



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

Processo nº 19515.004209/2009-17
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-001.677 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FAZIO GRAFICA E EDITORA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2004 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL - APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, CTN.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os

artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar feitos pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 04/2004 a 12/2004, a ciência do AIOP ocorreu em 21.10.2009, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 09/2004, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS. SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA.

O Relatório de Co-Responsáveis é parte integrante do processo de lançamento e autuação e se destina a esclarecer a composição societária da empresa no período do débito, a fim de subsidiarem futuras ações executórias de cobrança. Esse relatório não é suficiente para se atribuir responsabilidade pessoal.

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

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

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

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

Recurso Voluntário Provido em Parte

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

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 09/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para se reconhecer a decadência até a competência 09/2004, com base no art. 150, § 4º, CTN, No mérito por maioria de votos determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. Vencidos os conselheiros Carolina Wanderley Landim e Marcelo Magalhães Peixoto na questão da exclusão do Relatório de Vínculos.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 402 a 408, interposto pela Recorrente – FAZIO GRÁFICA E EDITORA LTDA.. contra Acórdão nº 16-25.912 - 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento De São Paulo I - SP, fls. 388 a 399, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.232.799-0, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 104.606,24 retificado para R\$ 36.236,93.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente a glosa de compensação indevida por ultrapassar o limite de 30% em descumprimento ao ordenamento legal e à decisão judicial, no período de 04/2004 a 12/2004.

O Relatório Fiscal, às fls. 30 a 36, informa:

1 — 0 presente Auto de Infração — AI conte as GLOSAS DA COMPENSAÇÃO, devido a Compensação Indevida praticada pela EMPRESA, para o período de Abril 2004 a Dezembro 2004, superiores ao limite de 30% (trinta por cento) sobre o VALOR DEVIDO A PREVIDÊNCIA SOCIAL nas GFIPs — GUIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS E INFORMAÇÕES À PREVIDÊNCIA SOCIAL, em descumprimento as determinações judiciais, abaixo:

1.1 - SENTENÇA — 3a• VARA CÍVEL FEDERAL SÃO PAULO — MANDADO DE SEGURANÇA —PROCESSO N. 96.0019185-9, fls. 156 a 157, cópia anexo:

*"Isto posto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o pedido, autorizando a Impetrante a proceder a compensação do que recolheu a título de contribuição social sobre a remuneração de autônomos e administradores, exercitada sobre as parcelas **vincendas da mesma exação**, nos termos do artigo 66 da Lei N. 8.313/91, desde a data em que foi feito seu recolhimento, conforme o artigo 8º da Lei 7.787/89, **observado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) imposto pela Lei N. 9.032/95, art.89, parágrafo 3º., a partir de 29/04/95, e o limite de 30% (trinta por cento) , previsto na Lei 9.129/95, art. 4º., a partir de 21/11/95. Os valores a compensar serão corrigidos monetariamente conforme os índices oficiais adotados pelo INSS na correção de seus créditos e a compensação será feita por conta e risco da Impetrante, ,observada a prescrição decenal, prevista no artigo 46 da Lei N. 8.212/91 e sujeita r"ampla conferência pela Autarquia.***

Os demonstrativos de pagamento acostados a inicial preenchem a exigência de certeza de crédito e de liquidez que corresponde a valor certo e determinado decorre do fato de que o crédito apenas depende de cálculo aritmético.- IMPROCEDENTE a parte do pedidos com relação à impugnação' ao limite de 25% (vinte e cinco por cento) imposto a compensação a ser realizada sob a égide da Lei 9.032/95 e a partir de 21/11/95, 41, llando'for publicada a Lei 9.129/95, art. o limite de 30% (trinta por cento)' por ser a compensação dos tributos instituto de direito público, em que o poder tributante está submetido à lei, que estabelece as condições (art. 170, art. 171, CTN) como o limite retro referido.

*De fato, o princípio da irretroatividade, invocado pela Impetrante, aplica-se à cobrança de tributo:s relativos a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, mas não aplica-se ao instituto da compensação, que, conforme.o artigo 170, do Código Tributário Nacional **deve obedecer as condições estabelecidas na lei e** portanto, a limitação imposta pela Lei 9:032/95 e subsequente Lei 9.129/95 encontra naquele artigo o seu fundamento.*

Cumpre salientar que a exação foi legalmente reintroduzida pela Lei Complementar n. 84/96; de 18/01/96.

1.2 — ACÓRDÃO DA 1ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, copia, anexo:

"EMENTA REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO I. LEI 7.787/89. RESOLUÇÃO DO SENADO N. 14. COMPENSAÇÃO. ARTIGO 66 DA LEI 8.383/91: POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.*

I. A matéria relativa à contribuição instituída pela Lei 7.787/89 já foi definitivamente decidida pela Suprema Corte que, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão "avulso, autônomos e administradores", contida no inciso I, artigo 3º., da Lei N. 7.787/89, expressões essas que tiveram sua execução suspensa, por força da Resolução N. 14 do Senado Federal.

II — O instituto da compensação é forma de extinção do crédito tributário (artigo 156, I, CTN), admissível em sede de mandado de segurança. Precedentes do STJ e desta Corte.

III — O artigo 66, da Lei 8.383 de 31/12/91, viabiliza a norma do artigo 170 do Código Tributário Nacional que dispõe, respeito da ofo pensação não havendo falar-se em unilateralidade do instituto.

s valores, recolhidos a título de contribuição previdenciária do pró-labore são compensáveis com parcelas-vincendas de tributos da mesma natureza, efetivamente devidas, observado o limite imposto pelo artigo 64-89,, parágrafo 3º, da Lei n. 9.032/95.

— *A correção monetária não constitui rendimento do capital nem penalidade. Sua aplicação visa a restabelecer o poder aquisitivo da moeda. Devida, pois, a correção monetária do DECIDE a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento a remessa oficial e ao apelo da autarquia previdenciária, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do julgado.*

*1.4 - Por fazer Compensação Indevida, acima dos 30% (trinta por cento) determinada por Decisões Judiciais, acima citadas a empresa fiscalizada efetuou lançamentos inexatos na Declaração em GFIP nos campos "57,-º Valor*Solicitado" ; "58 - Valor Compensado", como também declarou erroneamente os campos "61 - Período Inicial 03/1991" e "62 - Período Final 12/1998", em vez de declarar o período correto relativo ao Processo Judicial nos Campos "61 -,Período Inicial: Setembro 1989 e "62 - Período Final: Agosto 1995", conforme consta na Planilha I.N.S.S SOBRE PRÓ-LABORE E AUTÔNOMOS, motivos pelo qual a empresa está sendo autuada pelo AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD N. 37.232.800-8 - FUNDAMENTO LEGAL 78.*

1.5 - A Multa de Mora limitada a % (vinte por cento), para COMPENSAÇÃO INDEVIDA foi aplicada de acordo com a Lei N. 8.212/91, art. 89,/parágrafo 9º, como consta no FLD - FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO.

A Recorrente teve ciência do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, às fls. 17 a 18, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

A Recorrente teve **ciência do AIOP em 21.10.2009.**

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 04 a 05, é de **04/2004 a 12/2004.**

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 356 a 375.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, reconhecendo a decadência parcial até a competência 08/2004 com base no art. 150, § 4º, CTN, nos termos do **Acórdão nº 16-25.912 - 11ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo I - SP, fls. 388 a 399, conforme Ementa a seguir:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/04/2004 a 31/12/2004
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPENSAÇÃO.
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. RESPEITO AO LIMITE. GLOSA.*

A compensação de contribuições previdenciárias requerida judicialmente deve ser feita nos estritos termos das decisões que a autorizaram.

direito da Administração a glosa dos valores compensados de forma diversa da determinada em decisão judicial transitada em julgado.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE. STF. CINCO ANOS. TERMO A QUO.

COMPENSAÇÃO EM PROPORÇÃO SUPERIOR À AUTORIZADA.

RECOLHIMENTO A MENOR DOS VALORES APURADOS COMO DEVIDOS.

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º

8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, por meio da Súmula Vinculante n.º 8, publicada no Diário Oficial da União em 20/06/2008, o lapso de tempo de que dispõe a Secretaria da Receita Federal do Brasil para constituir os créditos relativos As contribuições previdenciárias, mencionadas nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 11.457/07, será regido pelo Código Tributário Nacional - Lei n.º 5.172/66.

O prazo decadencial para lançamento de tributos sujeitos a lançamento por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º, do CTN, nos casos em que houve a antecipação do recolhimento por parte do sujeito passivo e sendo esse recolhimento inferior ao devido em consequência de excesso de compensação.

AUTO DE INFRAÇÃO. FORMALIDADES LEGAIS.

O Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

AUTO DE INFRAÇÃO. RELATÓRIO DE VÍNCULOS.

O Relatório de Vínculos não tem como escopo incluir os sócios da empresa no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais ou não do sujeito pa indicando sua qualificação e período de atuação.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em epígrafe, acordam os membros da 11ª. Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, nos termos do relatório e voto que

passam a integrar o presente julgado, considerar a IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, MANTENDO EM PARTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, excluindo o crédito tributário relativo As competências atingidas pela decadência (de 04/2004 a 08/2004). A • Delegacia da Receita Federal do Brasil competente, para cientificar o contribuinte deste Acórdão, fornecendo-lhe cópia, e intimá-lo para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário em igual prazo, nos termos do art. 25 do Decreto n.º 70235/72, na redação dada pela Lei n.º 11.941, de 27/05/2009.

Deixo de recorrer de ofício em razão do valor exonerado não ultrapassar o limite de alçada, em conformidade com o artigo 366 do Regulamento da Previdência Social —RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, na redação dada pelo Decreto n.º 6.224, de 04/10/2007, combinado com o artigo 1º da Portaria do Ministério da Fazenda (MF) n.º 3, de 03/01/2008.

Sala de Sessões, em 06 de julho de 2010.

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 402 a 408, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, em apertada síntese:

- (i) Decadência das competências 09 e 10/2004;**
- (ii) Vício formal pois deveria ter havido a lavratura de NFLD e não AI;**
- (iii) Questiona o Relatório de Vínculo e a responsabilidade dos sócios;**
- (iv) O limite à compensação viola princípios e normas constitucionais.**

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 410.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 410.

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(i) Decadência das competências 09 e 10/2004;

A decisão de primeira instância reconheceu a decadência até a competência 08/2004, com fulcro no art. 150, § 4º, CTN em função de tratar-se de glosa de compensação, obviamente com a presença de recolhimentos antecipados feitos pelo sujeito passivo a homologar pela RFB.

Analisemos.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46

da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de

22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“Art.150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (g.n.)”*

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min.Denise Arruda.,ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5.Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

*“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) **Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**” (STJ. REsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)*

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência exposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese presente, inclusive constatado na decisão de primeira instância às fls. 388 a 399, verifica-se que o AIOP trata de glosa de compensação efetuada pela Recorrente, obviamente com a presença de recolhimentos antecipados feitos pelo sujeito passivo a homologar pela RFB.

Não obstante, o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, às fls. 6 a 7, apresenta recolhimentos feitos pela Recorrente entre as competências 01/2004 a 12/2004.

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, ESMARF, 2009. p. 1036. Assinado digitalmente e

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação do AIOP pela Recorrente, às fls. 01, se deu em 21.10.2009 e o débito se refere a glosa de compensações efetuadas no seguinte período: 04/2004 a 12/2004.

Dessa forma, nos termos do artigo 150, § 4º, CTN, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos lançados até a competência 09/2004, inclusive.

(ii) Vício formal pois deveria ter havido a lavratura de NFLD e não AI;

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 402 a 408, interposto pela Recorrente – FAZIO GRÁFICA E EDITORA LTDA.. contra Acórdão nº 16-25.912 - 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento De São Paulo I - SP, fls. 388 a 399, que julgou procedente em parte a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.232.799-0, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 104.606,24 retificado para R\$ 36.236,93.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social referente a glosa de compensação indevida por ultrapassar o limite de 30% em descumprimento ao ordenamento legal e à decisão judicial, no período de 04/2004 a 12/2004.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.232.799-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP nº 37.232.799-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa: (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

I - GFIP, que é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento de confissão de dívida tributária;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), que é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica; (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

III - Revogado pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008

IV - Auto de Infração (AI), que é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e apurado mediante procedimento de fiscalização; e (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

V - Notificação de Lançamento, que é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária. (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

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

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo do Débito

c. RDA - Relatório de Documentos Apresentados

d. RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados

Documento assinado digitalmente por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 12/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 09/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

e. *FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);*

f. *VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);*

g. *TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;*

h. *REFISC – Relatório Fiscal.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.232.799-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(iii) Questiona o Relatório de Vínculo e a responsabilidade dos sócios;

Analisemos.

Preliminarmente, quanto à solicitada exclusão de sócio do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Portanto, não há razão para a exclusão deste Relatório de Vínculos dos autos.

(iv) O limite à compensação viola princípios e normas constitucionais.

A apreciação de inconstitucionalidade em sede de Recurso Voluntário já foi analisada no item (A).

Ademais, a Lei 9.032, de 28/04/95, introduziu o parágrafo 3º ao artigo 89 da Lei 8.212/91, limitando o valor da compensação a 25% (vinte cinco por cento) do valor a ser recolhido em cada competência, parágrafo este que recebeu nova redação com a Lei 9.129, de 20/11/95, alterando o limite máximo da compensação para 30% (trinta por cento) do valor a ser recolhido.

Desta forma, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. Entretanto, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente.

A glosa de compensação pode ocorrer quando o sujeito passivo, embora demonstre a existência de pagamento indevido do tributo, compensa além do permitido, seja quando se utiliza de índice de correção não autorizado ou expurgos inflacionários; quando ocorre erro de cálculo do valor a ser compensado, ou quando compense além do limite máximo de 30% por competência. Verificada essa situação, serão glosados os valores indevidamente compensados.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(v) Do cálculo da multa – retroação da lei mais benéfica

Analisemos.

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

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

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

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

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

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

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

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

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

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

e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para se reconhecer a decadência até a competência 09/2004, com base no art. 150, § 4º, CTN e determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009 (art. 61, da Lei no 9.430/96), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro