

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

Processo nº 13858.000839/2007-93
Recurso nº 255.276 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.441 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de março de 2010
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS
Recorrente WELLINGTON ALMEIDA SOUZA LEMOS ME
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA DE FLORIANÓPOLIS / SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/12/2003

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. ENTENDIMENTO DO STJ. ART. 150, PARÁGRAFO 4º DO CTN. DECADÊNCIA PARCIAL.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN.

Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial parte dos fatos geradores apurados pela fiscalização.

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

GFIP. TERMO DE CONFISSÃO. - ALEGAÇÃO DO CONTRIBUINTE NÃO CORROBORADA POR MEIO DE PROVA.

Conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999 os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela próprios declarados em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez. Para fins processuais, alegar sem provar é o mesmo que não alegar.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal.

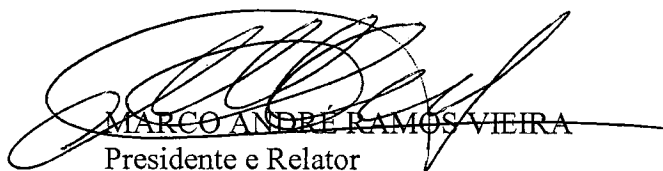
No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator. Os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Fábio Soares de Melo divergiram, pois entenderam que se aplicava o artigo 150, § 4º do CTN para a competência agosto de 2002. O Conselheiro Arlindo da Costa e Silva entendeu que se aplicaria o art. 173, inciso I do CTN para todo o período.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Eduardo de Oliveira (Suplente), Adriana Sato, Arlindo da Costa e Silva, Fábio Soares de Melo, Manoel Coelho Arruda Junior e Marco André Ramos Vieira (Presidente).

Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados empregados que não foram recolhidas pela empresa no período compreendendo as competências décimo terceiro de 2001 ao décimo terceiro de 2003, relatório fiscal às fls. 44 a 47.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pelo ora recorrente, fls. 67 a 73.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto proferiu a Decisão, fls. 81 a 88, mantendo o lançamento em sua integralidade.

O recorrente não concordando com a Decisão de primeira instância emitida pelo órgão fazendário interpôs recurso, fls. 95 a 102, alegando em síntese:

1. A presente NFLD deve ser sobrestada até o julgamento do processo de n.º 13855.0001341/2004-25;
2. A presente NFLD é conexa com a de n.º 37.101.724-6;
3. Não houve caracterização do tipo penal;
4. Houve cerceamento do direito de defesa;
5. Deve ser reconhecida a nulidade da presente NFLD;
6. Os débitos anteriores a setembro de 2002 já foram atingidos pela fluência do prazo decadencial;
7. Os valores já foram recolhidos pelo contribuinte;
8. Não é possível a aplicação da taxa Selic;
9. A multa possui natureza confiscatória;
10. Requer o parcelamento nos moldes do Refis;
11. Requerendo, por fim, provimento ao recurso.

Não houve apresentação de contra-razões.

Decisão proferida pela 5ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, fls. 138 a 140, converteu o julgamento em diligência para que a fiscalização se pronunciasse acerca das GPS juntadas às fls. 107 e 108.

Foi prestada a informação fiscal à fl. 143. Cientificado do resultado da diligência, o contribuinte manifestou-se às fls. 146.

É o relatório.



Voto

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme fls. 93 e 95, pressuposto de admissibilidade superado, passo ao exame das questões de mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO:

Quanto à questão preliminar relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser reconhecida em parte.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

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

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de 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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Se não houver pagamento antecipado sobre a rubrica há que ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observada o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

Na hipótese concretizada, houve pagamento antecipado, ainda que parcial, sobre os valores lançados, conforme relatório de apropriação de guias, fls. 15 a 38. Assim, aplica-se o previsto no art. 150, parágrafo 4º do CTN; desse modo, a contar dos fatos geradores, a fiscalização federal teria o prazo de cinco anos para efetuar o lançamento fiscal.

Seguindo a interpretação da 1ª Seção do STJ, a decadência do direito de lançar do Fisco, 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, obedece à regra prevista na primeira parte do § 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.

In casu, a obrigação não restou adimplida em sua integralidade, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período do décimo terceiro de 2001 ao décimo terceiro de 2003, e o lançamento foi notificado ao contribuinte em outubro de 2007, fl. 63.

Pelo exposto encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização anteriores à competência setembro de 2002, inclusive esta. Ressalva-se que para a competência agosto de 2002 não houve recolhimento, desse modo aplica-se a regra prevista no art. 173, inciso I do CTN. Assim, tal competência não está abrangida pelo prazo decadencial.

Quanto ao argumento de que o julgamento da presente NFLD deve ser sobrestado até o julgamento do processo de nº 13855.0001341/2004-25; e que a presente NFLD é conexa com a de nº 37.101.724-6; não assiste razão à recorrente.

A presente NFLD já contém provas suficientes para o julgamento, independentemente da análise da NFLD de nº 37.101.724-6; mesmo porque, os valores foram confessados em GFIP. O fundamento da presente NFLD é o desconto dos segurados que não foram repassados à Previdência Social; o fundamento da NFLD de nº 37.101.724-6 são as contribuições a cargo da empresa.

