



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

Processo n° 11330.000412/2007-17
Recurso n° 254.945 Voluntário
Acórdão n° **2301-01.835 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente DEPARTAMENTO DE RECURSOS MINERAIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2006

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Somente se aplica o art. 150, §4° do CTN, quando verificado que o lançamento refere-se a descumprimento de obrigação tributária principal, houve pagamento parcial das contribuições previdenciárias no período fiscalizado e inexistente fraude, dolo ou simulação.

ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRAZO INSUFICIENTE PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. NÃO ACOLHIMENTO.

Não há que se falar em cerceamento de defesa se foi dada a oportunidade ao contribuinte de impugnar o lançamento, não sendo a insuficiência de assessores jurídicos no órgão motivo suficiente para se elastecer o prazo de apresentação de defesa.

NULIDADE DE NFLD. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDICAÇÃO CORRETA DOS FATOS ENSEJADORES DA AUTUAÇÃO. É válida a NFLD que aponta todos os elementos previstos na lei como necessários à identificação da infração tributária e à defesa pelo contribuinte.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS NÃO EFETIVOS AO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade, pois este exame é privativo do Poder Judiciário.

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91.

TAXA SELIC. APLICABILIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A taxa SELIC deve ser aplicada nos casos de atraso no pagamento de quantias devidas ao INSS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento - devido à aplicação da regra decadal expressa no I, Art. 173 do CTN – as contribuições apuradas até 12/2001, anteriores a 01/2002, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para, no mérito, determinar que seja aplicada a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou pela manutenção da multa.

Marcelo Oliveira - Presidente

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Marcelo Oliveira (Presidente), Edgar Silva Vidal, Adriano Gonzales Silverio, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva e Leonardo Henrique Pires Lopes

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, emitido em 30.03.2007, em desfavor de DEPARTAMENTO DE RECURSOS MINERAIS, por ter este deixado de recolher a parte patronal das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados, bem como a contribuição própria dos segurados para as quais não houve desconto, nos termos do art. 20, 22, I e II, 28 e 30 da Lei nº 8.212/91.

Segundo o Relatório Fiscal, os servidores públicos ocupantes de cargos públicos efetivos submetem-se ao regime próprio de previdência, submetendo-se os demais ao Regime Geral da Previdência Social, de forma que todos os servidores não estatutários que

prestam serviço à Autarquia devem recolher para o Regime Geral, e a Autarquia deve recolher a contribuição sobre os valores a ele pagos.

Apresentada defesa às fls. 95/103, foi proferida decisão às fls. 123/129, cuja ementa pode ser assim transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES PRE VIDENCIÁRIAS SOCIAIS

Período de apuração: 01/01/1999 a 28/02/2006

CONTRIBUIÇÕES NÃO RECOLHIDAS - PARTE DA EMPRESA E SEGURADOS EMPREGADOS.

Nos termos do art. 30, I, "a" e "h" da Lei 8.212/91, a empresa é obrigada a recolher as contribuições da parte dos segurados empregados, conforme o art. 20 da Lei 8.212/91, e as contribuições a seu cargo, determinadas nos art. 22, I e II da mesma Lei, incidentes sobre as remunerações desses segurados.

Lançamento Procedente.

Contra o acórdão acima transcrito, o Departamento de Recursos Minerais interpôs Recurso Voluntário tempestivo de fls. 130/146, alegando em síntese:

- 1) Irregularidade formal da NFLD, por não constar a descrição do fato ensejador da autuação;
- 2) Houve cerceamento de defesa, na medida em que a ora Recorrente possui apenas uma assessora jurídica, tendo tido dificuldade na elaboração da resposta;
- 3) A contribuição previdenciária em comento é inconstitucional, uma vez que não existe lei a prevendo, além de que o Estado não pode ser considerado como empregador, e os servidores públicos não podem ser considerados empregados;
- 4) Ilegalidade na utilização da Taxa SELIC.

Sem Contra-Razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo o Recurso tempestivo, passo ao seu exame.

Da Decadência

Ainda que não tenha sido argüida, em via recursal, a decadência dos débitos compreendidos no presente lançamento, constata-se que parcela deles foi atingida pelo inegável decurso do prazo decadencial previsto em lei para a cobrança de valores relativos às contribuições previdenciárias.

No caso em apreço, o lançamento foi realizado enquanto vigorava os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, segundo os quais os prazos decadencial e prescricional das contribuições previdenciárias seria de 10 anos.

Ocorre que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12.06.2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal–STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais aqueles dispositivos legais e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A da Constituição Federal - 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.

Lei nº 11.417, de 19/12/2006 - Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

(...).

...Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficaram obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto, uma vez que existem duas regras, aparentemente conflitantes, dispendo sobre a decadência de créditos tributários, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

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.

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.

Harmonizando os referidos dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

- 1) Quando não tiver havido pagamento antecipado;
- 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação;
- 3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumprido transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das

contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias”.

No caso dos autos, verifica-se que o contribuinte não pagou nenhuma das contribuições previdenciárias referentes ao período do lançamento, tendo constituído circunstância responsável pelo afastamento do art. 150, §4º do CTN e, conseqüente, aplicação do seu art. 173, I.

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em 20/03/2007, envolvendo as competências de 01/1996 a 02/2002, encontram-se decaídos os períodos de 01/1996 a 12/2001, porquanto este último poderia ter sido lançado a partir de 01/2002, findando-se o prazo decadencial em 12/2006.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Alega a Recorrente que sua defesa foi cerceada na medida em que não teve tempo hábil para preparar sua impugnação à NFLD em comento, tendo em vista que a assessoria jurídica da Autarquia é feita por apenas um profissional.

Ocorre que razões de ordem particular ao Recorrente não são suficientes para afastar as regras processuais disciplinadoras do processo administrativo, sobretudo quanto aos prazos para apresentação de defesa.

Todo o processo administrativo é disciplinado por regras que buscam impor ordem e segurança, sobretudo aos proveitos dos próprios particulares. É através da imposição de prazos e do regramento a que se submetem os requerimentos, defesas e recursos do contribuinte que se tornam previsíveis os atos de um processo administrativo e a posição que as partes interessadas devem adotar para defender seus interesses.

Deste modo, não é possível se acolherem motivos de ordem particular, que fogem à condição de força maior ou de caso fortuito, para afastar essas regras processuais,

ainda que a parte interessada seja uma pessoa jurídica de direito público, até porque a lei não previu qualquer prerrogativa nesses casos.

Somente por previsão legal expressa é que seria possível a adoção de prazo dilatado para os casos em que o contribuinte fosse pessoa jurídica de direito público, como ocorre no processo civil (judicial).

O devido processo legal, por sua vez, resta devidamente observado quando a autoridade dá oportunidade de defesa e de apresentação de provas. A fixação de prazo razoável para a prática do ato processual não significa supressão do contraditório e da ampla defesa, pois o lapso temporal escolhido é o suficiente para que uma empresa organize sua documentação e elabore sua defesa.

Deste modo, deve ser afastada a alegação de cerceamento de defesa formulada pela Recorrente.

Ausência de irregularidade formal na NFLD

A Recorrente alega ainda, sem qualquer fundamento plausível, que a NFLD em comento seria nula por não descrever os fatos ensejadores da autuação.

Em análise à referida NFLD, percebe-se que a mesma apresenta todos os elementos previstos na lei e necessários à identificação do débito, inclusive a descrição dos fatos.

O Relatório Fiscal narra toda a conduta do Departamento de Recursos Minerais em não recolher a contribuição social do empregador e do segurado incidente sobre os valores pagos aos servidores públicos não efetivos e submetidos ao Regime Geral da Previdência Social.

Assim, não há qualquer irregularidade na NFLD em comento, devendo ser afastado este argumento da Recorrente.

Impossibilidade de análise da inconstitucionalidade da contribuição previdenciária em comento

Quanto ao mérito, todas as alegações da Recorrente referem-se à impossibilidade de tributação dos valores pagos aos servidores não efetivos da Autarquia, em face da inconstitucionalidade de sua instituição.

Ocorre que este Conselho Administrativo não pode apreciar a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídico, eis que sua competência não abrange o cotejo das normas com a Constituição Federal, restrito ao Poder Judiciário.

No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado in “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, os Conselhos de Contribuintes se auto-impuseram com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes):

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007:

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

E não se diga que a análise da violação da lei complementar por lei ordinária seria matéria infraconstitucional, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades semelhantes, apreciou a constitucionalidade de lei em face de outra lei complementar, tendo como fundamento a ausência de hierarquia entre aquelas espécies normativas em face da constituição, como se percebe da transcrição abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, é constitucionalmente válida, porquanto a Lei 9.430/96 veiculou matéria constitucionalmente reservada à legislação ordinária.

Precedentes. II - Ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, consoante orientação fixada desde o julgamento da ADC I/DF, Rel. Min. Moreira Alves. III - Agravo regimental desprovido. (AI-AgR 618255/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 28.11.2008).

Com efeito, diante da impossibilidade de análise da constitucionalidade da Lei, devem ser afastados os argumentos trazidos pela ora Recorrente, mantendo-se a exigência da contribuição social da Recorrente, ressalvada, contudo, a decadência dos fatos geradores antes apontados.

Da cobrança da Taxa SELIC

Entendo ser possível e correta a aplicabilidade da Taxa SELIC nos casos de atraso no pagamento de importâncias devidas ao INSS, haja vista sua previsão legal estar devidamente fundamentada no art. 58, inc. II do Decreto nº 2.173/97, consoante se pode observar:

Art. 58. Para o pagamento de valores das contribuições e demais importâncias devidas à seguridade social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e não recolhidas até a data de seu vencimento, inclusive dos débitos objeto de parcelamento, incidirão: [...]

II - juros de mora:

a) um por cento no mês do vencimento;

b) equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC nos meses intermediários;

c) - um por cento no mês do pagamento;

Além do mais, ressalto que recentemente o Segundo Conselho aprovou a Súmula nº 03 que assim dispôs sobre a matéria:

“SÚMULA Nº 3 - É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.”

Relembre-se, mais uma vez, no que tange à alegada inconstitucionalidade da taxa, o entendimento de que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3/93; Código de Processo Civil -, arts. 480 a 482).

Da multa moratória

No tocante aos acréscimos legais, salientamos que os mesmos vêm determinados pela legislação previdenciária, não possuindo natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991. Não recolhendo na época própria, o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal

exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

Imperioso, contudo, destacar que em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Por sua vez, o art. 61 da Lei nº 9.430/96 reza:

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.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de 100%, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, se for mais benéfica para o contribuinte.

Da Conclusão

Ante ao exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE parcial provimento, apenas para afastar da NFLD em comento os períodos afetados pela decadência (anteriores a janeiro/2002), bem como para aplicar a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, se mais favorável ao contribuinte.

Processo nº 11330.000412/2007-17
Acórdão n.º **2301-01.835**

S2-C3T1
Fl. 160

É como voto.

Sala das Sessões, em 10 de fevereiro de 2011

Leonardo Henrique Pires Lopes