



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

Processo nº 11516.004270/2007-81
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.855 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria OBRIGAÇÃO PRINCIPAL
Recorrente FUND CAT EDUCACAO ESPECIAL FCEE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/08/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE
REGULARIDADE DO LANÇAMENTO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE
LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 -
PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL -
APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “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”.

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

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 02/1999 a 08/2006, a ciência da NFLD ocorreu em 03.10.2007, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 09/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - REGRA CONSTITUCIONAL - SERVIDOR OCUPANTE, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGO EM COMISSÃO - SERVIDOR OCUPANTE, EXCLUSIVAMENTE, DE CARGO TEMPORÁRIO - APLICAÇÃO DO RGPS.

O art. 40 da CRFB/1988 dispõe que aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

O § 13, deste mesmo artigo 40 da CRFB/1988, institui que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social - RGPS. (Incluído pela Emenda Constitucional no 20, de 15/12/1998).

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos, em reconhecer a decadência até a competência 09/2002, inclusive, com base no art.150, § 4º do CTN. No mérito por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro Relator

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

Processo nº 11516.004270/2007-81
Acórdão n.º **2403-00.855**

S2-C4T3
Fl. 164

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Julio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva (suplente). Ausente o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 140 a 160, interposto pela Recorrente – FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL - FCEE, contra Acórdão nº 07-12.145 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 134 a 137, que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.001.221-8, fl. 01, no valor consolidado de R\$ 64.097,56 (sessenta e quatro mil, noventa e sete reais e cinquenta e seis centavos).

O lançamento é referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes a contribuição da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão da incapacidade laborativa, incidentes sobre a parcela da remuneração paga aos servidores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social — RGPS, no período 02/1999 a 08/2006.

O Relatório Fiscal, às fls. 97 a 101, destaca que em ação fiscal realizada no contribuinte, ao serem analisadas as folhas de pagamento dos servidores ocupantes de cargo em comissão, aos admitidos em caráter temporário (ACT) para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, vinculados ao Regime Geral de Previdência Social — RGPS, em decorrência da Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998 (Art.1º, §13), e aos contribuintes individuais, com as respectivas guias de recolhimento de contribuições previdenciárias - GPS no período, foi constatada a existência de diferenças entre o valor devido e o recolhido, originando o Levantamento intitulado (FPF).

A ciência da NFLD ocorreu em **03.10.2007**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº SE461589839BR, às fls. 109.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo do Débito, às fls. 17, é de **02/1999 a 08/2006**.

A Recorrente apresentou Impugnação, às fls. 110 a 129, com Anexos às fls. 130.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, nos termos do **Acórdão nº 07-12.145 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Florianópolis - SC, fls. 134 a 137, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/08/2006

NFLD nº. 37.001.221-8 de 17/09/2007.

DECADÊNCIA.

O prazo para Seguridade Social apurar e constituir seus créditos é de dez anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

*SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA.
SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO E
ADMITIDOS EM CARÁTER TEMPORÁRIO.*

Os servidores públicos estaduais, não ocupantes de cargo de provimento efetivo, são segurados do Regime Geral da Previdência Social, aplicando-se no que diz respeito ao custeio da Previdência Social, as disposições legais vigentes na esfera federal.

LEGITIMIDADE DO SUJEITO PASSIVO.

A fundação notificada é dotada de personalidade jurídica própria, de direito público, tendo legitimidade para integrar o pólo passivo na condição de contribuinte dos débitos apurados.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFERENÇAS.

Verificando o fisco que há diferenças entre as contribuições constantes em folha de pagamento e GFIP e os recolhimentos efetuados, cabe o lançamento das diferenças apuradas, sem perquirir da incompatibilidade entre o sistemas ou métodos de pagamento utilizados pela empresa e o sistema SEFIP, implantado através de lei federal.

Lançamento Procedente

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento.