O processo administrativo referente ao enquadramento da empresa no Simples em nada interfere a presente NFLD, pois independentemente de a empresa se enquadrar ou não no Simples, as contribuições devidas pelos segurados empregados devem ser recolhidas.

Não cabe a análise no processo administrativo fiscal se houve ou não crime. A representação é uma simples comunicação da ocorrência, em tese, de crime, pois a fiscalização não possui competência para apuração da materialidade ou da autoria; mas possui obrigação legal de realizar a *delatio criminis*. A apuração da ocorrência ou não do crime, se houve ou não o dolo, é reservado à ação penal, se for o caso de recebimento da denúncia, cuja competência de oferecimento é do Ministério Público Federal.

Quanto ao argumento recursal de que a NFLD deve ser declarada nula; pois não há certeza quanto à origem dos valores exigidos; não lhe confiro razão. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente, conforme relatório fiscal às fls. 44 a 47; a forma para se apurar o *quantum* devido, por competência, encontra-se às fls. 04 a 05. Os valores foram apurados na GFIP, que são registros elaborados pela própria recorrente.

Os fundamentos legais apontam o histórico dos dispositivos legais que regeram a matéria, conforme competências envolvidas no lançamento. Se há mais leis do que o necessário não há invalidação do lançamento, o que não pode é haver ausência de dispositivos legais.

Conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, abaixo transcrito, os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

Art.225. A empresa é também obrigada a:

(...).

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

(...).

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Uma vez que a notificada remunerou segurados, descontando as contribuições previdenciárias por eles devidas, conforme informação nos registros documentais da empresa, deveria a notificada efetuar o recolhimento à Previdência Social. Não efetuando o recolhimento a notificada passa a ter a responsabilidade sobre o mesmo.

Mesmo quando a empresa não efetua os referidos descontos, à responsabilidade perante a Previdência Social, sempre será do empregador, conforme previsto no art. 33, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 33 (...).

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Desse modo, caso houvesse algum erro cometido pela recorrente na elaboração, tanto das folhas de pagamento, como da GFIP, caberia à notificada a demonstração da fundamentação de seu erro. A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela própria declarada em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez. Alegar sem provar é o mesmo que não alegar.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A Previdência Social provou a existência do fato gerador, com base nos termos de confissão, GFIP, elaborados pela própria recorrente.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal:

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. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97).

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovida.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

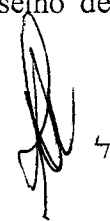
A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

De acordo com a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula N º 2

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

No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3, nestas palavras:



Súmula N º 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

Não possui natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei n º 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.

Quanto ao argumento de que os valores lançados já foram recolhidos pelo contribuinte; não lhe assiste razão. No presente caso estão sendo cobradas as diferenças apuradas pela fiscalização.

As guias de fls. 107 e 108 não possuem autenticação bancária, tampouco prova de recolhimento por meio eletrônico, conforme informação prestada pela fiscalização à fl. 143. O contribuinte foi cientificado dessa informação, mas não fez prova em sentido contrário. Há uma guia com valor idêntico que foi recolhida para a competência setembro de 2002, fl. 106, e que já foi aproveitada pela fiscalização.

As guias apresentadas em recurso, fls. 103 a 106 e 109 já foram consideradas pela fiscalização, conforme relatório às fls. 08 a 14. As guias de fls. 103 a 106 referem-se à competência setembro de 2002; que não foi objeto de cobrança. Desse modo, todas as guias efetivamente recolhidas já foram aproveitadas pela fiscalização, conforme informação à fl. 143.

Não procedem os argumentos da recorrente à fl. 146. Primeiramente, as guias de fls. 107 e 108 não possuem autenticação. Não há provas nos autos de guias recolhidas para a competência agosto de 2002. As duas guias recolhidas para a competência setembro de 2002 foram aproveitadas, conforme relatório à fl. 24. Uma guia foi apropriada para a NFLD 37.101.723-8 e outra para a 37.101.724-6.

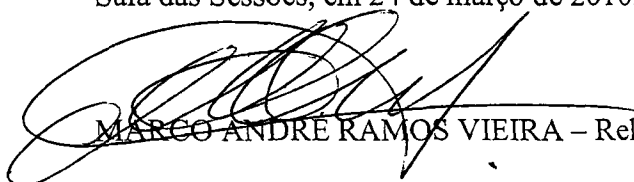
Conceder parcelamento não é atribuição deste Colegiado, tampouco é matéria afeta ao lançamento tributário.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso do notificado, para no mérito CONCEDER-LHE PROVIMENTO PARCIAL. Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial os fatos geradores apurados pela fiscalização anteriores à competência setembro de 2002, inclusive esta. Ressalva-se que a competência agosto de 2002 não está abrangida pela decadência.

É o voto.

Sala das Sessões, em 24 de março de 2010.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA – Relator



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

Processo nº: 13858.000839/2007-93

Recurso nº: 255276

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, a tomar ciência do Acórdão n.º 2302-00.441.

Brasília 24 de maio de 2010


Patricia de Almeida Proença e Silva
Chefe da Secretaria da Terceira Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Sem Recurso

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional

