



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

Processo nº 11330000273/2007-13
Recurso nº 159.477
Resolução nº 2403-00.001 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Data 29 de abril de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente ATL-ALGAR TELECOM LESTE
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO I/RJ

RESOLVEM os membros da Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por maioria de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência à Repartição de Origem. Vencidos os conselheiros Ivacir Julio de Souza, relator e Carlos Alberto Mees Stringari. Designado para redigir voto vencedor o Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Presidente

IVACIR JÚLIO DE SOUZA
Relator
PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO
Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Ewan Teles Aguiar (convocado).

RELATÓRIO

Trata-se , conforme relatório fiscal de folhas, 70/75, de crédito lançado contra o contribuinte acima identificado, através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD- DEBCAD n° 37.065.232-0, no valor de RS 826.799,00 (oitocentos e vinte e seis mil setecentos e noventa e nove reais) que acrescido de multa e juros corresponde ao valor consolidado em 28/12/2006 de RS 1.533.659,14 (um milhão quinhentos e trinta e três mil seiscentos e cinquenta e nove reais e quatorze centavos).

O presente lançamento engloba as contribuições relativas à parcela patronal, ao desconto dos segurados, ao SAT(seguro de acidente de trabalho) e às destinadas aos Terceiros (FNDE, INCRA, SENAI, SESI E SEBRAE), no período 01/2000 a 12/2005.

Esclarece a autoridade lançadora no relatório fiscal que:

A ação fiscal decorreu de requisição do Ministério Público Federal, através do ofício PRPR n°1.25.000.00214512004-52, solicitando a fiscalização na empresa em tela, em face da sonegação de contribuições previdenciárias;

O fato gerador ocorreu com o pagamento de remuneração, "por fora" da folha de pagamento, aos empregados da empresa, mediante créditos efetuados através de cartões ou concessão de vouchers para a compra de mercadorias, a título de Programa de Estimulo a Aumento de Produtividade, conforme se depreende das cópias das notas fiscais emitidas pela empresa INCENTIVE HOUSE S/A, CNRT N° 00.416.126/0001-41, ligada ao UNIBANCO S/A, anexadas ao relatório fiscal. Logo, o citado pagamento se enquadra nas hipóteses de fatos geradores das contribuições previdenciárias, nos termos do art. 22, 1, da Lei n°8.212/91;

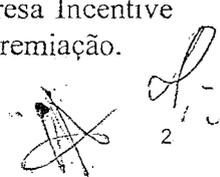
O citado programa de estímulo é administrado pela empresa INCENTIVE HOUSE S/A que mantém contrato com a empresa ATL- ALGAR TELECOM LESTE S/A, cujo objeto é o fornecimento de sistema de premiação assim definido:

a) FLEXCARD: sistema de cartão de débito recarregável, utilizado para saque junto aos caixas eletrônicos do Unibanco e da rede de agências Unibanco e quiosques do Banco 24 horas, bem como para compras junto à Rede Shop e Rede Cheque Eletrônico;

b) TOP PREMIUM: sistema de vouchers utilizados para compra de mercadorias e serviços junto à rede de lojas e prestadoras de serviços credenciados pela empresa INCENTIVE HOUSE;

A cópia do contrato acima mencionado encontra-se as fls. 85-89;

Para apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias, a fiscalização solicitou através de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD o contrato de prestação de serviço e as notas fiscais emitidas pela empresa Incentive House, bem como a informação dos empregados beneficiados pelo programa de premiação.



2

Em atendimento à solicitação, a empresa apresentou contrato assinado em 03/05/2004, fls. 85/89 e uma nota fiscal datada de 20/07/2006, fls. 95. Não tendo apresentado a totalidade dos documentos, bem como as informações sobre os beneficiários dos pagamentos, a fiscalização lavrou os Autos de Infração (AI) 37.065.237-1 e 37.065.235-5, respectivamente. Em decorrência disso, a fiscalização apurou o débito de acordo com o art. 33, §§ 3º e 5º da Lei nº 8.212/91;

A fiscalização elaborou planilha que serviu de base de cálculo para a apuração do crédito previdenciário, de acordo com os valores lançados na contabilidade da empresa, com a discriminação da data do lançamento contábil, o documento, o histórico, a conta contábil e os valores pagos à empresa Incentive House (fls. 76-84);

DA IMPUGNAÇÃO

Incôformada com o lançamento, a empresa apresentou impugnação fls. 100/141, alegando em apertada síntese:

- a) a decadência do lançamento do crédito previdenciário;
- h) que houve o pagamento do crédito tributário não decaído;
- c) a ilegalidade da inclusão dos diretores da impugnante no pólo passivo.

