



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

Processo nº 14333.000261/2007-57
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.675 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ETN - EMPRESA TECNICA NACIONAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/08/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIACÃO 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 - INOBSERVÂNCIA DE REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, 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 do lançamento.

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 feitos pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 02/2002 a 08/2004, a ciência da NFLD ocorreu em 27.03.2007, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 02/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 02/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN. No MÉRITO, para que se recalcule o valor da multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Carolina Wanderley Landim. Ausente, a Conselheira Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Acórdão nº 01-12.388 - 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº. 37.074.681-3, com valor consolidado inicial de R\$ 84.473,38.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte dos segurados empregados, do período de 02/2002 a 08/2004.

De acordo com o Relatório Fiscal, às 45 a 52, bem como o Relatório da decisão de primeira instância, às fls. 377 a 380:

2. Narra a Autoridade Fiscal no Relatório de fls. 46/52, que ao proceder revisão dos débitos lavrados por ocasião da última ação fiscal motivada pela apresentação de defesa pelo Sujeito Passivo, emitiu a presente NFLD Complementar, cujos valores deixaram de ser apurados devido ao fato de a empresa não ter disponibilizado, na sua totalidade, a documentação correspondente.

3. A Auditora Fiscal apurou os valores das remunerações tendo por base: • Folhas e Recibos de Pagamento de Férias, Rescisões Contratuais; Diferenças apuradas do confronto entre os valores contidos nos elementos fiscais analisados com os respectivos montantes informados no Demonstrativo de Agregações e Normalizações — DNA, cujos dados advêm do banco de dados do CNISA, sistema informatizado do INSS.

4. A presente Notificação e composta dos seguintes levantamentos:

4.1 — N1 — FOLHAS DE PAGAMENTO (declarado em GFIP: refere-se às remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, cujos montantes deixaram de ser apurados por ocasião da última ação fiscalizatória. Refere-se ainda, às diferenças residuais apuradas do cotejo entre a remuneração lançada em débito anterior e os valores declarados em GFIP. Período: 02/2002 a 05/2002, 07/2002 a 05/2003, 07/2003 a 11/2003, 01/2004, 03/2004, 05/2004 e 08/2004.

• 4.1.1 — Foram inseridas neste levantamento, as contribuições constantes em folhas de pagamento de férias, recibos de férias e rescisões contratuais, assim como, as remunerações relativas a diversas rescisões contratuais, que apesar de não terem sido fornecidas pela Notificada, foram alcançadas durante a ação fiscal por meio das informações contidas no sistema informatizado CNIS — Cadastro Nacional de Informações Sociais, através da tela DCBC — Demonstrativo da Composição da Base de Cálculo. Para demonstrar a situação aqui relatada, a autoridade Fiscal confeccionou quadro demonstrativo contendo os nomes de cada empregado, as competências, as remunerações

incidentes, os valores quando descontados para o INSS e as respectivas datas de demissão.

4.2 — N2 — FOLHA PAGAMENTO (não declarado em GFIP): refere-se às remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados, cujos montantes deixaram de ser apurados por ocasião da última ação fiscalizatória. Período: 03/2002 a 02/2003, 04/2003, 08/2003, 10/2003 a 12/2003.

4.2.1 - Foram inseridas neste levantamento as remunerações relativas a diversas rescisões contratuais, cuja documentação foi fornecida pela Notificada por ocasião da ação fiscal. Para demonstrar a situação aqui relatada, a autoridade Fiscal confeccionou quadro demonstrativo contendo os nomes de cada empregado, as competências, as remunerações incidentes, os valores quando descontados para o INSS e as respectivas datas de demissão.

5. Informa a Autoridade Lançadora que, nos quadros demonstrativos não constam discriminadas as contribuições descontadas de determinados empregados em virtude de a empresa não ter efetuado as retenções nas respectivas rescisões, nem nos documentos fornecidos e não declarou em GFIP. No entanto, as devidas contribuições foram calculadas automaticamente pelo sistema e estão incluídas no presente débito.

6. Esclarece a Autoridade Notificante que por ocasião da revisão procedida, a empresa forneceu Folhas de Pagamento de Férias Coletivas relativas às competências 12/2002 e 12/2003, contendo valores declarados e outros não declarados em GFIP, conforme cotejo realizado com base nas informações constantes no CNISA. Considerando tal fato, a fiscalização pinçou dos mencionados documentos os nomes dos segurados empregados com os respectivos descontos e fez a devida apropriação nos correspondentes levantamentos de débito.

7. A Agente Fiscal formalizou a Representação Fiscal para Fins Penais haja vista a configuração, em tese, da prática de ilícito previsto na legislação previdenciária. "P 3

8. A Auditora Fiscal integrou ao Relatório Fiscal cópias autenticadas dos seguintes documentos: Folhas de Pagamento de Férias, Recibos de Pagamento de Férias, Rescisões Contratuais e consultas formuladas aos sistemas PLENUS/CNISA.