Encaminhe-se para a DRF — Florianópolis/SC Intime-se para ciência da empresa em epígrafe, para pagamento dos créditos lançados no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, em igual prazo.

Sala de Sessões, em 29/02/2008.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 140 a 160, onde alega em apertada síntese:

Em sede Preliminar.

(i) Da regularidade do lançamento.

Documento assinado digitalmente conforme ***(ii) Inconstitucionalidades.***

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

(iii) Decadência.**(iv) Invasão da competência – princípio federativo.**

Argumenta que alguns dos servidores comissionados da FCEE tiveram o desconto para a Previdência Estadual de Santa Catarina, gozando de todos os benefícios concedidos aos demais associados, conforme leis estaduais; que o fisco promove a invasão de competência tributária ao exigir que o Estado arque com o ônus do pagamento das contribuições destes servidores comissionados.

O art. 149 da CRFB/1988 define que é da competência dos Estados-federados a instituição de contribuição cobrada de seus servidores em benefícios destes, através de sistema previdenciário próprio que assegura benefícios e serviços aos seus servidores, não podendo o INSS pretender cobrar contribuições previdenciárias do Estado de Santa Catarina.

(v) Responsabilidade pela inserção de informações em GFIP – ilegitimidade passiva.

A autuação pela omissão de informação na GFIP resvala na ilegitimidade da Recorrente, posto que toda a folha de pagamento e as informações devidas à Seguridade Social são elaboradas e remetidas diretamente pela Secretaria de Estado da Administração, órgão central do sistema de gestão de recursos humanos, sendo o pagamento efetuado diretamente por esta, motivo pelo qual requer, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da impugnante e a anulação ex-officio da notificação ora recorrida.

No Mérito.**(vi) Da incompatibilidade e inconsistências do sistema SEFIP.**

A Recorrente traz posicionamento no sentido de que as diferenças apontadas referem-se a inconsistências geradas automaticamente pelo sistema SEFIP, nos casos de: rescisão de contrato de trabalho ocorrida após o fechamento da folha de pagamento, quando os valores são pagos no mês subsequente; exoneração e admissão no mesmo órgão/entidade; antecipação da parcela do 13º.(décimo terceiro) salário; e divergência entre o valor do arquivo da folha de pagamento, disponibilizado pela Secretara Estadual de Administração e o valor do recolhimento do INSS.

(vii) Da relevação da multa.

Processo nº 11516.004270/2007-81
Acórdão n.º **2403-00.855**

S2-C4T3
Fl. 166

Argumenta que a ocorrência em questão está afeta às atribuições da Secretaria de Estado da Administração, restando demonstrada a correção da falta; que preenche as condições fixadas no Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048/99, para a relevação da multa.

(viii) Do pedido de perícia.

fls. 162.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 162.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(i) Da regularidade do lançamento***

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a de segurados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada NFLD nº 37.001.221-8 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.001.221-8)

Lei nº 8.212/91 - Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

f. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

h. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal

i. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

l. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a NFLD nº 37.001.221-8, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(ii) Inconstitucionalidades.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(iii) Decadência.

Analisemos.

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, 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. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, 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:

“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.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduaçãoção.

§ 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. (g.n.)”

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min. Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. 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). 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. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **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..**” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, verifica-se que **há a presença de recolhimentos antecipados a homologar pela Auditoria-Fiscal para as competências 02/1997 a 01/2007, apresentados no Relatório de Documentos Apresentados – RDA, às fls. 43 a 57.**

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação da NFLD pela Recorrente, às fls. 109, se deu em 03.10.2007 e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social no seguinte período: 02/1999 a 08/2006.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 09/2002, inclusive.

(iv) Invasão da competência – princípio federativo.

Argumenta que alguns dos servidores comissionados da FCEE tiveram o desconto para a Previdência Estadual de Santa Catarina, gozando de todos os benefícios concedidos aos demais associados, conforme leis estaduais; que o fisco promove a

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036.

invasão de competência tributária ao exigir que o Estado arque com o ônus do pagamento das contribuições destes servidores comissionados.

O art. 149 da CRFB/1988 define que é da competência dos Estados-federados a instituição de contribuição cobrada de seus servidores em benefícios destes, através de sistema previdenciário próprio que assegura benefícios e serviços aos seus servidores, não podendo o INSS pretender cobrar contribuições previdenciárias do Estado de Santa Catarina.

Analisemos.

A Recorrente, em apertada síntese, aduz que os servidores comissionados ligados à Fundação estão sujeitos aos mesmos dispositivos legais instituídos pelo Estado de Santa Catarina, competente para dispor sobre o regime previdenciário de seus servidores, nos termos do art. 149, parágrafo único, CRFB/1988, às fls. 1109 a 1111:

(...) alguns dos servidores comissionados da FCEE, objeto desta notificação fiscal, tiveram o desconto para a previdência estadual de Santa Catarina (IPESC) e, portanto, eram contribuintes obrigatórios do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, e como tal tinham todos os benefícios e serviços prestados a todos os demais associados, conforme determina o art. 4º, § 1º; art. 15, I, II, III, da Lei nº 3.138, de 11 de dezembro de 1962 c/c art. 4º § 1º e art. 17, I, II, III, da Consolidação das Leis da Previdência Estadual - (C.L.P.E) - Decreto nº 2.512, de 02/05/77 c/c art. 4º § 1º e art. 35 do Dec. nº 4.599, de 13/03/78,

(...) Verificamos que aos servidores comissionados, na época da notificação, eram assegurados os benefícios e serviços concedidos a todos os associados obrigatórios. O art. 34 do Regulamento do IPESC, instituído pelo Dec. nº 4.599, de 13.03.78, determina que "as prestações asseguradas pelo IPESC consistem em benefícios e serviços".

(...) Desta forma, denotamos que, diferentemente, do que foi alegado pela Fiscalização do INSS, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina assegurava aos comissionados os mesmos direitos dos associados efetivos.

Não obstante a argumentação da Recorrente, tal não pode prosperar pois contraria a legislação de regência dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS que dispõe que ao **servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social - RGPS.**

Senão, vejamos a legislação acerca do RPPS:

CRFB/1988: Art. 40. *Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional no 41, de 19/12/2003)*

§ 13. *Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional no 20, de 15/12/1998)*

Lei 8.212/1991: Art. 12. **São segurados obrigatórios da Previdência Social** as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

g) *o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 8.647, de 13.4.93)*

Lei 8.213/1991: Art. 11. **São segurados obrigatórios da Previdência Social** as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

g) *o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais. (Incluída pela Lei no 8.647, de 13/04/1993)*

Decreto 3.048/1999: Art. 9º **São segurados obrigatórios da previdência social** as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

i) *o servidor da União, Estado, Distrito Federal ou Município, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;*

Lei nº 9.717/1998, de 27.11.1998, que dispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.

Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.

PORTARIA Nº 402, de 10.12.2008 - REGULAMENTAÇÃO DA LEI GERAL DA PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

Art. 2º Regime Próprio de Previdência Social - RPPS é o regime de previdência, estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que assegura, por lei, aos servidores titulares de cargos efetivos, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

§ 1º O RPPS oferecerá cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargo efetivo, magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações e a seus dependentes.

§ 2º O servidor do ente federativo, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, de cargo eletivo, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social - RGPS

(gn)

Portanto, nos termos do art. 40, § 13, CRFB/1988 c/c art. 12, I, g, Lei 8.212/1991 c/c Art. 11, I, g, Lei 8.213/1991 c/c art. 9º, I, i, Decreto 3.048/1999 c/c art. 9º, II, Lei 9.717/1998 c/c art. 2º, § 2º, Portaria MPS 402/2008, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, afastando-se deste modo a aplicação exclusiva de regime jurídico previdenciário estadual a estas categorias de servidores.

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente no sentido de que ao servidor em comissão da Fundação se aplicaria exclusivamente a legislação estadual em detrimento da Legislação Federal.

(v) Responsabilidade pela inserção de informações em GFIP – ilegitimidade passiva.

A autuação pela omissão de informação na GFIP resvala na ilegitimidade da Recorrente, posto que toda a folha de pagamento e as informações devidas à Seguridade Social são elaboradas e remetidas diretamente pela Secretaria de Estado da Administração, órgão central do sistema de gestão de recursos humanos, sendo o pagamento efetuado diretamente por esta, motivo pelo qual requer, preliminarmente, o reconhecimento da ilegitimidade passiva da impugnante e a anulação ex-officio da notificação ora recorrida.

Analisemos.

A Recorrente, em apertada síntese, requer o reconhecimento da ilegitimidade passiva porque aduz que a responsabilidade pela folha de pagamento e administração de pessoal cabe ao órgão central do sistema de gestão de recursos humanos.

Em que pese tal argumentação, esta não tem o condão de prosperar porque a Recorrente tem personalidade jurídica própria, de direito público, vinculada à Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina, de forma a ter legitimidade passiva para integrar a relação jurídica estabelecida com o lançamento do crédito tributário-previdenciário relacionados aos segurados ocupantes de cargos em comissão ou cargos temporários da Recorrente.

No Mérito.

(vi) Da incompatibilidade e inconsistências do sistema SEFIP.

A Recorrente traz posicionamento no sentido de que as diferenças apontadas referem-se a inconsistências geradas automaticamente pelo sistema SEFIP, nos casos de: rescisão de contrato de trabalho ocorrida após o fechamento da folha de pagamento, quando os valores são pagos no mês subsequente; exoneração e admissão no mesmo órgão/entidade; antecipação da parcela do 13º.(décimo terceiro) salário; e divergência entre o valor do arquivo da folha de pagamento, disponibilizado pela Secretara Estadual de Administração e o valor do recolhimento do INSS.

Analisemos.

Tal ponto da argumentação da Recorrente se refere às incompatibilidades e inconsistências verificadas entre os sistemas de recursos humanos da Secretaria de Administração do Estado de Santa Catarina e o sistema SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

No entanto, não prospera tal argumentação da Recorrente posto que a gestão dos sistemas de recursos humanos do Estado de Santa Catarina não está em questão nos presentes autos, sendo a verificação de compatibilidade entre tais sistemas do Estado e o SEFIP se revestir como matéria estranha à competência regimental do CARF.

Diante do exposto acima, não prospera a argumentação da Recorrente.

(vii) Da relevação da multa.

Argumenta que a ocorrência em questão está afeta às atribuições da Secretaria de Estado da Administração, restando demonstrada a correção da falta; que preenche as condições fixadas no Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº. 3.048/99, para a relevação da multa.

Analisemos.

A Recorrente neste ponto do recurso Voluntário aduz à relevação da multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, conforme a previsão do art. 291, Decreto 3.048/1999, na redação à época dos fatos geradores.

Desta forma, em razão do presente processo tratar-se de NFLD, obrigação principal, não há que se cogitar da multa por descumprimento de obrigação acessória, portanto, não prosperando tal argumentação da Recorrente.

(viii) Do pedido de perícia.

Analisemos.

Quanto à solicitação de prova pericial, verificamos que a mesma encontra-se em desacordo com o previsto na legislação.

Decreto 70.235/1972:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em

22/12/2011 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEI, Assinado digitalmente em 06/02/2012 por CARLOS ALBERT

O MEES STRINGARI

Impresso em 05/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

Art. 16. A impugnação mencionará:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Como o pedido de perícia não possui os requisitos previstos na legislação, considero-o não formulado.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de CONHECER do recurso, **NAS PRELIMINARES, RECONHECER A DECADÊNCIA até a competência 09/2002, inclusive, com base no art. 150, § 4º, CTN. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro