



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

Processo nº 18186.000168/2007-34
Recurso nº 159.636 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.012 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de julho de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Recorrente FUNDIÇÃO FUNDALLOY LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/2006

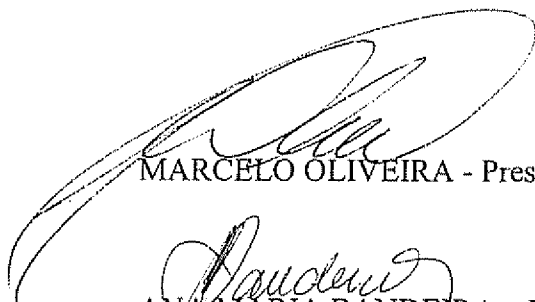
CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por maioria de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer que ocorreu a decadência e excluir as contribuições apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou em aplicar a regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

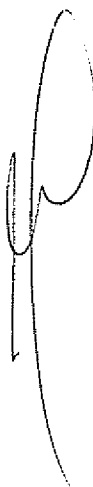


MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

O lançamento ocorreu em **20/07/2006**, data da intimação do sujeito passivo.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 110/116), o lançamento corresponde à parte patronal sobre remunerações consideradas complementares às percebidas sob a forma de Pro-Labore, pelos contribuintes individuais, especificamente relativas aos sócios-gerentes da empresa e diferenças sobre remunerações pagas a segurados empregados não consideradas como incidentes de contribuição previdenciária pela empresa, diferenças essas referentes às competências de 1.997 e 1.998.

Relativamente aos contribuintes individuais foram verificados os pagamentos especificados nos levantamentos abaixo:

DPA - Diferenças de Pro-Labore (período anterior à implantação da GFIP)

DPL - (período com vigência da GFIP), as remunerações creditadas aos sócios-gerentes referentes a despesas de Cartão de Crédito, discriminadas no Relatório de Lançamentos, provenientes da conta 40122-6 — Despesa com Cartão de Crédito e das faturas das mesmas, quando apresentadas;

PPA — Previdência Privada (período anterior à implantação da GFIP)

PPR - (período com vigência da GFIP), as remunerações creditadas aos sócios-gerentes em despesas relativas à previdência complementar privada e não disponíveis à totalidade de seus empregados e dirigentes, verificadas nas contas 40110-2 — Premio Seguros e 3120670405-1 — Seguros Diversos.

PSA— Premio Seguro de Carro (período anterior à implantação da GFIP)

PSG - (período com vigência da GFIP), as remunerações creditadas aos sócios -gerentes em despesas relativas a seguro contra terceiros, relativo aos veículos particulares, encontradas na conta 3120670405-1 — Seguros Diversos, conforme exemplo anexo referente a esta conta, no Razão com data de 30/09/2004.

Quanto aos segurados empregados, os fatos geradores correspondem a valores pagos a título de cesta básica sem a devida inscrição no PAT e diversas verbas não consideradas como integrantes do salário de contribuição, todos ocorridos nos exercícios de 1997 e 1998.

A auditoria fiscal informa que a empresa concordou e incorporou em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social

— GFIP, para o período de 01/1999 a 01/2006, GFIP s, essas substitutivas, conforme versão 8.2 e entregues no decurso da ação fiscal (Relação de Envio de Sefip, anexa), todas as remunerações referentes às rubricas de Folha de Pagamento sobre as quais não houve incidência de contribuições previdenciárias, bem como às referentes aos benefícios concedidos aos segurados empregados, como Alimentação e Abonos, provenientes de lançamentos contábeis e as remunerações de contribuintes individuais de pagamentos de Pro-Labore e Autônomos.

A notificada apresentou defesa (fls. 148/184) onde alega a nulidade pela não inclusão do Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD.

Também considera motivo de nulidade, divergência de informações. Segundo a notificada, a auditoria fiscal, no na Relação de Co-Responsáveis - CORESP e na Relação de Vínculos, indica que o Sócio-Gerente, Sr. Agnaldo Jorge dos Santos, tem como período de atuação de 12/02/1966 até os dias de hoje. Já no Relatório Fiscal, informa que o mesmo sócio-gerente tem " "período de atuação 06/02/1992 até o presente".

Argumenta a respeito da Teoria dos Motivos Determinantes para concluir que o lançamento seria nulo, no caso, pela ausência de motivação.

Apresenta preliminar de decadência de parte do lançamento.

Aduz que as disposições genéricas acerca dos fatos geradores são insuficientes para esclarecer a origem do débito, acarretando, portanto, a impossibilidade do exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente assegurados, impedindo que a impugnante faça a adequada análise do débito a ela imposta.

Considera a contribuição incidente sobre o pró-labore inconstitucional.

Alega não ser possível a utilização de multa com efeito de confisco, bem como da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Pela Decisão Notificação nº 21.404.4/0035/2007 (fls. 200/208), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 214/250) onde efetua a repetição das alegações de defesa.

O recurso teve seguimento sem o depósito recursal por força de decisão judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta preliminar de nulidade, a qual merece ser observada.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.”

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo 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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, 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 (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

No caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 01/1997 a 01/2006 e foi efetuado em 20/07/2006, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“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.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, 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.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de

cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).

O lançamento em questão refere-se a contribuições cujos fatos geradores não foram reconhecidos pela empresa à época, os quais a auditoria fiscal entendeu que integrariam o salário de contribuição. Portanto, não há que se falar em antecipação de pagamento, devendo a decadência ser considerada até **11/2000**, inclusive, nos termos do art. 173, inciso I do CTN, uma vez que o lançamento se deu em **20/07/2006**.

A recorrente alega a nulidade pela não inclusão do Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, bem como divergência de informações na Relação de Co-Responsáveis - CORESP e na Relação de Vínculos, que indica que o Sócio-Gerente, Sr. Agnaldo Jorge dos Santos, tem como período de atuação de 12/02/1966 até os dias de hoje. Já no Relatório Fiscal, informa que o mesmo sócio-gerente tem "período de atuação 06/02/1992 até o presente".

As questões acima foram esclarecidas na decisão de primeira em trecho abaixo transcrito.

"A ciência do presente crédito fiscal foi dada pessoalmente pelo contribuinte em 20.07.2006, fls 01, onde o mesmo atesta o recebimento da Notificação Fiscal e todos os relatórios ali relacionados, entre eles o FLD — Fundamentos Legais do Débito. Relativamente à alegada imprecisão relacionada com o período de atuação do sócio-gerente Agnaldo Jorge dos Santos cumpre esclarecer, que no Relatório Fiscal é apontado tão somente o período de atuação constante do contrato social e/ou alterações relativos ao período do crédito fiscal lavrado. Já os relatórios CORESP e VÍNCULOS abrangem todos os períodos de atuação dos sócios, desde o início de atividades empresa até o do lançamento fiscal.

No mais, a recorrente tece várias considerações tentando levar ao entendimento de que o lançamento seria nulo face a alegado cerceamento de defesa consubstanciado na ausência de motivação e discriminação clara e precisa dos fatos geradores.

Não é possível acolher o argumento.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, contribuições arrecadas dos segurados e não recolhidas pela empresa, cujas bases de cálculo foram apuradas nas folhas de pagamento, GFIP e registros contábeis.

Toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

Finalmente, a recorrente contesta a multa e os juros aplicado sob o argumento de que os mesmos seria inconstitucionais e ilegais, assim como a contribuição incidente sobre a remuneração de contribuintes individuais.

Ora, é fato que não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 e 03 publicadas no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

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

Súmula nº 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2000, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2010



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