O Mandado de Procedimento Fiscal – MPF foi cientificado pelo contribuinte, às fls. 33 a 40.

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 12, é de 02/2002 a 08/2004.

A Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 27.03.2007, conforme fls. 01.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 359 a 364, onde alega, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

9.1 - Requer a nulidade do presente lançamento administrativo, por não atender a um de seus principais elementos: erro na identificação da base de cálculo. Fundamenta-se no artigo 149, do CTN;

9.2 — Sobre esta questão, alega que deveria ser retirada da base de cálculo do débito apurado, as • indenizações referentes a férias não gozadas (férias paga em dobro e em rescisão contratual), bem como ao terço constitucional, consideradas pela fiscalização, uma vez que, não integram o salário-de-contribuição conforme prevê o artigo 28, § 9º da Lei nº 8.212/91;

9.3 - Considera ilegal a cobrança da taxa SELIC;

9.4 — Conclui, requerendo a declaração de improcedência do presente crédito previdenciário em virtude de erro na apuração de sua base de cálculo, devendo ser excluídas as parcelas apuradas a título de salário indireto, férias indenizadas e terço constitucional, bem como deveria ser corrigida a base de cálculo da folha de pagamento por conter flagrantes erros, pede ainda, a determinação de diligência para confrontação dos valores apresentados pelo Fisco e os apurados pelo contribuinte.

Após análise dos autos, a decisão de primeira instância proferida no Acórdão nº 01-12.388 - 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém - PA, fls. 377 a 383, julgou procedente a autuação, conforme a Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/08/2004

NFLD Nº 37.074.681-3.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RETENÇÃO DOS SEGURADOS EMPREGADOS. DÉBITO REGULARMENTE LAVRADO. ATENDIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS. ÔNUS DA PROVA. PARCELA INTEGRANTE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.

A empresa é obrigada a arrecadar e recolher as contribuições dos segurados a seu serviço, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, na forma estabelecida no art. 30, inciso I, alínea "a", da lei n.º 8.212/91.

O crédito previdenciário lavrado em conformidade com o art. 37 da Lei nº 8.212/91 e alterações c/c art.

142 do C.T.N, inclusive constituído de provas dos fatos geradores lançados, somente será elidido mediante a apresentação de provas, pelo contribuinte, que comprove a não ocorrência desses fatos.

O adicional de 1/3 de férias integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias conforme disposto inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores, regulamentado pelo Decreto nº 3.048/99, art. 214, § 40.

Órgão vinculado ao Poder Executivo não tem competência legal para apreciar e declarar inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, o que é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

Lançamento Procedente

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos e no uso da competência atribuída pelo art. 25, inciso I, do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e suas alterações posteriores, c/c a Portaria RFB. nº 10.238, de 15 de maio de 2007 e com o Decreto nº 6.103, de 30 de abril de 2007:

Acordam os membros da 4ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos do Relatório e Voto que integram este julgado. • Encaminhe-se à Delegacia da Receita Federal de origem para cientificar o Contribuinte do inteiro teor do presente Acórdão, mediante entrega de cópia, bem como, para intimá-lo a pagar o crédito tributário em questão, no prazo de 30 dias da ciência do Acórdão, salvo interposição de recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 305, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, art.

33, do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, alterado pelo art. 1º, da Lei nº 8.748, de 09/12/1993 e pelo art. 32, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002.

Sala de Sessões. em 31 de outubro de 2008.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 386 a 326, na qual alega em síntese:

(i) Do dever de revisão do lançamento.

De outra banda, sabe-se que o lançamento tributário requer a identificação dos seus principais elementos:

sujeito passivo, hipótese de incidência, base de cálculo, fato gerador e alíquotas.

Havendo qualquer erro ou omissão em relação a apuração desses elementos dever-se-á anular o lançamento administrativo, já que tais pressupostos são essenciais para a constituição do crédito tributário, bem como, para que o contribuinte exerça o seu sagrado direito de defesa.

O erro na identificação da base de cálculo do tributo induz à sua nulidade por ausência de um dos seus principais elementos.

(ii) Da decadência do lançamento – fatos geradores do ano de 2002.

O lançamento que se questiona abrangeu o período de 02/2002, inclusive, a 08/2004.

Em 08.03.2007 o contribuinte foi intimado do referido lançamento, passados mais de cinco anos em relação à competência 02/2002.

Portanto, ocorreu, em relação à competência 02/2002 a decadência do direito de lançar.

(iii) Da exclusão das verbas indenizatórias – férias indenizadas.

Determina o artigo 28, § 9 1 da Lei 8.212/1991 que não integram o salário de contribuição os valores pagos a título de férias indenizadas e o respectivo adicional constitucional inclusive o valor da dobra da remuneração de férias.

Através de uma simples análise visual se verificará que foram inclusos na base de cálculo do crédito tributário valores • referentes a parcelas indenizatórias das férias pagas em dobro pelo contribuinte aos seus empregados, bem como, as férias pagas em rescisão contratual.

Por outro lado, também não deve sofrer a incidência de contribuição previdenciária os valores referentes ao terço constitucional incidente sobre o pagamento das férias dos empregados

(iv) questiona a ilegalidade da Taxa SELIC.

fls. 395. 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. 395.

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

DAS PRELIMINARES***(a) 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.

(i) Do dever de revisão do lançamento.

De outra banda, sabe-se que o lançamento tributário requer a identificação dos seus principais elementos:

sujeito passivo, hipótese de incidência, base de cálculo, fato gerador e alíquotas.

Havendo qualquer erro ou omissão em relação a apuração desses elementos dever-se-á anular o lançamento administrativo, já que tais pressupostos são essenciais para a constituição do crédito tributário, bem como, para que o contribuinte exerça o seu sagrado direito de defesa.

O erro na identificação da base de cálculo do tributo induz à sua nulidade por ausência de um dos seus principais elementos.

Analisemos.

Não obstante a argumentação da Recorrente, não confiro razão à Recorrente 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 à parte dos segurados empregados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.074.681-3** 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 37.074.681-3)

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;

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.**

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

- *A autorização por meio da emissão do 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. DAL - Diferença de Acréscimos Legais;*
 - f. 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);*
 - g. CORESP- - Relatório de Co-responsáveis do Débito;*
 - h. 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);*
 - i. MPF – Mandado de Procedimento 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 37.074.681-3**, 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) Da decadência do lançamento – fatos geradores do ano de 2002.

O lançamento que se questiona abrangeu o período de 02/2002, inclusive, a 08/2004.

Em 08.03.2007 o contribuinte foi intimado do referido lançamento, passados mais de cinco anos em relação à competência 02/2002.

Portanto, ocorreu, em relação à competência 02/2002 a decadência do direito de lançar.

Analisemos.

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

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

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em

m 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/12/2012 por CARLOS AL

BERTO MEES STRINGARI

Impresso em 07/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 graduação.

*§ 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 tanto o Relatório Total de Vínculos e Massa Salarial GFIP do sistema CNIS, disposto às fls. 279, bem como o Relatório Demonstrativo de Normalizações e Agregações do sistema CNIS, às fls. 281 a 282, apresenta

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, 2009. p. 1036.

na competência 02/2002 a informação de valores declarados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal.

Considero então que, bastou haver pagamentos realizados pela Recorrente a homologar pela Auditoria-Fiscal na competência 02/2002 para que se configure a antecipação de pagamentos.

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, além de não se materializar as hipóteses de dolo, fraude ou simulação.

Verifica-se da análise dos autos que:

O período objeto da NFLD, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 12, é de 02/2002 a 08/2004.

A Recorrente teve ciência do Auto de Infração no dia 27.03.2007, conforme fls. 01.

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 02/2002, inclusive.

DO MÉRITO.

(iii) Da exclusão das verbas indenizatórias – férias indenizadas.

Determina o artigo 28, § 9 1 da Lei 8.212/1991 que não integram o salário de contribuição os valores pagos a título de férias indenizadas e o respectivo adicional constitucional inclusive o valor da dobra da remuneração de férias.

Através de uma simples análise visual se verificará que foram inclusos na base de cálculo do crédito tributário valores • referentes a parcelas indenizatórias das férias pagas em dobro pelo contribuinte aos seus empregados, bem como, as férias pagas em rescisão contratual.

Por outro lado, também não deve sofrer a incidência de contribuição previdenciária os valores referentes ao terço constitucional incidente sobre o pagamento das férias dos empregados

Analisemos.

A Recorrente repete a argumentação aduzida em sede de primeira instância sem que traga à colação elementos de prova a fim de corroborar tais afirmações.

Desta forma, associo-me ao posicionamento da decisão de primeira instância que não deu provimento a este ponto solicitado pelas razões de fato e de direito expostas:

15. Todavia, a impugnante limitou-se apenas a tecer alegações genéricas de que a autoridade fiscal incluiu os valores pagos a título de férias indenizadas e o terço constitucional, alegações essas desprovidas da necessária individualização — esta, possível, face à fecundidade dos relatórios — e sem trazer a lume quaisquer provas contrárias ao lançamento fiscal.

16. A ausência de especificidade das alegações, que não apontam precisamente quais as competências e respectivos valores foram considerados pela fiscalização a título de férias indenizadas e terço constitucional, mas faz a afirmação de forma genérica tão-somente, aliado à falta de provas que sustentem tal arguição, comprometem a consistência dos argumentos e impedem o exame por parte desta julgadora.

17. Impossível a este órgão julgador conhecer de razões defensórias destituídas das provas com que pretende impugnar a notificação de débito, que possam dar sustento às suas alegações.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(iv) questiona a ilegalidade da Taxa SELIC.

Analisemos.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

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

ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

(v) Da Multa de mora.

Analisemos.

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para, **NAS PRELIMINARES**, reconhecer a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 02/2002, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN, e, **no MÉRITO**, para que se recalcule o valor da multa de mora de acordo com o disposto no art. 35, "caput", da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, com prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro