



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18050.004890/2008-64
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-009.065 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de agosto de 2021
Recorrente ACL TECN DE CONC E PAVIMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/07/2003

CUSTEIO. AFERIÇÃO INDIRETA. PAGAMENTO ANTECIPADO E HOMOLOGAÇÃO DO PAGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO

Entende-se por salário de contribuição a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, a segurados que prestem serviço durante o mês.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

HOMOLOGAÇÃO DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

Nos casos de lançamento por homologação, se a lei não fixar prazo para sua efetivação, 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.

AFERIÇÃO INDIRETA.

Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Debora Fofano dos Santos, Savio Salomao de Almeida Nobrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra decisão da DRJ, que julgou o lançamento procedente em parte.

Reproduzo o relatório da decisão de primeira, por bem sintetizar os fatos:

Trata-se de Auto de Infração (AI), DEBCAD nº 37.142.129-2, tendo como sujeito passivo a empresa acima identificada, no montante de R\$ 105.348,57 (cento e cinco mil, trezentos e quarenta e oito reais e cinquenta e sete centavos), consolidado em 04 de agosto de 2008.

Conforme Relatório do Auto de Infração (fls. 27/31), a empresa supracitada atua na área de prestação de serviços de consultoria no ramo de terraplanagem, pavimentação e controle tecnológico de concreto, sendo que sua razão social até 15/12/2003 (data da quinta alteração contratual) era LCL Engenharia e Consultoria Ltda, passando, a partir desta data, para ACL Tecnologia de Concretos e Pavimentos Ltda.

Consta no mencionado relatório que o débito apurado durante a Auditoria Fiscal destina-se à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT), atinente às competências janeiro a maio e julho de 2003.

Esclarece o acima citado relatório que Auditoria Fiscal constatou a existência de folhas de pagamentos relativas às competências 06/2003, 08/2003 a 13/2003 e intimou o contribuinte a apresentar as folhas de pagamentos correspondentes aos meses de 01/2003 a 05/2003 e 07/2003, ou fornecer esclarecimentos, por escrito, a respeito das contas 00335-2 Custos Mão de obra, 00088-0 Contas a Pagar - Décimo Terceiro Salário, 00089-7 Contas a pagar - Férias e 00092-2 Contas a Pagar - Salários e Ordenados, bem como das folhas de pagamentos.

A empresa autuada não prestou esclarecimentos a respeito das contas acima citadas, descumprindo o comando legal contido no art. 32, inciso III, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, informando, por escrito, que a documentação correspondente às competências 01/2003 a 05/2003 foi extraviada, não prestando esclarecimento a respeito da competência 07/2003.

Consta no referido Relatório do Auto de Infração que, analisando a documentação da empresa, constatou que não foram contabilizadas folhas de pagamentos do mês 12/2003 e contabilizou a menor as folhas de pagamentos relativas às competências 06, 09 e 11/2003.

Ressalta o mencionado relatório que, ante o exposto, observando o disposto na Lei nº 8.212, de 1991, em seu art. 33, procedeu à aferição indireta tomando como base a folha de pagamento da competência 06/2003 (isto para as competências janeiro a maio de

2003) e na competência 07/2003 tomou como base a competência 08/2003, assim como os valores de pró-labore pagos aos sócios na competência 07/2003 foram aferidos com base na competência 08/2003.

DA IMPUGNAÇÃO

A empresa autuada, em sua peça de defesa (fls. 65/100), após um breve relato a respeito dos fatos que motivaram o lançamento ora questionado, alega, em síntese, o seguinte:

Em vasta exposição, reportando-se a doutrinas, jurisprudências e legislação norte, a empresa alega a decadência do direito de o fisco lançar estas contribuições sociais, relativas às competências anteriores a julho de 2003, visto o disposto no art. 150, parágrafo 4º, do CTN.

Questionando preterição do direito de defesa, a empresa, citando e transcrevendo legislação, alega que não conseguiu identificar a quais segurados se refere este lançamento, visto não terem sido listados na autuação, nem obteve qualquer comprovação de que eram efetivamente funcionários, uma vez que a folha de pagamento ou os empregados não foram listados em documentação anexa ao Auto de Infração (onde cita a Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, Decreto nº 70.235, 1972), salientando o disposto no art. 59, inciso II, deste Decreto (casos de nulidades).

Prosseguindo seu arrazoado, em item denominado aferição indireta (arbitramento), o contribuinte afirma que este AI não pode prosperar, visto não retratar a realidade dos fatos quando aferiu indiretamente, práticas não habituais, ressaltando que o instituto do arbitramento foi criado para empresas sem nenhum controle contábil fiscal que permitisse ao fisco identificar dados para cruzamento e balizamento das operações financeiras do empreendimento.

Alega, também, que o extravio de toda documentação da impugnante decorreu da separação ocorrida entre os sócios (onde relata a trajetória da referida separação litigiosa ocorrida entre os sócios).

Afirma que a aplicação do arbitramento é medida extrema, somente deve ser utilizada como ultimo recurso, por absoluta ausência de dados ou de outros elementos que tenham mais condições de aproximar-se da realidade, ao tempo que prossegue seu relato a respeito de arbitramento citando legislação, doutrina e jurisprudência.

No item intitulado de Inexistência de pró-labore, o contribuinte afirma que, por dedução, acredita que foram apontados como pró-labore valores correspondente à devolução, pelos sócios, de empréstimos realizados junto à sociedade.

Ainda no mesmo item, a empresa afirma que as irregularidades apontadas como receitas indiretas dos sócios efetivamente foram contabilizadas erroneamente como "suprimento de caixa", ressaltando que já procedeu à correção dos equívocos cometidos, configurando os valores como empréstimo aos sócios.

Ressalta o contribuinte que, mesmo que assim não fosse, a exigência de contribuição sobre valores pagos a autônomos e avulsos denota falta de suporte jurídico, pois, após a redação dada a Lei nº 8.212, de 1991, pela Lei nº 9.528, de 1997, as empresas ficaram obrigadas a recolher 20% sobre o total da remuneração de empregados, ressaltando que, em virtude da Lei complementar nº 84, de 1996, as empresas ficaram obrigadas a recolher 15% sobre o total dos valores pagos a autônomos.

Citando legislação e jurisprudência, a empresa prossegue impugnando o lançamento de valores a título de pró-labore, ratificando que, sendo tais pagamentos feitos a autônomos, não fica a empresa obrigada a recolher contribuições previdenciárias, visto tais pagamentos não ter natureza de salário.

Contestando os valores lançados para financiamento do benefício concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, afirma que nula é a presente autuação, pois como todo lançamento constitui ato administrativo, e todo ato administrativo tem por fonte de validade formal a Constituição e, sendo este ato inconstitucional é, consequentemente, inválido, visto estabelecer como base de cálculo valor diverso daquele a que corresponde o fato gerador da obrigação das mencionadas contribuições sociais.

Por fim, requer que seja declarado nulo o lançamento, visto afrontar a legislação e princípios constitucionais; acaso entenda que não seja caso de nulidade, requer que seja julgado improcedente; requer, ainda, produção de provas admitidas em Direito, especialmente juntada posterior de documentação.

E o relatório

A decisão de primeira instância restou ementada nos termos seguintes:

CUSTEIO. AFERIÇÃO INDIRETA. PAGAMENTO ANTECIPADO E HOMOLOGAÇÃO DO PAGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. CUSTEIO

Entende-se por salário de contribuição a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, a segurados que prestem serviço durante o mês.

INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

HOMOLOGAÇÃO DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO.

Nos casos de lançamento por homologação, se a lei não fixar prazo para sua efetivação, 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.

AFERIÇÃO INDIRETA.

Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário, Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Intimada da referida decisão, a contribuinte apresentou recurso voluntário reiterando os termos da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra, Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Considerações Iniciais

A decisão de piso reconheceu a decadência de parte das competências lançadas, somente permanecendo hígida a competência 01/2003, em que não se verificou a antecipação de pagamento para atrair a regra de contagem do prazo decadencial inserta no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Das Demais Questões tratadas no Recurso Voluntário - Aplicação do art. 57, § 3º do RICARF

Em sede recursal, o sujeito passivo se limitou a renovar os argumentos de defesa. Em razão disso e por concordar com todos os fundamentos da decisão de piso, utilizo-a como minha razão de decidir, o que faço nos termos do permissivo inserto no art. 57, §3º do Regimento Interno do CARF:

Inicialmente, assegura-se a tempestividade da impugnação apresentada, uma vez que a notificada tomou ciência do lançamento, pessoalmente, em 04 de agosto de 2008 (fl.01) e a impugnação foi apresentada em 03 de setembro de 2008 (fls. 65).

Primeiramente cumpre esclarecer que este procedimento de Auditoria Fiscal ericontra-se estribado na legislação vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que deu origem a este lançamento, atendendo a princípios que norteiam a Administração Tributária.

Consultando o contido na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (art. 32, inciso III), abaixo, evidencia-se que a empresa autuada descumpriu este comando normativo quando deixou de prestar a este órgão as informações e esclarecimentos necessários aos trabalhos de Auditoria Fiscal:

Lei nº 8.212/1991

Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

HI - prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de seu interesse, na

*forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à
fiscalização;*

A Lei nº 8.212, de 1991, ante esta atitude do contribuinte (deixar de prestar a este órgão as informações e esclarecimentos necessários aos trabalhos de Auditoria Fiscal quando solicitado, conforme acima explicitado) no parágrafo 3º do art. 33, autoriza que seja lançada de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. Veja-se:

^Lei nº 8.212/1991

(...)

Art. 33. A Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. II, as contribuições incidentes a título de substituição e as devidas a outras entidades e fundos.

(...)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Reafirmando, conforme descrito nos autos (fls. 27/28), o contribuinte deixou de apresentar à Auditoria Fiscal documentos e informações necessárias à fiscalização, motivo pelo qual procedeu-se ao lançamento de ofício, observando o disposto na legislação acima transcrita.

A aferição indireta adotada pela Auditoria Fiscal encontra-se estribada no art.

33, em seu parágrafo 6º, abaixo transcrito.

Lei nº 8.212/1991 (...)

Art. 33. (...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Regulamentando a norma veiculada pela Lei nº 8.212, de 1991, acima transcrita, o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, assim dispõe em seu art. 235.

Decreto nº 3.048/1999

(...)

Art. 235. Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita ou do faturamento e do lucro, esta será desconsiderada, sendo apuradas e lançadas de ofício as contribuições devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

A Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, publicada no Diário Oficial da União de 15 de julho de 2005, nos artigos 596 e 597, assim dispõe a respeito da aferição indireta.

Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005.

(...)

Art. 596. Aferição indireta é o procedimento de que dispõe a SRP para apuração indireta da base de cálculo das contribuições sociais.

Art. 597. A aferição indireta será utilizada, se:

I - no exame da escrituração contábil ou de qualquer outro documento do sujeito passivo, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita, ou do faturamento e do lucro;

Quanto ao questionamento de cerceamento de defesa alegado pelo contribuinte, visto não se ter listado na autuação a quais segurados se refere este lançamento, ressalva-se o seguinte. O Auto de Infração em julgamento encontra-se devidamente motivado, com a descrição das razões de fato e de direito que justificaram a constituição deste crédito, contendo informações suficientes ao exercício do contraditório e da ampla defesa por parte do contribuinte e em conformidade com o que determina a legislação norte deste procedimento.

Observa-se que no Relatório do Auto de Infração (fls.28), item 13, explicita quais as folhas de pagamentos serviram de base para a aferição indireta das contribuições sociais em questão: ressaltando que a folha de pagamento da competência 06/2003 serviu de base para os valores lançados nas competências 01 a 05/2003 e para a competência 07/2003 tomou-se como base a folha de pagamento da competência 08/2003.

E imperioso ressaltar que, visto estarem tais documentos (folhas de pagamentos) em poder do sujeito passivo, a Auditoria Fiscal fica desobrigada de oferecer cópia destes documentos ao contribuinte, devendo apenas indicá-las para que este saiba a fonte dos valores lançados, com fito de exercer o direito de ampla defesa.

Quanto ao questionamento da empresa alegando extravio da documentação correspondente ao período do lançamento, é imperioso ressaltar o que dispõe a legislação vigente em 2003 (época da ocorrência dos fatos) a respeito do tema (Instrução Normativa do **Departamento Nacional de Registro do Comércio** (DNRC) nº 65, de 31 de julho de 1997, Publicada no Diário Oficial União de 1º de agosto de 1997, revogada pela Instrução Normativa DNRC nº 102, de 25 de abril de 2006, Publicada no Diário Oficial da União em 09 de maio de 2006):

Instrução Normativa DNRC nº 651 \ 997 CO

Art. 11. Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de qualquer dos instrumentos de escrituração mercantil, a empresa fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste fará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas à Junta Comercial de sua jurisdição.

§ 1º Recomposta a escrituração, o novo instrumento receberá o mesmo número de ordem do substituído, devendo o termo de autenticação ressaltar, expressamente, a ocorrência comunicada.

§ 2º A autenticação de novo instrumento de escrituração mercantil só será procedida após o cumprimento do disposto no caput deste artigo.

Instrução Normativa MDICE/SCS/DNRC nº 102/2006

(...)

Art. 18. Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de qualquer dos instrumentos de escrituração, o empresário ou a sociedade empresária fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste fará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas à Junta Comercial de sua jurisdição § 1º Recomposta a escrituração, o novo instrumento receberá o mesmo número de ordem do substituído, devendo o termo de autenticação ressaltar, expressamente, a ocorrência comunicada.

No mesmo sentido, o Decreto-lei nº 486, de 03 de março de 1969, publicado no Diário Oficial da União, de 04 de maio de 1969, dispõe a respeito do tema (extravio, deterioração ou destruição de documentos fiscais). Veja-se:

Decreto-Lei nº 486/1969. (...)

Art. 10 - Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, o comerciante fará publicar em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de 48 (quarenta e oito) horas ao órgão competente

do Registro do Comércio. ^

A legislação determina a publicação do fato em jornal de grande circulação e a informação à Junta Comercial, dentro de 48 horas. O entendimento doutrinário prelecionado pelo professor Fábio Ulhoa Coelho corrobora o veiculado pela legislação acima transcrita. Veja-se:

A falta de um instrumento de escrituração obrigatório implica sanções ao empresário. Deste modo, ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas ou microfichas já autenticadas pela Junta Comercial, o empresário deve adotar certas providências, exigidas pelo registro de empresas, para não sofrer as sanções relacionadas à falta da escrituração. Em primeiro lugar, é necessário providenciar a publicação, em jornal de grande circulação na sede do estabelecimento correspondente, de um aviso relativo à ocorrência. Em segundo, nas quarenta e oito horas que se seguirem à publicação, o empresário deve apresentar na Junta Comercial uma comunicação, com detalhado relato do fato. Após essas providências, o empresário poderá recompor sua escrituração, adotando o mesmo número de ordem do instrumento extraviado ou perdido, para fins de a submeter à autenticação. A segunda via do livro ou instrumento de escrituração, após o atendimento destas cautelas e formalidades, produzirá, em princípio, os mesmos efeitos jurídicos da primeira. (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial, v. 1, 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 86).

O Professor Rubens Requião, lecionando a respeito do tema em comentário, explicita o comando normativo previsto nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil.

Esse processo estabelecido é muito singelo. Para evitar que a alegação de perda ou destruição dos livros venha de futuro a ser posta em dúvida, aconselhamos que o empresário zeloso proceda à justificação judicial, ouvindo testemunhas e fazendo vistoria em caso de destruição parcial, para que suas alegações fiquem judicialmente comprovadas e fora de qualquer futura dúvida.

(REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, v. 1, 24. ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 174)

A empresa notificada teve ciência da Auditoria Fiscal que resultou neste lançamento em 04 de agosto de 2008 (fls. 01). A documentação foi extraviada, segundo a empresa, quando da retirada do sócio Antonio Raimundo Borges Marques, em 12/2003. Mesmo com o extenso decurso de tempo, não se recompôs a escrituração dos documentos extraviados, conforme faculta a legislação.

Consultando a documentação acostada aos autos - Alteração contratual da empresa (fls. 41/48), constata-se que Sr. Luiz Carlos Lacroze de Almeida e Sr. Klinger Lacroze de Almeida são sócios da empresa. Conforme documentação juntada pela empresa (fls. 258), constata-se que existe pagamento de pró-labore por parte da empresa a sócios, devendo recolher as contribuições sociais ora questionadas.

Conforme estabelecido na Norma Brasileira de Contabilidade (NBC), a retificação de lançamento é o processo técnico de correção de um registro realizado com erro, na escrituração contábil das empresas e entidades em geral, precisando o motivo da retificação, a data e a localização do lançamento original. Outrossim, os lançamentos realizados fora da época devida deverão consignar, em seus históricos, as datas efetivas das ocorrências e a razão do atraso.

Deste modo, constatando a ocorrência de equívocos em seus lançamentos contábeis, a empresa deveria proceder à devida retificação, conforme determina a legislação pertinente, o que não ocorreu, limitando-se a empresa apenas a apresentar alegações sem, contudo, acostar um único documento para comprovar tais questionamentos.

Quanto ao questionamento da empresa afirmando que a *exigência de contribuição sobre valores pagos a autônomos e avulsos denota falta de suporte jurídico* ressalta-se o seguinte:

Com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, o segurado denominado autônomo passou a contribuinte individual. A Lei nº 8.212, de 1991, disciplinando a contribuição social ora questionada dispõe a respeito destes segurados em diversos artigos, como por exemplo, os abaixo transcritos.

Assim sendo, não se pode afirmar que a contribuição lançada, a título de contribuintes individuais falta suporte jurídico. Veja-se:

Lei nº 8.212/1991 (...)

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

V - como contribuinte individual: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99).

Art. 21. A alíquota de contribuição dos segurados contribuinte individual e facultativo será de vinte por cento sobre o respectivo salário-de-contribuição. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26/11/99)

O comando contido no art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, publicada no Diário Oficial da União em 07 de março de 1972, disciplinando o processo administrativo fiscal, assim dispõe a respeito do tema:

Decreto nº 70.235/1972. (...)

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 Medida Provisória nº 449, de 2008)

*Parágrafo único. O disposto no **capit** não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*

1 - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

II - que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Cereal da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de junho de 2002; (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

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 Medida Provisória nº 449, de 2008)*

c) *pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Incluído pela Medida Provisória nº 449, de 2008)*

Destarte, evidencia-se que a Administração Pública não tem competência para deslinde de alegação de inconstitucionalidade. Deste modo, não serão conhecidos os questionamentos de inconstitucionalidade levantados pela empresa autuada.

Outrossim, compete ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei, uma vez que não o fez, e como não pode o Executivo avocar tais competências (em respeito à separação e harmonia dos Poderes), resta-nos cumprir o comando legal.

É imperioso ressaltar que este lançamento foi realizado tendo como base pagamentos feitos a segurados obrigatórios por serviços que estes prestaram à empresa autuada, não se trata, pois, de lançamento sobre empréstimos ou devolução de empréstimos, conforme equivocadamente alega a empresa.

Os valores lançados para financiamento do benefício concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa - antigo SAT - tem caráter nitidamente tributário e, na verdade, está prevista no art. 149, da Carta Suprema. A mencionada contribuição ao SAT prevista no artigo 201, inciso I, da Constituição Federal é do tipo de contribuição social para a Seguridade Social. Deve, portanto, também ela, obedecer, em tudo e por tudo, ao regime jurídico tributário. (ROQUE ANTONIO CARRAZZA, RDT nº 70, p.54).

Em nada difere a doutrina de HUGO DE BRITO MACHADO: *Diante da vigente Constituição social, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse das categorias profissionais ou econômicas e seguridade social. E indubitoso, hoje a natureza tributária destas contribuições....* (Curso de Direito Tributário, São Paulo, Malheiros, 11ª Ed., 1997,p.313).

Prevista no art. 149 da Carta de 1988, a Contribuição Previdenciária para o Seguro Acidente Trabalho (SAT), teve sua sistemática de recolhimento disciplinada, atualmente, pela Lei nº 8.212, de 1991, que em seu artigo 22, assim dispõe:

Lei nº 8.212/1991

(...)

Art. 22 - A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no artigo 23, é de:

(...)

II - para financiamento da complementação das prestações por acidentes de trabalho, dos seguintes percentuais, incidentes sobre (...):

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

Esta contribuição é de responsabilidade de toda empresa, distinguindo apenas nos percentuais de recolhimento (um, dois ou três por cento), de acordo com os riscos da atividade.

Outrossim, o STF entende perfeitamente constitucional a delegação, ao Poder Executivo, para que o mesmo explicitasse o que venha ser atividade preponderante, "*in verbis*"

Supremo Tribunal Federal (STF)

O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de atividade preponderante e grau de risco leve, médio e grave, não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, CF, art. 5º, II, e da legalidade tributária, CF., art. 150, I e IV (RE343.446-SC, Rei. Min. Carlos Veloso).

Cumpramos ressaltar a questão de perda do direito de a Fazenda Pública constituir seu crédito por decurso do prazo de cinco anos sem que esta se manifestasse a respeito de recolhimentos efetuados pelo contribuinte. Veja-se:

A Constituição Federal em seu art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, prevê que o Supremo Tribunal Federal poderá 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, *ipsis litteris*:

"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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. "

Regulamentando o dispositivo constitucional, Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe em seu art. 2º:

"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. "

O Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 8, de 12 de junho de 2008, declarando inconstitucional os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 2008, *ipsis litteris*:

"São inconstitucionais o 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. Por força do artigo 146, III, b, da Constituição Federal de 1988, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência tributária.

Destarte, aplicam-se às contribuições sociais as regras de decadência e prescrição da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela Constituição Federal com força de lei complementar.

Assim, o prazo para que a Fazenda Pública se pronuncie a respeito do

pagamento antecipado pelo contribuinte é de 5 anos, na forma do art. 150 do CTN, conforme abaixo transcrito:

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.

§ 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.

Observando a data da ciência ao contribuinte (04/08/2008), acima explicitado,

com as competências lançadas (01/2003 a 07/2003), constata-se que foram incluídas no levantamento competências cujos créditos já estavam extintos pela homologação do recolhimento.

Assim, quando se completou o lançamento já havia expirado o prazo concedido

pela Lei nº 5.172/1966 (CTN), em seu art. 150, *caput* e parágrafo 4º, para homologação os pagamentos efetuados pela empresa ou lançar valores residuais, acaso existissem, anteriores a agosto de 2003, motivo pelo qual, as competências para as quais há recolhimentos, serão excluídas deste lançamento, conforme abaixo explicitado.

Destarte, fica extinto o crédito para as competências 02/2003 a 07/2003 pela homologação tácita dos recolhimentos efetuados e procedente para a competência de 01/2003 (com relação a esta, por não haver recolhimento para ser homologado).

Depois de excluídos os valores acima mencionados será emitido o Relatório Discriminativo Analítico do Débito Retificado (DADR), acostado aos autos e encaminha uma via ao contribuinte.

O Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal no âmbito da administração federal, assim dispõe a respeito de apresentação de documento que comprovem alegações do sujeito passivo Decreto nº 70.235/1972.

(...)

Art. 10. A impugnação mencionará:

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997).

Ante o exposto, considerando tudo o mais que nos autos consta **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do presente Auto de Infração, para declarar devido o montante de R\$ 18.957,41 (dezoito mil, novecentos e cinquenta e sete reais e quarenta e um centavos).

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)
Daniel Melo Mendes Bezerra