



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

Processo n° 13971.001005/2008-80
Recurso n° 157.856 Voluntário
Acórdão n° 2401-00.192 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de maio de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA
Recorrida DRJ - FLORIANÓPOLIS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/12/2006

PREVIDENCIÁRIO - MATÉRIA *SUB JUDICE* - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL -- DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE -

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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.

DEPÓSITO JUDICIAL - JUROS E MULTA DE MORA

A existência de ação judicial proposta pela recorrente com objeto idêntico ao da NFLD não impede a tramitação da exigência fiscal no contencioso administrativo em relação à matéria diversa à submetida à ação judicial.

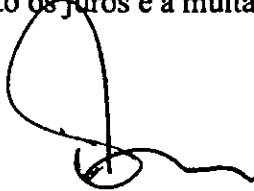
A ação judicial proposta não impede a autoridade administrativa de fiscalizar, lançar ou julgar o crédito tributário, suspendendo apenas a sua exigibilidade, ou seja, os atos executórios de cobrança.

O depósito judicial efetuado à época própria descaracteriza a mora, devendo a autoridade administrativa excluir, dos valores lançados, os encargos moratórios, juros e a multa por atraso.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 02/2003. Votaram pelas conclusões os conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira. II) em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; e III) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso para que sejam excluídos do lançamento os juros e a multa..



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Maria Bandeira, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições destinadas aos Terceiros SEBRAE, SESI, SENAI e FNDE/SALÁRIO EDUCAÇÃO, incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados constantes das folhas de pagamento.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 44/45), o lançamento do crédito foi efetuado para prevenir a decadência, já que a empresa acima identificada ingressou com Ação Ordinária nº 2000.72.05.003646 questionando a procedência dos fatos geradores.

A autoridade notificante informa que os valores das contribuições devidas foram depositados em Juízo.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 47 a 519, e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão nº 07-12.701, da 6ª Turma DRJ/FNS, julgou o lançamento procedente (fls. 522 a 524).

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 527 a 539), repetindo basicamente os argumentos já apresentados na impugnação.

Preliminarmente, alega decadência do débito lançado nas competências 01 e 02/2003 e defende que os valores depositados em juízo desde o ano de 2000 até 02/2003 devem ser revertidos em favor da recorrente.

No mérito, insiste na nulidade do Auto de Infração, argumentando que as competências exigidas na presente notificação fiscal, além de terem seu mérito discutido em juízo, pendente de decisão no STF, foram depositadas afim de salvaguardar o direito da recorrente de não ter contra si lavrado nenhum ato executório fiscal por parte da autoridade fazendária.

Traz a doutrina e a jurisprudência para tentar demonstrar que a constituição do crédito ora exigido é inconcebível por constituir a verdadeira ocorrência de "*bis in idem*" e enriquecimento ilícito, uma vez que o Fisco já possui garantido o recebimento das contribuições ora almejadas, acaso a Ação Declaratória lhe seja favorável, tendo em vista os depósitos em juízo promovido pela recorrente.

Entende que a recorrente não pode pagar pela morosidade do sistema judiciário brasileiro em definir a questão de mérito acerca da validade das contribuições sobre o SEBRAE, tendo contra si nova cobrança que exige os mesmos tributos.

Destaca que, diferentemente do que afirma o fisco, não é a cobrança do crédito que está suspensa, e sim sua exigibilidade, mediante expedição de autuação fiscal, que tem seu andamento obstado, consoante o que dispõe o art. 151, do CTN.

Defende que, até que reste cabalmente assentada (ou não) a obrigação tributária ora exigida, não há como proceder a pretendida cobrança de tributos oriundos deste fato gerador e conclui que, por não haver, de fato, a legalidade assentada da contribuição em

questão, não há para o fisco situação legal que gere a cobrança ora combatida, merecendo ser considerada nula a NFLD.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

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

Preliminarmente, a recorrente alega decadência de parte do débito, defendendo que o prazo para apurar e constituir os créditos tributários é de 5 anos.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

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

Cumprе ressaltar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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.

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; (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

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.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por conseqüência, 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, as autoridades administrativas devem se adequar 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"

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

7

Assim, como no presente caso o lançamento se refere a contribuições ao SEBRAE, depositadas em juízo, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º, uma vez que houve antecipação do pagamento.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências 01/2003 e 02/2003, motivo pelo qual acato a preliminar de decadência trazida pelo contribuinte.

No mérito, a recorrente alega, em síntese, que a NFLD é nula já que houve o depósito judicial, e a exigência do presente crédito constitui verdadeira ocorrência de "*bis in idem*" e enriquecimento ilícito.

Entende que não é a cobrança do crédito que está suspensa, e sim sua exigibilidade, mediante expedição de autuação fiscal, que tem seu andamento obstado, consoante o que dispõe o art. 151, do CTN.

Da análise dos autos verifica-se que a recorrente ingressou com ação judicial ordinária cujo objeto, o recolhimento de contribuições ao SEBRAE, é idêntico ao da presente notificação. Contudo, a matéria trazida no recurso administrativo, decadência e suspensão da exigibilidade do crédito, difere da levada à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual conheço do recurso em relação a tais matérias.

A renúncia ao contencioso administrativo somente ocorrerá quando a ação judicial tiver por objeto "idêntico pedido" sobre o qual verse o processo administrativo (art. 126, § 3º, da Lei 8.213/91), o que não é o caso presente.

Relativamente ao entendimento que não cabe a lavratura da NFLD por ter havido o depósito judicial, é oportuno esclarecer que o presente lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário, já que não é possível a sua constituição após o término do prazo de decadência, mesmo com decisão judicial favorável ao fisco, uma vez que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei. Assim, tendo constatada a ocorrência do fato gerador, a autoridade fiscal lançou corretamente o débito, em consonância com o disposto no art. 33 da Lei 8.212/91, protegendo-o da decadência.

(Ressalte-se, ainda, que a ação judicial proposta suspende apenas a exigibilidade do crédito, ou seja, os atos executórios de cobrança. Ao contrário do que entende a notificada, a autoridade administrativa não está impedida de fiscalizar, lançar ou julgar o crédito tributário, e nem deve ser suspenso o trâmite do presente processo administrativo, pois a suspensão refere-se à exigência do crédito e não à possibilidade de a autoridade fiscal efetuar o lançamento ou de as autoridades julgadoras administrativas apreciarem a defesa e o recurso no processo administrativo fiscal.

Porém, entendo que o débito deva ser revisto pelas razões a seguir expostas.

Assiste razão à recorrente ao afirmar que o depósito judicial no montante integral da contribuição devida, nos termos do artigo 151, II do CTN, é uma das formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em consequência, resta descaracterizada a mora e afastada a incidência dos acréscimos legais sobre o crédito tributário depositado.

A realização do depósito do montante integral descaracteriza a ocorrência de mora, portanto, indevida a cobrança dos encargos moratórios, multa e juros, sobretudo se considerarmos que, a partir da edição da Lei nº 9.703/1998, as quantias depositadas judicialmente são repassadas para a conta única do tesouro nacional, o que se consubstancia em verdadeiro pagamento.

Nesse sentido nos ensina Sacha Calmon Navarro Coelho¹ :

“Feito o depósito judicial e integral da quantia litiganda, ficam excluídas as multas e os juros, se inexistente ato de lançamento, e incluídas, se já houver.....a mora, por outro lado, não prospera porque o depósito integral do crédito elide a aplicação dos juros pela demora de pagar, bem como das penalidades dirigidas a sancionar o inadimplemento da obrigação tributária na data fixada em lei”.

Entretanto, o lançamento dos juros e multa não é razão suficiente para que se declare a nulidade da notificação.

Não se verifica, no presente caso, a ocorrência de qualquer vício que possa ensejar a nulidade da NFLD discutida.

E, não sendo o lançamento imutável, podendo ser alterado ao se constatar a presença de valores indevidos, entendo que deva ser mantida a NFLD extraindo-se, do valor lançado, a quantia correspondente aos juros e multa moratória.

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos conta,

Voto do sentido de **CONHECER** do recurso, acolher a preliminar de decadência para excluir do lançamento os valores correspondentes às competências 01 e 02/2003 e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para que sejam excluídos do lançamento os juros e a multa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 7 de maio de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

¹ *Manual de Direito Tributário*, 2ª ed., Editora Forense, pág. 446