, transcrevo o dispositivo citado:

(...)

14. É dizer: a imposição da multa em questão não encontra amparo legal, eis que ausente um de seus pressupostos fundamentais, qual seja a mora do devedor.

15. Além do mais, o art. 63, §2º, da Lei n.º 9.430/96, aplicável às contribuições previdenciárias, assevera de maneira solar que "a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 (trinta) dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou a contribuição."

16. E a norma em tela tem aplicação à hipótese dos autos, eis que a sua própria ementa determinou a sua aplicação às contribuições previdenciárias ao dispor "sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta."

17. Firme nestas razões, não há como prevalecer a decisão recorrida, eis que desamparada de embasamento legal.

Tenho como irretocáveis tais ponderações, que contam com o respaldo da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme ilustra a ementa do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. FINSOCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. PAGAMENTO DO TRIBUTO

DEVIDO NO PRAZO DO ART. 63, § 2º, DA LEI N. 9.430/96. AFASTAMENTO DOS JUROS E MULTA DE MORA EM RELAÇÃO AO PERÍODO EM QUE A LIMINAR VIGEU.

1. A Corte de origem entendeu que não incidem multa nem juros moratórios em relação ao período em que o crédito tributário esteve com sua exigibilidade suspensa, por força de liminar concedida em mandado de segurança, posteriormente cassada por ocasião da sentença.

2. O julgado está amparado no art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430/96, que dispõe: "a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição".

3. É de rigor a incidência da regra, para afastar a cobrança dos juros e da multa de mora em desfavor do contribuinte, nestes casos. Precedente da Turma no AgRg no REsp 1005599/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/06/2008.

4. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp nº 839.962/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJE de 16/04/2010)

Incabível, assim, a incidência da multa de mora no caso em tela, pois desde o início da ação fiscal até este o momento o débito em apreço continua inexigível, de modo que a decisão recorrida merece ser confirmada.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional.

(Assinado digitalmente)

Gonçalo Bonet Allage