Posteriormente, através de documento postado em 23/01/2007, fls. 112, a Impugnante informa que a ATL — Algar Telecom S/A foi incorporada pela BCP S/A, e que a sua sede está localizada na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Flórida 1970, Bairro Brooklim e está inscrita no CNPJ 40.432.544/0001-47, anexando aos autos ata da assembléia geral extraordinária de fls.118-125.

Após análise da peça de impugnação, a DRP Rio de Janeiro I /RJ, fls 152/161, emitiu Acórdão, julgando procedente o débito.

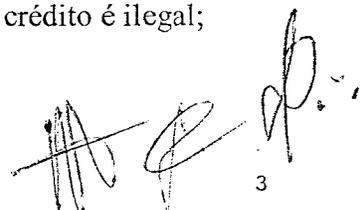
RECURSO VOLUNTÁRIO

Irresignada, a empresa apresentou recurso voluntário, fls 169 a 180.

Em seu recurso, a empresa juntou cópias das guias recolhidas em 28/12/2006, para o período compreendido de 01/2002 a 12/2005, mesmo dia da emissão do Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF, fls 71, cuja notificação se efetivou em 03/01/2007, conforme AR, fls 97.

Então, tendo recolhido e anuído em parte a decisão da DRJ I/RJ, apelou em síntese, para que :

1. Seja reconhecida e homologada a extinção de parte do crédito tributário pelo pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional;
2. Seja providenciada a exclusão dos Diretores do pólo passivo sobre pretexto de que a inclusão dos diretores da empresa como responsáveis solidários do crédito é ilegal;
3. Seja desaplicada a taxa selic.



3

4. Por fim, a recorrente requer que seja julgado integralmente improcedente o lançamento fiscal consubstanciado na NELD n.º 37.065.232- 0 a parte que não foi paga - com a conseqüente extinção do respectivo crédito tributário, ou, caso assim não se entenda, seja determinado o envio dos presentes autos para as autoridades competentes para que as guias de pagamento anexadas pelo contribuinte sejam apropriadas e, assim, seja extinto o suposto crédito tributário exigido;

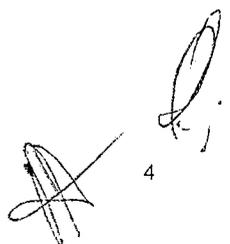
A título de exemplo do que deve ser considerado extinto, mencionou o crédito pertinente a competência 01/2002, constante da página 6 do DAD.

O valor total apurado de contribuição previdenciária e de terceiros é de R\$ 4.654,85, e, conforme se depreende da guia de pagamento acostada à presente e que se refere à competência de 01/2002, o valor principal da contribuição previdenciária paga foi de R\$ 3.879,04, ao passo que o valor principal das contribuições de terceiros pagas foi de R\$ 775,81.

A somatória dos dois resulta no valor de R\$ 4.654,85, que confere, exatamente, com o valor total apurado na página 6 do DAD.

Como o pagamento só foi realizado em 28/12/2006, consta na guia o acréscimo de R\$ 4.835,46, a título de acréscimos.

É o relatório.



4

VOTO VENCIDO

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, conforme fls. 208, portanto, dele conheço.

Declaro, ainda, que foi acolhido o recurso em nome da BCP S/A, tendo em vista a incorporação da ATL — Algar Telecom Leste S/A, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária (fls. 118-125).

EM PRELIMINAR

Considerando que a recorrente não questionou o lançamento e nem seus fundamentos ao assumir como procedentes e providenciar o recolhimento de parte deste conforme apresentação de cópias das guias GPS, fls 181 e seguintes, nesse sentido não há o que enfrentar.

DA DECADÊNCIA

A empresa exorta que trata-se de tributo com lançamento por homologação submetido aos ditames do artigo 150, § 4º da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 sustentando a não aplicação do art.45, da Lei nº 8.212/91.

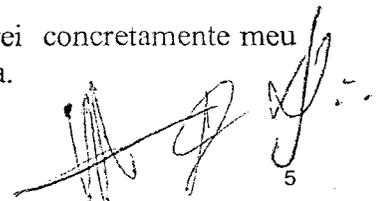
Alega que a constituição do crédito tributário ocorreu em dezembro de 2006, e, assim os créditos relativos ao período de 01/2000 a dezembro de 2002 encontrariam-se fulminados pela decadência.

Observo, contudo, que recorrente cometeu equívocos nas suas afirmações e fez confusão sobre a aplicação da legislação. Entretanto, o alegado procede em parte, conforme se verificará.

O crédito foi constituído, efetivamente, com o recebimento da notificação, por Aviso de Recebimento AR, fls 97, em 03/01/2007.

Efetuada as contas quinquenais, entendeu a empresa que os créditos relativos ao período 01/2000 a 12/2002 encontrariam-se fulminados pela decadência. Em razão disso teria efetuado os recolhimentos de 11/2001 a 12/2005 acostados às folhas 181 e seguintes, ato este que na verdade representa expresso reconhecimento da pertinência da autuação.

Isso exposto, após o abaixo sustentado, ao final, definirei concretamente meu entendimento quanto ao período que deva ser alcançado pela decadência.



O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos.

Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"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.

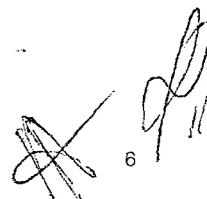
Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como no caso das contribuições previdenciárias, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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



6

lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza do tributo para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

Em face do até aqui exposto, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente.

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras:

Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

É de se notar que o legislador referiu-se à remuneração auferida pretendendo representar a totalidade dos rendimentos não particularizando por rubricas, até mesmo pela impossibilidade prática de fazê-lo.

Não se trata de considerar que os fatos geradores sejam considerados de forma única.

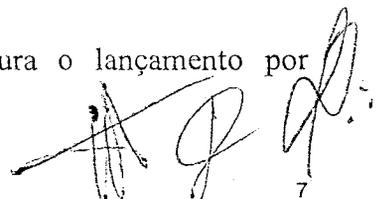
Entretanto, pode-se afirmar que se espera que a remuneração auferida abrigue, em tese, a somatória das rubricas as quais, eventualmente, posto que nem todas, contemplem fatos geradores, motivo de incidência tributária.

Sendo válido o argumento, infere-se que a remuneração deva ser considerada como um todo, em resumo a soma de todas as rubricas.

Desse modo, entendo que qualquer eventual recolhimento, sobre uma ou mais rubricas, caracteriza antecipação.

Aduz que ao efetuar os recolhimentos, na forma do leiaute da guia de recolhimento - GPS, a exceção da rubrica outras entidades, não se vislumbra de imediato de modo claro e efetivo quais fatos geradores estão sendo contemplados com tal pagamento, razão das auditorias fiscais.

Entendo que a ausência de pagamento não desnatura o lançamento por homologação.



Handwritten signature and initials, possibly representing the author or reviewer of the document.

No caso presente, os recolhimentos supra citados representam antecipações.

Assim, em ocorrendo a circunstância supra, e ainda em razão da natureza do tributo ser por homologação, vejo no caso presente tipificada aplicação do § 4º do art. 150 do CTN.

Desse modo, considerando que a notificação ocorreu em 03.01.2007, conforme AR fls. 97, em 03/01/2002 se caracteriza o ponto inicial não decadente.

Sendo assim, foram alcançadas pelo instituto da decadência, na forma do § 4º do art. 150 do CTN, as competências compreendidas no período 01/2000 a 12/2001(inclusive, posto que vencido em 02/01/2002).

DA EXCLUSÃO DOS DIRETORES NA RELAÇÃO DE CO-RESPONSÁVEIS

A pretensão da empresa não merece guarida.

A decisão de primeira instância é irretocável, razão pela qual a adoto na íntegra como se de minha lavra o fosse :

“ 19. A empresa sustenta a impossibilidade da inclusão dos diretores no pólo passivo do lançamento em face de ausência de disposição legal uma vez que os cor-responsáveis não são sujeitos passivos de qualquer obrigação tributária, inclusive para pagamento de eventual multa por descumprimento da legislação previdenciária.

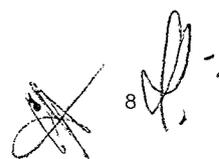
20. No que tange ao requerimento de exclusão dos co-responsáveis, esclarece-se que os responsáveis elencados no relatório "Relação de Co-responsáveis CORESP" (fls. 42 a 43.) são para fins de cadastro e possível responsabilidade pessoal nos casos em que a lei determina e não para fins de atribuição de responsabilidade solidária.

21. A relação de co-responsáveis é apenas indicativa dos que possuíam poder de mando/direção à época da ocorrência dos fatos geradores.

22. Não se trata aqui da responsabilidade tributária de terceiros prevista no art.135, 111, CTN, resultantes de atos praticados pelos diretores e representantes legais da pessoa jurídica de direito privado, com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, pois nestes casos há necessidade de prova dos atos ilegais praticados por eles, que poderá ocorrer em sede de execução fiscal. Como no presente caso não se está atribuindo responsabilidade solidária aos sócios, os mesmos não foram intimados pessoalmente da presente NFLD.

23. Não há que se falar em exclusão de representantes legais do lançamento, visto que o sujeito passivo é a empresa, que possui personalidade própria, não se confundindo com a pessoa dos seus representantes.

24. Vale ressaltar que a Relação de Co-Responsáveis é parte integrante do auto de infração, nos termos do artigo 660, X, da Instrução Normativa SRP nº 03/2005. Tem como objetivo listar as pessoas físicas



e jurídicas, representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação. Logo, não atribui diretamente a responsabilidade tributária aos representantes legais, apenas os enumera de acordo com os respectivos períodos de atuação. Trata-se, tão somente, de nomear os representantes da pessoa jurídica, pois esta, relaciona-se com terceiros através de seus representantes legais, não havendo, portanto, nenhuma ilegalidade na sua prévia identificação.

25. Assim, a responsabilidade dos sócios, na qualidade de representantes legais da empresa, será requerida apenas no caso de execução fiscal do lançamento, nos termos definidos em Lei. Deste modo, não cabe atender ao requerimento de exclusão do Relatório de Co-Responsáveis.”

DO DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO DE TAXA SELIC

Há previsão nos artigos 34 e 35 da Lei n.º 8.212/91 da cobrança da taxa de juros SELIC e multa de mora, no caso do atraso do recolhimento das contribuições para a Seguridade Social.

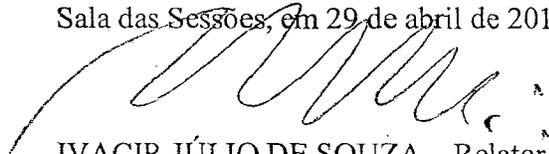
A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é matéria da competência do Poder Judiciário e não pode ser declarada no curso do contencioso.

O julgador não tem competência legal para apreciar e declarar ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo de Lei ou Decreto, frente ao sistema normativo. O controle da constitucionalidade é exercido, via de regra, pelo Poder Judiciário. Desse modo não logra êxito o pedido da recorrente.

Desse modo, conheço do recurso para no mérito conceder-lhe provimento parcial, em virtude de ter sido alcançadas pelo instituto da decadência as competências 01/2000 a 12/2001, conforme artigo 150, § 4º, do CTN, solicitando retorno dos autos para, em se confirmando os recolhimentos de folhas 181 e seguintes, que se proceda às devidas apropriações.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de abril de 2010


IVACIR JÚLIO DE SOUZA – Relator

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Redator Designado

Conforme relatado nos autos, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD- DEBCAD nº 37.065.232-0 engloba as contribuições relativas à parcela patronal, ao desconto dos segurados, ao SAT(seguro de acidente de trabalho) e às destinadas aos Terceiros (FNDE, INCRA, SENAI, SESI E SEBRAE), no período 01/2000 a 12/2005.

Segundo o relatório do ilustre relator Ivacir Júlio de Souza, para a apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias, a auditoria-fiscal realizou as etapas a seguir:

“Para apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias, a fiscalização solicitou através de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD o contrato de prestação de serviço e as notas fiscais emitidas pela empresa Incentive House, bem como a informação dos empregados beneficiados pelo programa de premiação.

Em atendimento à solicitação, a empresa apresentou contrato assinado em 03/05/2004 fls. 85/89 e urna nota fiscal datada de 20/07/2006 fls. 95. Não tendo apresentado a totalidade dos documentos, bem como as informações sobre os beneficiários dos pagamentos, a fiscalização lavrou os Autos de Infração (AI) 37.065.237-1 e 37.065.235-5, respectivamente. Em decorrência disso, a fiscalização apurou o débito de acordo com o art. 33, §§ 3º e 5º da Lei nº 8.212/91;

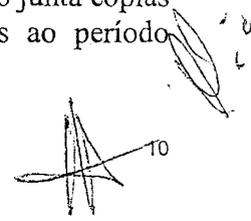
A fiscalização elaborou planilha que serviu de base de cálculo para a apuração do crédito previdenciário, de acordo como os valores lançados na contabilidade da empresa, com a discriminação da data do lançamento contábil, o documento, o histórico, a conta contábil e os valores pagos à empresa Incentive House (fls. 76-84);”

O i. relator anota ainda no Relatório que, em sede de impugnação, a Recorrente aduziu que foi realizado o pagamento de crédito tributário não decaído:

“Inconformada com o lançamento, a empresa apresentou impugnação fls. 100/141, alegando em apertada síntese:

- a) a decadência do lançamento do crédito previdenciário;*
- h) que houve o pagamento do crédito tributário não decaído;*
- c) a ilegalidade da inclusão dos diretores da impugnante no pólo passivo.”*

A seguir, o i. relator discorre em seu Relatório que, após a Recorrida emitir Acórdão julgando procedente o débito, a Recorrente em sede de recurso voluntário junta cópias de Guias da Previdência Social – GPS, recolhidas em 28/12/2006, relativas ao período



10

compreendido de 10/2003 a 12/2005, antes da ciência da NFLD- DEBCAD nº 37.065.232-0 ocorrida em 03/01/2007:

“Em seu recurso, a empresa juntou cópias das guias recolhidas em 28/12/2006, para o período compreendido de 10/2003 a 12/2005, mesmo dia da emissão do Termo de Encerramento da Ação Fiscal – TEAF, fls 71, cuja notificação se efetivou em 03/01/2007, conforme AR , fls 97.”

Em sede de recurso voluntário, conforme informa o i. relator, a Recorrente pede, dentre outros, a apropriação das GPS pagas

“Então pelo ato praticado significando que anuiu em parte a decisão da DRJ I/RJ, apelou em síntese, para que :

1. Seja reconhecida e homologada a extinção de parte do crédito tributário pelo pagamento, nos termos do artigo 156, inciso I do Código Tributário Nacional;

2. Seja providenciada a exclusão dos Diretores do pólo passivo sobre pretexto de que a inclusão dos diretores da empresa como responsáveis solidários do crédito é ilegal.;

3. Seja desaplicada a taxa selic.

4. Por fim, a recorrente requer que seja julgado integralmente improcedente o lançamento fiscal consubstanciado na NELD n.º 37.065.232- - a parte que não foi paga - com a conseqüente extinção do respectivo crédito tributário, ou, caso assim não se entenda, seja determinado o envio dos presentes autos para as autoridades competentes para que as guias de pagamento anexadas pelo contribuinte sejam apropriadas e, assim, seja extinto o suposto crédito tributário exigido;” (gn)

Em que pese a Recorrente ter alegado em sede de impugnação que houve o pagamento de créditos tributários, apenas em sede de recurso voluntário fez prova documental de tal alegação ao juntar cópias de GPS recolhidas em 28/12/2006, relativas ao período compreendido de 10/2003 a 12/2005, antes da ciência da NFLD- DEBCAD nº 37.065.232-0 ocorrida em 03/01/2007.

Ao apresentar cópias de diversas GPS em sede de recurso voluntário, rebatendo os levantamentos realizados pela autoridade fiscal durante o procedimento fiscal, trouxe a Recorrente novos elementos, os quais entendo pertinentes e que deveriam ser avaliados pela autoridade fiscal notificante para que se possa identificar, de forma precisa, os fatos geradores e as correspondentes bases de cálculo de contribuições previdenciárias.

Ao se avaliar com precisão os documentos apresentados pela Recorrente em confronto com os valores apurados durante a auditoria-fiscal, busca-se a verdade material no processo administrativo fiscal, o qual, anota-se, não obstante, já está revestido de todas as formalidades legais para a sua constituição.

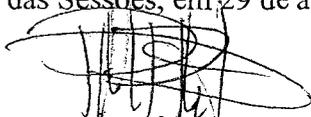
Desta forma, a conversão do julgamento em diligência possibilita que a autoridade fiscal notificante, no cumprimento do seu dever funcional, promova a análise e

apropriação das GPS apresentadas, bem como as retificações de base de cálculo, se for o caso, de modo que se indique de forma precisa o crédito previdenciário a ser apurado.

CONCLUSÃO

Face o exposto, entendo deva o julgamento ser convertido em diligência para que a autoridade fiscal notificante promova a análise e apropriação das Guias da Previdência Social - GPS apresentadas e, se for o caso, as retificações de base de cálculo. Outrossim, deve ser a Recorrente cientificada dos termos da diligência antes dos autos retornarem a este Colegiado.

Sala das Sessões, em 29 de abril de 2010.



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Redator Designado



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

Processo n° 44021.000327/2007-93
Recurso n° 158.879 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.001 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria Contribuições Previdenciárias. Cartão Premiação.
Recorrente ABC PRIMO ROSSI ADMINISTRADORA E CONSÓRCIO LTDA
Recorrida DRJ-SÃO PAULO II/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2006

PRÊMIO - INTEGRA O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Valores pagos aos segurados empregados, em decorrência do cumprimento de metas ou estímulo pelos resultados obtidos, ainda que efetivados na forma de utilidades (vales ou cupons), constitui prêmio, parcela indiscutivelmente de natureza salarial, integrando, em conseqüência, a remuneração e, por extensão, o salário-de-contribuição da Previdência Social.

MULTA DE MORA Devido à nova redação do artigo 35 da Lei 8.212/91 dada pela Lei 11.941/2009, a multa de mora deve ser recalculada, prevalecendo a mais benéfica para o contribuinte.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o determinado no art. 35, caput, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. A. Mees Stringari'.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Presidente e Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio De Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Rogério de Lellis Pinto (Convocado), Lourenço Ferreira do Prado e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo II, Acórdão nº 17-20.729 - 11ª Turma da DRJ/SP0II, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária principal.

Segundo as informações do lançamento, os valores apurados pela fiscalização correspondem às contribuições previdenciárias relativas à parte Patronal, ao Seguro de Acidente do Trabalho – SAT/GILRAT, às Outras Entidades e Fundos e inclui a parcela devida pelos segurados empregados, aferida pela alíquota mínima, em razão de não ter sido apresentada a relação dos beneficiários dos pagamentos dos prêmios e as folhas de pagamento, embora tenha sido a empresa regularmente intimada para tanto.

Os valores consolidados estão relacionados no Discriminativo Analítico de Débito - DAD, folhas 2 a 13.

O período do lançamento do crédito é de 02/2003 a 12/2006.

O valor tributável foi apurado com base nos valores nominais das notas fiscais de serviços, emitidas pela Empresa SALLES, ADAN E ASSOCIADOS S/C LTDA CNPJ 66.844.754/0002-17, apresentadas pelo sujeito passivo, os quais foram confrontados com os lançamentos dos Livros Razão e Diário(até 09/2005) do período de 02/2003 a 12./2006.

Esses gastos foram registrados na contabilidade da contribuinte nas Contas/Rubricas até a competência 08/05 conta contábil 8.1.7.45.10.005 - Desp c/incentivo e Promoção - ADM; conta 8.1.7.45.10.006 - Desp c/ incentivo e Promoção – Coml e, a partir de 10/05 conta nº 64300000 item 64301005 - INCENTIVO E PROMOÇÃO - ADM e item 6431006 INCENTIVO E PROMOÇÃO COML denominada de "DESPESA DE PROPAGANDA/PUBLICIDADE".

Constituem fatos geradores dos tributos os valores pagos aos segurados empregados por meio do cartão de premiação, denominado "PERFORMANCE CLASS", nas seguintes modalidades de premiação: Marketing de incentivo, dirigido a pessoas do relacionamento comercial da Cia Rossi de Automóveis, visando incrementar melhoria nos sistemas produtivos e maximização dos resultados conforme consta em contrato firmado em 12/02/2003.

Pelo estabelecido, o objetivo seria premiar os indicados pelo CONSÓRCIO ROSSI S/C LTDA, com base em critérios de avaliação de desempenho, esforço, produtividade e outras características pessoais do premiado em relação a empresa, com a utilização dos produtos de incentivo desenvolvidos pela Salles Adan & Associados.

O produto de Incentivo utilizado foi o cartão magnético denominado PERFORMANCE CLASS, com créditos definidos, em dinheiro, fornecido pelo CONSÓRCIO ROSSI S/C LTDA para os indicados a título de incentivos para saques dos valores em todas as

agências da rede Bradesco, rede nacional de Caixas eletrônicas BDN e terminais de aquisição de bens e serviços da rede VISA em todo o território nacional.

Inconformada com a decisão da Delegacia de Julgamento, a recorrente apresentou recurso voluntário, folhas 314 a 340 onde alega, em síntese, que:

O lançamento de créditos tributários considerando como base de cálculo da contribuição previdenciária prevista na CF e na Lei 8212/91, pagamentos efetuados a título de prêmios a pretensos empregados, sem nenhuma comprovação dessa qualidade e sem qualquer fundamentação legal para tanto, feriu todo o ordenamento jurídico vigente.

Prêmio não constitui pagamento habitual pago sob forma de utilidades, gorjetas, e tampouco, visa remunerar o trabalho do funcionário — prêmio é a sanção positiva adotada pela empresa visando o estímulo do funcionário a aumentar sua produção ou ainda, aumentar a qualidade da produção através do pagamento de pecúnia, não se confundindo de forma alguma com o disposto no inciso I do art. 28 da Lei 8212/91.

Segundo o § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, não integram o salário-de-contribuição as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário

O levantamento fiscal não observou os limites máximos individuais de contribuição mensal de cada um dos que receberam o prêmio-incentivo.

Lançou pagamentos efetuados a diretores da empresa os quais, ainda que não fossem qualificados como premiação, configurariam distribuição de lucros, e não ensejaria a cobrança da contribuição pretendida pelo Fisco.

o procedimento da fiscalização é completamente ilegal, pois não há nenhuma norma no direito brasileiro permitindo a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor das notas fiscais emitidas por empresa de propaganda e marketing relativamente a valor devido a título de cumprimento do programa de incentivo pela empresa impugnante.

É ilegal aplicar a taxa SELIC.

A multa moratória tem percentagem muito elevada e nítido caráter confiscatório.

Finaliza o recurso requerendo a nulidade da NFLD.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

DO MÉRITO

A notificação fiscal tomou por base documentos do próprio recorrente, sendo que os fatos geradores estão discriminados mensalmente de modo claro e preciso no Discriminativo Analítico de Débito – DAD, o que, sem dúvida, possibilitou o pleno conhecimento do recorrente acerca do levantamento efetuado. Entendeu o auditor utilizar o dispositivo legal da aferição, posto que a empresa não apresentou a relação dos beneficiários dos pagamentos dos prêmios e as folhas de pagamento, embora tenha sido a empresa regularmente intimada para tanto. Disso resultou que a parcela devida pelos segurados empregados foi aferida pela alíquota mínima.

A aferição tem por base legal os artigos 33 da lei 8.212/91 e o artigos 232 e 233 do Decreto 3.048/99, abaixo apresentados. Uma das razões para se utilizar da aferição é a não apresentação de documentação por parte da empresa.

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados. § 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante da empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. § 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Art.232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.

Art.233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.

A não apresentação da documentação por parte da empresa não só prejudica, como impede a análise da alegada diferenciação dos prêmios concedidos aos diretores. Neste item gostaria de registrar que a remuneração do trabalho não é o lucro, como alega a empresa. O lucro é remuneração do capital.

Os valores distribuídos foram remuneração pelo trabalho desempenhado.

Os valores objeto da presente notificação foram lançados com base nas, declaração realizada pela própria empresa, por meio de seus registros.

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n ° 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras:

Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

Existem parcelas que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, tais verbas estão arroladas no art. 28, § 9º da Lei n ° 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;

3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;

4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;

5. recebidas a título de incentivo à demissão;

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado,



na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos

de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei n° 9.711, de 20/11/98)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

Embora a empresa alegue que não houve a habitualidade nos pagamentos, verifica-se que no período do lançamento, que se inicia em fevereiro de 2003 e termina em dezembro de 2006, não houve falha em nenhum mês, não se tratando, portanto, de ganho eventual, e sim habitual.

No que diz respeito aos valores pagos ao empregado pela prestação de serviços, valores estes que integram a remuneração do empregado, entendo que razão não assiste ao recorrente para determinar que as verbas pagas, além do salário contratual, não constituem base de cálculo de contribuição.

Uma vez que a notificada remunerou segurados empregados e contribuintes individuais, conforme informação prestada pelo próprio recorrente durante o procedimento fiscal, deveria ter efetuado o recolhimento da totalidade das contribuições devidas à Previdência Social.

Não procede o argumento do recorrente de que os pagamentos por meio de premiação não constituem remuneração para os empregados, uma vez que já está pacificado na doutrina e jurisprudência que os prêmios pagos possuem natureza salarial.

A definição de “prêmios” dada pela recorrente não se coaduna com a de verba indenizatória, mas, com a de parcelas suplementares pagas em razão do exercício de atividades, tendo o premiado alcançado resultados no exercício da atividade laboral.

O ilustre professor Maurício Godinho Delgado, em seu livro “Curso de Direito do Trabalho”, 3ª edição, editora LTr, pág. 747, assim refere-se ao assunto:

(...)

Os prêmios consistem em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada



à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa.(...)

O prêmio, na qualidade de contraprestação paga pelo empregador ao empregado, têm nítida feição salarial. (...)

Claro é o posicionamento do STF, acerca da natureza salarial dos prêmios, posto o descrito na súmula 209, nestes termos:

Súmula 209 – Salário-Prêmio, salário –produção. O salário-produção, como outras modalidades de salário prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido, unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade.

Os prêmios são considerados parcelas salariais suplementares, pagas em função do exercício de atividades atingindo determinadas condições. Neste sentido, adquirem caráter estritamente contraprestativo, ou seja, de um valor pago a mais, um acréscimo em função do alcance de metas e resultados Não tem por escopo indenizar despesas, ressarcir danos, mas, atribuir um incentivo ao empregado.

Segundo o professor Amauri Marcaro Narcimento, em seu livro Manual do salário, Ed. Ltr, p. 334, nestas palavras

“Prêmio é modalidade de salário vinculado a fatores de ordem pessoal do trabalhador, como produtividade e eficiência. Os prêmios caracterizam-se por seu aspecto condicional, sendo que uma vez instituídos e pagos com habitualidade não podem ser suprimidos.”

Vale destacar ainda, que por se caracterizarem como remuneração, os prêmios devem, em regra, refletir no pagamento de todas as demais verbas trabalhistas, sejam elas: férias, 13º salário, repouso semanal remunerado, devendo-se observar a habitualidade dependendo da verba que se faça incidir.

Pelo exposto o campo de incidência é delimitado pelo conceito remuneração. Remunerar significa retribuir o trabalho realizado. Desse modo, qualquer valor em pecúnia ou em utilidade que seja pago a uma pessoa natural em decorrência de um trabalho executado ou de um serviço prestado, ou até mesmo por ter ficado à disposição do empregador, está sujeito à incidência de contribuição previdenciária.

Cabe destacar nesse ponto, que os conceitos de salário e de remuneração não se confundem. Enquanto o primeiro é restrito à contraprestação do serviço devido e pago diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego; a remuneração é mais ampla, abrangendo o salário, com todos os componentes, e as gorjetas, pagas por terceiros.

Assim nenhum dos argumentos apresentados pelo recorrente é capaz de afastar a regularidade do lançamento quanto a incidência de contribuições sobre os valores pagos por premiação.

DA MULTA E TAXA SELIC

A contribuinte alega ilegalidades e/ou inconstitucionalidades nas normas que fundamentaram o lançamento dos acréscimos legais.

Inicialmente deve-se registrar que tanto o lançamento como os acréscimos têm respaldo nas leis.

Cumpre esclarecer que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

O Decreto nº 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, que aprovou a Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda apresenta as atribuições do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, no artigo 32.

Art.32. Ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais-CARF, órgão colegiado julgante, paritário, compete julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme estabelecido nos arts. 25, inciso II, e 37, § 2º, do Decreto nº 70.235, 6 de março de 1972, alterado pela Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

Parágrafo único. Metade dos conselheiros integrantes do CARF será constituída de representantes da Fazenda Nacional, e a outra metade, de representantes dos contribuintes, indicados pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional e pelas centrais sindicais

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que aprovou o Regimento Interno do CARF, em seu artigo 62 expressamente veda aos julgadores do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Para haver harmonia nos julgamentos, conforme artigo 72 do Regimento Interno, o CARF emitirá súmulas para decisões reiteradas e uniformes, de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Nesse sentido, quando da Consolidação das Súmulas dos Conselhos de Contribuintes, foi editada a Súmula CARFnº 2:

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

Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

Por fim, insurge-se a contribuinte contra a aplicação da multa moratória e da Taxa Selic, por entender ser ilegal e inconstitucional.

Nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91, previdenciárias estão sujeitas à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, não prosperando a alegação da impossibilidade de utilização para a fixação de juros de mora, senão vejamos:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei, quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine 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 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora, agora com base na redação do artigo 35 da Lei 8.212/91 dada pela Lei 11.941/2009 e prevalência da multa mais benéfica ao contribuinte.

Sala das Sessões, em 28 de abril de 2010



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Relator





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

Processo nº: 44021.000327/2007-93

Recurso nº: 158.879.

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 2403-00.001

Brasília, 09 de julho 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