



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

Processo nº 15954.000137/2007-47
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-002.825 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente WLAMA AGRO INDÚSTRIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/12/2004

Ementa: DECADÊNCIA PARCIAL

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Havendo recolhimento antecipado de parte da contribuição previdenciária, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

REMUNERAÇÃO DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS

A empresa está obrigada a recolher a contribuição devida, incidente sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais que lhe prestam serviços.

.INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

TAXA SELIC

A utilização da taxa de juros SELIC encontra amparo legal no artigo 34 da Lei 8.212/91.

MULTA APLICADA

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 02/2002, anteriores a 03/2002, nos termos do voto do(a) Redator designado(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva, que votaram em dar provimento parcial pela regra expressa no I, Art. 173 do CTN; II) Por maioria de votos: a) em manter a aplicação da multa. Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva e Wilson Antonio de Souza Correa, que votaram pelo afastamento da multa; b) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votam em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa, incidente sobre a remuneração paga aos contribuintes individuais que lhe prestaram serviços.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 171), o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento, pela empresa, das remunerações aos segurados contribuintes individuais que lhe prestaram serviço e à cooperativa médica UNIMED, que prestou serviços à empresa por meio de seus cooperados.

A autoridade lançadora informa que os salários de contribuição foram apurados com base nos lançamentos contábeis registrados nos Livros Diários e Razão e as contribuições ora lançadas não foram informadas em GFIP.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 21.424.4/0323/2007 (fls. 186), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 226), repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação.

Preliminarmente, requer que seja concedido efeito suspensivo ao recurso e alega que o indeferimento de prazo para juntada de comprovantes de recolhimento que comprovem que estão sendo lançadas contribuições já pagas configura cerceamento de defesa e afronta ao art. 5º, LV, da CF, uma vez que é impraticável para a contribuinte localizar todas as guias já pagas em prazo tão curto, já que o próprio agente fiscal precisou de prazo muito maior para o levantamento que procedeu, conforme se verifica pelas datas do TIAF, sendo que ainda assim, o seu trabalho resultou em erros.

No mérito, alega decadência de parte do débito e insurge-se contra a cobrança de contribuição ao FNDE, representada pelo "salário educação", em percentual de 2,5%, por estar sendo declarada inconstitucional pelo Judiciário, que está inclusive autorizando as empresas que fizeram o recolhimento indevido a proceder a compensação/restituição desses valores recolhidos indevidamente.

Conclui que a NFLD é insubsistente por não comprovar a base de apuração e origem do débito, e pelas indevidas contribuições ao RAT e a "Terceiros".

Insiste em afirmar que é inconcebível e abusiva a cobrança de multa no percentual aplicado, o que conduta implica em ofensa ao princípio da Moralidade Pública, uma vez que não se pode admitir que apenas por se tratar de autarquia federal possa cobrar multa superior a 10%.

Tendo em vista que a empresa não comprovou o depósito recursal, o recurso foi considerado Deserto, nos termos do Despacho de fls. 244, tendo sido lavrado o Termo de Trânsito em Julgado (fl. 248), e procedida a regular inscrição do débito na Dívida Ativa da UNIÃO.

A Procuradoria –Geral Federal, por meio do Despacho de fl. 268, remeteu os autos à Receita Federal do Brasil para que aquele Órgão verificasse a existência de eventuais competências cobradas decaídas e as indicasse por meio de relatório, tendo em vista a edição da Súmula Vinculante nº 08, do STF, observando que os autos foram encaminhados à Procuradoria em data posterior à publicação da referida Súmula.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, atendendo solicitação da Procuradoria, se manifestou por meio do despacho de fls 270, propondo a retificação da NFLD com exclusão das competências conforme indicado na tabela, aplicando o art. 150, § 4º, do CTN, nos casos em que houve recolhimento de parte da contribuição devida, e o art. 173, I, do mesmo diploma legal, nos casos dos lançamentos de ofício, para as competências em que não houve adiantamento do tributo.

Foi então emitido o DADR (fls. 272), com a retificação do débito, e o processo foi devolvido à PSFN/São Carlos, para prosseguimento e inscrição e, posteriormente, encaminhado a este CARF para julgamento do recurso, tendo em vista a Súmula Vinculante nº 21, do STF.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

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

Preliminarmente, a recorrente requer que seja concedido efeito suspensivo ao recurso.

Porém, entendo que não cabe qualquer manifestação a esse respeito por parte deste Colegiado, uma vez que a cobrança de débito tributário somente toma efeito após o encerramento do trâmite processual no âmbito administrativo, conforme disposto no art. 151, III, do CTN.

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;”

Ainda em preliminar, a recorrente alega cerceamento de defesa ante o indeferimento de prazo para juntada de comprovantes de recolhimento que comprovem que estão sendo lançadas contribuições já pagas.

Alega que houve afronta ao art. 5º, LV, da CF, uma vez que é impraticável para a contribuinte localizar todas as guias já pagas em prazo tão curto, já que o próprio agente fiscal precisou de prazo muito maior para o levantamento que procedeu, conforme se verifica pelas datas do TIAF, sendo que ainda assim, o seu trabalho resultou em erros.

Todavia não se vislumbra a nulidade alegada pela recorrente.

Ao contrário do que afirma, constata-se que a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Dessa forma, todos os elementos necessários para a elaboração de defesa pelo contribuinte encontram-se nos autos, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Com relação ao argumento de que a notificada teve pouco tempo para apresentar as guias que, segundo alega, comprovariam que parte da contribuição lançada já foi

recolhida, verifica-se que a empresa foi intimada a apresentar as guias de recolhimento por meio do TIAD de 14/11/2005 (fls.151), e sua notificação da NFLD se deu em 07/03/2007, sendo que, até a interposição do recurso, em 24/05/2007, a empresa não havia apresentado nenhum comprovante de que houve pagamento do tributo lançado.

Portanto, na verdade, a empresa teve mais de um ano para apresentar os comprovantes, mas não o fez, se limitando a alegar que houve pagamento de parte do valor lançado.

É oportuno frisar que todas as alegações feitas pela recorrente poderiam ser comprovadas por meio da juntada de prova documental pela notificada, conforme disposto no relatório IPC, ressaltando que o contribuinte ainda dispunha do prazo de recurso para a apresentação de outros elementos.

Porém, a empresa não trouxe outros elementos para serem analisados por este Conselho.

Apenas alega, mas não prova que existem guias pagas que demonstram a improcedência do lançamento ou a incorreção das contribuições lançadas.

Constata-se que o Relatório está claro e preciso, e os demais relatórios que integram o lançamento trazem todas as informações necessárias para que a empresa elaborasse sua defesa.

As bases de cálculo bem como as alíquotas aplicadas encontram-se discriminadas no DAD, por competência e por estabelecimento, e todos os valores recolhidos constam dos relatórios RDA e RADA.

O Relatório de Lançamentos discrimina, por competência e por estabelecimento, o valor do pagamento e a conta contábil em que foi registrado.

Assim, não há que se falar em nulidade da NFLD por cerceamento de defesa ou por ofensa ao contraditório, já que foram observados, no presente processo administrativo, os mandamentos estabelecidos pelo Decreto 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

Se a empresa afirma que possui guias de pagamento que comprovam que o labor fiscal está incorreto, cabe a ela apresentar tais elementos para apreciação da autoridade julgadora administrativa.

A convicção da autoridade julgadora advém, no processo administrativo fiscal, dos elementos probatórios carreados pela fiscalização e pela recorrente. Daí a necessidade de se juntar aos autos elementos comprobatórios dos fatos alegados.

Nesse sentido, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, a recorrente alega, inicialmente, decadência de parte do débito.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida 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. 8.212/91,.

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”

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais 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. 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

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 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, 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.

Verifica-se, dos relatórios DAD, RDA e RADA, que houve a antecipação de parte da contribuição para várias competências compreendidas no débito, em diversos estabelecimentos da notificada.

A NFLD foi consolidada em 12/02/2007, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 07/03/2007.

Assim, até a competência 11/2001, inclusive 13/2001, o débito estaria decadente, independente da regra do CTN a ser aplicada

A partir de 01/2002, aplica-se o 150, § 4º, do CTN, apenas para as competências e estabelecimentos em que houve pagamento antecipado do tributo, que, no caso presente, são aquelas listadas pelo Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário - SECAT, da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto, em seu despacho de revisão de ofício do lançamento, às fls. 740.

Para as competências em que não houve adiantamento do tributo, trata-se de lançamento de ofício, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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

Autenticado digitalmente em 23/08/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 22/10

/2012 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 23/08/2012 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assin

ado digitalmente em 27/08/2012 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Impresso em 23/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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;

Dessa forma, considerando o exposto acima e reiterando a manifestação do SECAT, às fls. 270, entendo que se operara a decadência do direito de constituição do crédito apenas para os valores lançados entre 01/99 a 12/2001, e 13/2001, para todos os estabelecimentos, e 01 e 02/2002, para as filiais em que não houve qualquer recolhimento nessas competências, conforme RADA e RDA.

Assim, restaram no lançamento apenas os valores constantes do DADR de fls. 272.

A recorrente alega ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição para o Salário Educação, RAT, terceiros.

Todavia, tais contribuições não são objeto da NFLD em tela, e alegações trazidas sobre a matéria são estranhas ao processo sob análise e totalmente impertinentes ao objeto da NFLD em discussão, motivo pelo qual não conheço de tais argumentos.

Está claro nos relatórios que integram o lançamento ora discutido, que é objeto da presente NFLD a contribuição da empresa, incidente sobre a remuneração paga ou creditada à pessoas físicas que prestaram serviços à notificada na condição de segurados contribuintes individuais, e incidente sobre o valor bruto das notas fiscais ou faturas de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho.

E como toda empresa que contratar os serviços de pessoas físicas na qualidade de contribuintes individuais e cooperativas deve recolher contribuição a seu cargo, pois a Lei assim determina, a fiscalização, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, lavrou a competente NFLD, em observância à legislação que trata da matéria.

As contribuições em comento encontram amparo nos incisos III e IV, art. 22, da Lei 8.212/91, introduzidos pela Lei 9.876/99, com vigência a partir de 03/00.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade de juros, multa e da aplicação da Taxa SELIC, é oportuno observar que o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

Cumprе salientar que a aplicação da multa e a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo nos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/91, vigentes à época do lançamento.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de tais exações, vez que a sua cobrança possui amparo legal. Conforme nos ensina Hans Kelsen:

“ partindo da premissa unidade lógica da ordem jurídica, tenta impôr concordância apriorística entre a lei e a Constituição, que acabe por negar não apenas a possibilidade jurídica da sanção

da nulidade, mas da própria noção de inconstitucionalidade "lato sensu":

*"A afirmação de que uma lei válida é "contrária à constituição" (anticonstitucional) é uma "contradictio in adjecto", pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*", mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição.*

Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional" (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p287).

Cabe destacar que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *"o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica"*

Relativamente às alegações de inconstitucionalidade, cumpre observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, *"o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito"*.

Nesse sentido, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio dos Enunciados 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

Enunciado nº 02:

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

Enunciado nº 03:

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 com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Dessa forma, a Autoridade Fiscal, ao constatar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária e o não recolhimento das contribuições devidas, lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no art. 37 da Lei 8.212/91, na redação vigente à época:

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.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

Voto por CONHECER DO RECURSO para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, considerando a ocorrência da decadência nos termos acima expostos.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes – Redator designado

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa WLAMA AGRO INDUSTRIAL LTDA em face da decisão julgou procedente o lançamento de débito por falta de recolhimento de contribuição social previdenciária, referente ao período de 01/1999 a 05/2006.

DA DECADÊNCIA

No caso em tela, peço vênha para divergir do posicionamento da nobre Conselheira Relatora que aplica a regra do art. 173, inciso I, do CTN, por entender que deve ser considerada a determinação do art. 150, §4º.

Isso porque sobre a decadência, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, *verbis*:

“(…) Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77,

que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

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

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

É como voto.”

.....

“Súmula Vinculante nº 08:

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

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *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.”

Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

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

Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(…) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

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

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

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o 'primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário,

(...)

em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

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

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

E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

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

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

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

No mais, acompanho as duntas considerações da relatora em seu voto condutor.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para:

a) decotar do lançamento as competências **01/1999 a 02/2002**, conforme regra do artigo 150, §4º, do CTN;

b) aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, se benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado