



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

Processo nº 10680.008314/2007-87
Recurso nº 152.637 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.100 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de agosto de 2010
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÃO
Recorrente METAL METALÚRGICA APOLO LTDA
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/10/2005

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/10/2005

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

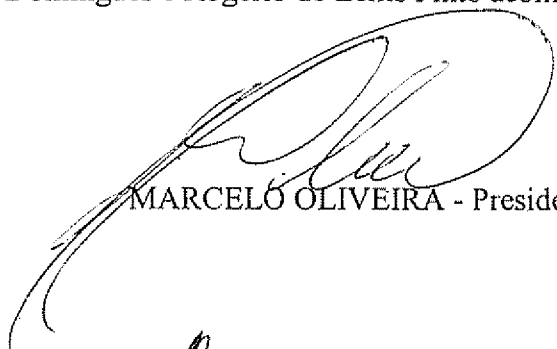
De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para declarar extintas as contribuições apuradas até a contribuição 06/2001, anteriores a 07/2001, devido à regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto da Relatora. Os Conselheiros Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto acompanharam a votação por suas conclusões.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo.



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, bem como o adicional para financiamento da aposentadoria especial e as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEST, SENAT, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 112/113), constituem fatos geradores das contribuições lançadas:

- As remunerações pagas aos segurados empregados relativas ao período de 01/00 a 10/05, verificados nas folhas de pagamento (levantamentos FPF – Folha de Pagamento Filial e FPM – Folha de Pagamento Matriz);
- As remunerações pagas a segurados contribuintes individuais (empresários, médicos, serviços diversos) apurados em folhas de pagamento, no período de 01/00 a 10/05 (levantamento FPM – Folha de Pagamento Matriz).
- As remunerações pagas aos segurados contribuintes individuais referentes aos serviços de frete/transporte, no período de 01/00 a 10/05 (levantamento FRM – Frete Matriz).

Os fatos geradores foram declarados em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

A ciência do lançamento ocorreu em **07/12/2006**.

A notificada apresentou defesa (fls. 116/138) onde alega, em síntese, o seguinte:

- Nulidade, por cerceamento de defesa, em razão da capitulação legal da Notificação Fiscal ser demais genérica, trazendo uma série de leis, artigos, incisos, de maneira muito superficial não sendo possível saber com exatidão quais são realmente os dispositivos infringidos se é que houve algum.
- Que parte do lançamento estaria abrangido pela decadência.
- Considera incabível a aplicação de multa de ofício quando o sujeito passivo apura os valores devidos e os declara, consubstanciando como única infração cometida a falta de pagamento. Entende que só são exigíveis, pela falta de pagamento, ou a multa de mora ou os juros de mora.

- Que a inclusão da taxa de juros SELIC como juros de mora é indevida e que a cobrança dos juros concomitantemente com a multa representa *bis in idem*.
- Que a exigência das contribuições ao SEBRAE, SESC e SENAC são ilegais e inconstitucionais, assim como a contribuição destinada ao INCRA.

Pelo Acórdão nº 02-15.156 (fls. 153/159), a 8ª Turma da DRJ/BHZ (MG), considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 163/188), onde efetua repetição dos argumentos já apresentados em defesa.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de cerceamento de defesa sob o argumento de que a capitulação legal seria genérica.

Vale dizer que a fundamentação legal que ampara o lançamento consta no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 101/105) onde são informados todos os dispositivos legais à época dos fatos geradores, de tal sorte que não é possível acatar a alegação de nulidade pela ausência de discriminação clara e precisa dos dispositivos legais.

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa apresentada.

Quanto à preliminar de decadência, a mesma deve ser acolhida.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 08/2000 a 11/2005 e foi efetuado em 07/12/2006, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572 603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso concreto, verifica-se pelo Relatório de Documentos Apresentados – RDA (fls. 61/67) que a recorrente, para o estabelecimento 16.813.743/0001-10, matriz, apresentou guias até a competência 06/2001 e a partir de 08/2002. Quanto à filial, CNPJ 16.813.743/0002-00 apresentou guias em todo o período objeto de lançamento, que abrange as competências de 03/2001 e 06/2002.

O lançamento ocorre em 07/12/2006 e considerando-se a aplicação do inciso 173, Inciso I, do CTN, a ocorrência teria ocorrido até a competência 11/2000, inclusive. No entanto, como ocorreu antecipação de pagamentos até a competência **06/2001**, considera-se que ocorreu a decadência até esta data, pela aplicação do art. 150, § 4º do CTN.

A recorrente alega que seria incabível a aplicação de multa de ofício e que só seriam exigíveis, pela falta de pagamento, ou a multa de mora ou os juros de mora.

Cumprido esclarecer que não se lançou multa de ofício, mas tão somente os juros SELIC e a multa de mora, ambos com previsão legal nos artigos 34 e 35 da Lei nº 8.212/1991, respectivamente.

A argumentação acima serve para afastar o argumento de que a aplicação de juros SELIC e multa de mora configuraria *bis in idem*. Conforme se verifica, a aplicação de ambos está prevista na legislação.

Por fim, a recorrente questiona a constitucionalidade das contribuições destinadas ao SEBRAE, SESC, SENAC e INCRA.

Há que se observar que não são objeto do lançamento, contribuições destinadas ao SESC e SENAC, mas ao SESI e SENAI.

De qualquer forma, conforme já argüido no julgamento de primeira instância não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

Portanto, a decisão não merece reparo. Tal conduta se deve à obediência ao Princípio da Legalidade, ao qual está submetida a administração pública.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja

apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reequadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expreso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão foi sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

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

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 06/2001, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 17 de agosto de 2010



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora





/MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 10680.008314/2007-87

.-Recurso nº: 152.637

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-01.100

Brasília, 13 de outubro de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional