



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

Processo n° 19515.003378/2008-59
Recurso n° 000.000 De Ofício
Acórdão n° 2403-001.001 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MASTEC BRASIL S/A MASSA FALIDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/04/2004

RECURSO DE OFÍCIO - PROVIMENTO NEGADO

Nega-se provimento ao recurso de ofício quando não existente qualquer vício na a decisão “a quo” e inexistente recurso voluntário.

Recurso de Ofício Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marthius Savio Cavalcante Lobato - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Jhonatas Ribeiro da Silva, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de recurso de ofício apresentado contra Decisão da 14ª Turma da DRJ/SPOI, Acórdão 16-20.762, que julgou procedente em parte lançamento.

Adoto integralmente o relatório do v. acórdão recorrido, de fls.

Relatório

1. A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ora em apreço, DEBCAD nº 37.045.499-7, segundo o Relatório Fiscal de fls. 346;348, refere-se às contribuições devidas e não recolhidas à Seguridade Social correspondentes às parcelas do segurados empregados dos estabelecimentos matriz e filiais (vide Discriminativo Analítico do Débito-DAD, fls. 07/44 e Discriminativo Sintético do Débito-DSD, fls. 45;69) apurados com base nas folhas de pagamento da empresa e GFIP, importando o crédito no valor de R\$ 2.340.456,29 (dois milhões, trezentos e quarenta mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e vinte e nove centavos) consolidado em 29/12/2006.

1.1. O Auditor Fiscal em seu relatório destaca que em se tratando de contribuições dos segurados empregados arrecadadas pela empresa e não repassadas à Seguridade Social, tal situação constitui, em tese, crime contra a Seguridade Social, ensejando comunicação à autoridade competente via Representação Fiscal para Fins Penais.

1.2. Consta do referido relatório fiscal que a falência da empresa foi decretada em 03/11/2004 nos autos do processo nº 052396/04 da 7ª Vara Cível desta Capital, tendo sido nomeado síndico o Dr. Manuel Antonio Angulo Lopez, fls. 348.

DA IMPUGNAÇÃO

2. A Notificada, através do Síndico, apresentou impugnação tempestiva, fls. 418-431, acompanhada do documento de fls. 432, alegando, em síntese, após relatar os fatos:

2.1. decadência parcial das contribuições previdenciárias relativas ao período de Janeiro/2000 a dezembro/2001, com fundamento em decisões do STJ no sentido de que o prazo a ser aplicado é o previsto no art. 150§ 4º do CTN e não o art. 45 da Lei 8.212/91, afirmando que referido dispositivo da Lei de Custeio afronta o art. 146, III, "b" da Constituição Federal e, assim é inconstitucional; acrescenta e ressalta posicionamento do Conselho de Recursos da Previdência Social neste sentido, reproduzindo julgado, concluindo que em qualquer hipótese não poderia ser cobrado o período decadente, 01/2000 a 12/2001;

2.2. que a NFLD não atendeu ao disposto no art. 37 da Lei 8.212/91, pois não contém fundamentação clara e específica, o que acarreta cerceamento de defesa e conseqüente nulidade do lançamento (acrescenta jurisprudência sobre este aspecto);

2.3. que o valor lançado é desmedido, pois foram ignorados recolhimentos feitos pelas tomadoras de serviço da impugnante, não constando que tais guias tenham sido abatidas do débito apurado, conforme previsto para fins de elisão de responsabilidade e que a impugnante também não foi intimada para manifestar-se sobre a existência ou não de recolhimentos, situação esta que confirma não ter sido a Notificação lançada de forma clara nem com respeito ao princípio da ampla defesa, motivo pelo qual deve ser declarada nula;

2.4. que a aplicação da taxa SELIC aos créditos tributários é indevida porque referida taxa não foi criada para tal fim, o que vem sendo reconhecido por nossos

Tribunais, transcreve decisão, e assim, demonstrada a

inconstitucionalidade/ilegalidade da exigência de juros pela taxa SELIC entende que a sua aplicação deve ser cancelada.

2.5. Por fim requer, uma vez processado e conhecido seu recurso, seja extinto/anulado o débito e cancelado perante o banco de dados da SRP. Requer, também, que doravante todas as comunicações/intimações sejam feitas em nome do síndico, em seu endereço.

DA DILIGÊNCIA

3. Em decorrência da análise preliminar do então Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária São Paulo — Oeste, o presente processo foi encaminhado à fiscalização para cumprimento de diligência (observa-se que na mesma ação fiscal foram lavradas esta Notificação; outra, de DEBCAD nº 37.045.498-7, bem como o auto de Infração DEBCAD nº 37.045.500-2 e todos os processos foram para diligência em conjunto), tendo sido solicitado no Despacho de fls. 435/437, em suma, que o Auditor Fiscal se manifestasse:

3.1. sobre a entrega dos MPF's e TIAD's à pessoa diversa do Síndico, sem poderes conferidos por este para tanto;

3.2. sobre as datas e prazos das Notificações e Auto de Infração, em especial quanto à emissão/entrega de MPF e TIAD dirigidos ao Síndico com data de emissão/postagem posterior ao término da fiscalização da empresa falida;

3.3. sobre a não utilização do livro diário de 2004, tendo em vista a alegação do Síndico de que os documentos estavam em Juízo até 10/01/2006 e outros esclarecimentos que o Auditor entendesse pertinentes, inclusive sobre a impugnação da Notificada.

4. O Auditor Fiscal juntou os documentos de fls. 438/498, o termo de encerramento de diligência às fls. 469/470 (com ciência e reabertura de prazo dada ao Contribuinte através de seu representante, o Síndico da massa falida). Também foi juntada a informação fiscal, fls. 471/473, a qual foi encaminhada ao Síndico juntamente com o Termo de Encerramento da Diligência.

4.1. Na sequência foram juntado às fls. 474/478 os esclarecimentos adicionais prestados pelo Auditor Fiscal.

4.2. Às fls. 478 consta a informação de que não houve manifestação da Notificada e os autos foram remetidos para esta Delegacia/Turma.

5. Conforme Despacho nº 140 de 22/08/2008, fls. 479/480, uma vez constatado que a Notificada não teve ciência das informações do Auditor Fiscal de fls. 474/478 com os detalhamentos esclarecedores dos fatos ocorridos durante as ações fiscais (fiscalização propriamente dita e diligência) e que foram objeto de questionamento tanto na impugnação como no Despacho de fls. 435/437, os autos foram encaminhados ao órgão preparador para que fosse dada ciência ao Contribuinte, na pessoa do Síndico, da informação fiscal de fls. 74/478, dos documentos juntados pela Fiscalização às fls. 38/468 e do próprio Despacho, com abertura de prazo de 10 dias para manifestação.

5.1. Consta devolução da correspondência enviada à empresa falida, fls. 485; edital de intimação, fls. 486 e a intimação encaminhada ao Síndico, fls. 487, com recebimento registrado em 15/12/2008, beira como a juntada da manifestação intempestiva, s. 480/490, protocolada em 06/01/2009.

5.2. A manifestação de fls. 480/490 é no sentido de que os fatos constantes das informações fiscais reforçam as ilegalidades do lançamento com a reiteração de que sejam considerados os argumentos apresentados em sua impugnação que comprovam a insubsistência e ilegalidades do lançamento.

5.3. Nestas condições, os autos retornaram à esta DRJ/Turma.

Julgado procedente em parte o lançamento para cancelando o crédito referente as contribuições das competências de 01/2000 a 11/2001 e 13º/2001 para os estabelecimentos matriz e todas as filiais, exoneração esta em razão da decadência, mantendo o crédito tributário exigido nas demais competências e estabelecimentos, alterando-se o valor originariamente lançado de R\$ 2.340.456,29 para R\$ 543.786,48 (quinhentos e quarenta e três mil, setecentos e oitenta e seis reais e quarenta e oito centavos), consolidado em 29/12/2006, nos termos do relatório, voto e DADR — Discriminativo Analítico do Débito Retificado, fls. 493/518.

Desta decisão, não houve a interposição de recurso voluntario por parte do contribuinte.

Recurso de oficio nos termos da lei.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marthius Savio Cavalcante Lobato, Relator

Cientificado o contribuinte, com AR 06/04/2009, folhas 530/531, não houve interposição de recurso voluntário (fl. 533).

Deve ser mantida a decisão “a quo” por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A DRJ/SPOI conferiu ao contribuinte o mais amplo direito de defesa, tendo inclusive realizado diligências. Portanto, correta a decisão de fls. 519-529, cujos fundamentos adoto integralmente, fazendo parte integrante do presente voto, “*verbis*” :

6.1. Observa-se que nos termos do artigo 17 do referido Decreto, considera-se não impugnada a matéria que não for expressamente contestada pelo impugnante.

7. Apesar dos esforços da Impugnante em seu arrazoado, seus argumentos não são eficientes para afastar o lançamento, consoante a seguir articulado. Apenas quanto à DECADÊNCIA parcial do crédito tributário relativo às competências com prazo superior a cinco anos e que extingue parcialmente o crédito lançado há que se acatar, mais ainda assim não integralmente, nem pelos fundamentos alegados apresentados, conforme a seguir articulado.

7.1. Anota-se que até 11 de junho de 2008 a questão da decadência do crédito tributário decorrente das contribuições previdenciárias era regulada pelo então em vigor art. 45 da Lei 8.212/91 que estabelecia o prazo de dez anos.

7.2. Em sessão de 12 de junho de 2008, o Tribunal Pleno do STF editou, entre outros, o seguinte enunciado de súmula vinculaste publicado em 20 de junho de 2008 no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, de acordo com o § 4º do art. 2º da Lei nº 11.417/2006:

Súmula vinculaste nº 8 — São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Precedentes: RE 560.626, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 556.664, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.882, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12/6/2008; RE 559.943, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/6/2008; RE 106.217, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12/9/1986; RE 138.284, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/1/1992.

Legislação: Decreto-Lei nº 1.569/1997, art. 5º parágrafo único Lei nº 8.212/1991, artigos 45 e 46 CF, art. 146, III

7.3. De acordo com a Lei 11.417/06, após o Supremo Tribunal Federal editar enunciado de súmula, esta terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a partir de sua publicação na imprensa oficial.

7.4. Nos julgamentos adotados como precedentes à edição da Súmula, o STF, por maioria, deliberou a aplicação de efeitos *ex nunc*, esclarecendo que a modulação deveria ser aplicada tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008.

7.5. Conseqüentemente, estando definida pelo STF a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 que estabeleçam o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional.

7.6. O CTN trata da contagem do prazo de decadência e fixação do termo *a quo* do mesmo no art. 173, inciso I, e no art. 150, § 4º:

(...)

7.7. Considerando os dispositivos legais transcritos e o Parecer PGFN/CAT ri 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Ministro de Estado da Fazenda em 18/08/2008, que obriga a todos os órgãos e entidades integrantes de sua estrutura à tese jurídica fixada (art. 42 da Lei Complementar n.º 73/1993), conclui-se que a inexistência de pagamento justifica a utilização da regra geral do art. 173 do CTN e o pagamento antecipado da contribuição, ainda que parcial, suscita a aplicação da regra prevista no §4º do art. 150 do CTN.

7.8. Uma vez estabelecidos os parâmetros a serem utilizados na apuração do prazo decadencial, cumpre verificar a ocorrência da decadência do direito do Fisco em efetuar o lançamento fiscal. O presente lançamento é referente As competências 01/2000 a 04/2004 envolvendo vários estabelecimentos e levantamentos (FP — folha de pagamento e GFI — GFIP); foi consolidado em 29/12/2006; a cópia da Notificação foi encaminhada pela via postal em 03/01/2007 e o Contribuinte teve ciência em 05/01/2007 (vide fls 01 e comprovante dos Correios — "AR" — As fls. 414). De acordo com as informações consignadas no Relatório Fiscal, fls. 346/348, no DAD — Discriminativo Analítico de Débito, fls. 07/44, no RDA — Relatório de Documentos Apresentados, fls. 105/174 e no RADA — Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados, fls. 175/302, verifica-se a inexistência de recolhimentos de contribuições previdenciárias em relação aos fatos geradores para todos os estabelecimentos na competência 12/2001 e, conforme acima exposto, no presente caso, foram fulminadas pela decadência os lançamentos dos estabelecimentos/competências abaixo especificadas, pela aplicação do art. 173, I (nos casos de inexistência de recolhimento), sendo que *para* as competências anteriores a 11/2001, inclusive, e 13/2001 (cujo vencimento é no próprio ano de 2001) a decadência deve ser reconhecida seja com fundamento no art. 173, I (nos casos de inexistência de recolhimento) ou pelo reconhecimento da pertinência do artigo

150, § 4º, ambos do CTN (para os casos de recolhimento), vide planilha abaixo:

(...)

7.9. Nestas condições, há que se reconhecer a DECADÊNCIA PARCIAL do lançamento objeto desta Notificação, conforme acima especificado e também demonstrado no DADR — Discriminativo Analítico do Débito Retificado anexo (fls. 493/518)) que integra o presente voto, e demonstra os créditos exonerados e mantidos no lançamento, cujo valor total consolidado em 29/12/2006, passa a ser de R\$ 543.786,48 (quinhentos e quarenta e três mil, setecentos e oitenta e seis reais e quarenta e oito centavos).

7.15. Por via de consequência, resta prejudicada a apreciação de outros argumentos relativos a estas competências atingidas pela decadência acima especificadas.

8. Passa-se, então, a análise das alegações referentes à parte do lançamento não decaído.

8.1. A Impugnante alega que a Notificação não contém fundamentação clara e específica o que afronta o art. 37 da Lei 8.212/91, mas não merece guarida tal argumentação, pois no relatório fiscal — fls. 346;348 — consta que a fiscalização constatou divergências e falta de recolhimento das contribuições previdenciárias e daquelas destinadas aos "Terceiros" através das folhas de pagamento e das GFIPs da empresa (vide também o RL - relatório de lançamentos - fls. 78/104), contribuições estas incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados dos vários estabelecimentos do Contribuinte, sendo certo que além da fundamentação fática as contribuições devidas e os períodos estão especificados no conjunto de documentos que compõe a Notificação (vide rol de anexos que discriminam os fatos geradores, as contribuições devidas, dos períodos a que se referem e a fundamentação legal às fls. 01, destacando-se o DAD — Discriminativo Analítico do Débito, fls. 07/44 e o relatório de fundamentos legais, fls. 303/304).

8.2. Observa-se que as informações prestadas pelo Auditor fiscal em decorrência da diligência solicitada, vide fls. 471/473 e 474/478,, corroboram no aperfeiçoamento da descrição dos fatos encontrados e da consequente notificação de lançamento ora em apreço, sendo certo que a Impugnante teve ciência e possibilidade de manifestação, direito este que inclusive exerceu intempestivamente, fls., cujas alegações genéricas não são suficientes para acarretar o afastamento — total ou parcial — do lançamento.

8.3. Nestas condições, não houve cerceamento de defesa nem é caso de nulidade do lançamento.

8.4. No tocante ao argumento de que o lançamento foi desmedido e não foram considerados os recolhimentos feitos pelas tomadoras de serviço, também por este ângulo não há que se atender a Impugnante.

8.5. O lançamento não foi "desmedido": as bases de cálculo foram informadas pelo próprio Contribuinte em suas folhas de pagamento e GFIPs, as contribuições, inclusive alíquotas, estão previstas em lei, não há discricionariedade, ou seja, havendo subsunção do fato à norma o tributo é devido na medida estabelecida na lei.

8.6. Quanto aos recolhimentos e respectivos abatimentos, os relatórios RDA — relatório de documentos apresentados (fls. 105/174)) e RADA

— Relatório de apropriação de documentos apresentados (fls. 175/302) apresentam os valores considerados, a Impugnante não trouxe elementos que justificam sua alegação de cunho genérico, o Auditor nada mencionou sobre a questão quando da diligência, nem a Impugnante reiterou seus argumentos após a mesma ou juntou documentos que pudessem demonstrar a validade de sua alegação inicial.

8.7. Desta forma, também por este aspecto não é procedente seu arrazoado, inclusive na conclusão de que a Notificação não foi lançada de forma clara, nem com respeito ao princípio da ampla defesa, acarretando nulidade.

8.8. Por fim, quanto à contestação da aplicação da taxa SELIC aos créditos tributários, também não é pertinente nem merece guarida.

8.9. De pronto registra-se que os argumentos no sentido de ilegalidade e inconstitucionalidade não podem ser apreciados no âmbito Administrativo, cabendo ao Judiciário decidir sobre o tema.

8.10. No tocante ao argumento de inconstitucionalidade e ilegalidade de aplicação da taxa Selic esclareça-se que não há decisão do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou Resolução do Senado Federal, na hipótese prevista na Constituição Federal (art. 102, I, a da CF), afastando a aplicação da mesma, nos débitos tributários em atraso. Reitera-se que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

8.11. Da leitura do § 1º do art. 161, do CTN, observa-se que somente quando lei específica não dispuser de modo diverso é que a taxa dos juros de mora será de 1% ao mês.

Ocorre que as contribuições previdenciárias são regidas por lei específica, ou seja, a Lei 8.212/91, que no seu art. 34, dispõe que a taxa de juros a ser utilizada é a SELIC.

8.12. Desta maneira, não tem fundamento a alegação de que a utilização da taxa SELIC desrespeita o princípio da legalidade, uma vez que não é função do Banco Central eleger a referida taxa como juros de mora para os recolhimentos em atraso das contribuições previdenciárias, mas sim da lei, que determina regras específicas para sua aplicação, ao contrário do art. 161, §1º do Código Tributário Nacional que trata de regras gerais.

8.13. Do exposto, conclui-se que a aplicação dos juros não é ato discricionário, e sim vinculado à previsão legal, não podendo ser excluído do lançamento por impossibilidade legal, visto que o art. 34 da Lei n.º 8.212/91 vincula a atividade tributária da Administração, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

8.14. Acrescenta-se que a recente MP n.º 449/2008 revogou o art. 34 da Lei 8.212/91, mas em nada altera o presente lançamento.

8.15. Destaca-se que a lei, via de regra, não retroage. A Medida Provisória terra força de lei e, considerando os termos dos arts. 105 e 106 do CTN, bem como considerando-se que a natureza dos juros não possuem caráter punitivo e sim compensatório (vide art. 161 do CTN) não se aplicando a possibilidade prevista no art. 106 do CTN.

8.16. Desta forma, entende-se, com fundamento nos dispositivos acima mencionados, bem como no art. 144 também do CTN" que é aplicável a lei vigente à época da ocorrência do fato gerador e, assim, em nada a referida MP altera o presente lançamento.

8.17. Portanto, os acréscimos legais são devidos e devem ser mantidos consoante lançados.

8.18. Por fim, quanto aos aspectos questionados quando da solicitação de diligência — entrega de documentos à pessoa diversa do Síndico; datas e prazos de documentos; verificação de livros, tais pontos foram suficientemente esclarecidos pelo Auditor e superados, inclusive com o ingresso do Síndico e apresentação da impugnação e da manifestação posterior à diligência.

8.19. Acrescenta-se, por último, que a manifestação intempestiva da Impugnante após a diligência não trouxe nenhum argumento ou elemento novo que pudesse ensejar apreciação de ofício.

9. Pelo exposto, excluídas as competências decadentes, considero correto o procedimento fiscal que atendeu às disposições expressas da legislação e a Impugnante não apresentou argumentos e/ou elementos capazes de elidir totalmente o levantamento.

Nada há que se reformar.

Nego provimento

CONCLUSÃO

Conheço do recurso de ofício para no mérito negar-lhe provimento.

Marthius Savio Cavalcante Lobato