



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

Processo n° 19726.003230/2010-53
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.654 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2014
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, TERCEIROS
Recorrente SATA SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/10/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NFLD - CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS - FUNDO AEROVIÁRIO - INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DA MULTA APLICADA E TAXA SELIC - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Cumpra observar que fiscalização previdenciária possui competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições destinadas a terceiros, conforme art. 94 da Lei 8.212/91.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/10/2004

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 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, com esteio na legislação que disciplina a matéria, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicadas no DOU de 26/09/2007, Seção I, pág. 28: "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.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade; e II) Pelo voto de qualidade, no mérito, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que limitavam a multa em 20%.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, lavrado sob o n. 35.264.469-9, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela destinada a terceiros., correspondente ao Fundo Aeroviário, não repassadas na época própria à Seguridade Social, no período de 08/2001 a 10/2004, apurados sobre os valores constantes nas folhas de pagamento e declarados em GFIP.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 739 e seguintes (Volume-5), o contribuinte fiscalizado não recolheu as contribuições destinadas ao Fundo Aeroviário, considerando sentença proferida no Agravo de Instrumento de número 2001.02.01.012776-8, de 07/06/01, que deferiu parcialmente a antecipação da tutela postulada na ação ordinária número 2001.51.023261-6/RJ, que objetivava a suspensão do pagamento do Fundo Aeroviário, bem como, a compensação de valores recolhidos anteriormente.

Em resposta à consulta formulada pela junta fiscal notificante, a Procuradora Federal da Procuradoria Federal Especializada do INSS, Dra. Alexandra da Silva Amaral, esclarece, em seu parecer, em anexo, que o aludido Agravo de Instrumento foi julgado extinto, e o pedido, referente à Ação Ordinária 2001.51.023261 -6/RJ, julgado improcedente.

Importante, destacar que a lavratura do AIOP deu-se em 28/03/2005, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 29/03/2005.

Não concordando com o lançamento, a entidade apresentou impugnação, fls. 747 a 771.

A Decisão de Primeira Instância Administrativa julgou procedente os lançamento, fls. 889 a . Segue ementa do acórdão:

CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGÍVEL. AÇÃO JUDICIAL EM CURSO.

I- A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa em renúncia ao contencioso administrativo. Ocorrerá, todavia, a instauração do contencioso somente em relação à matéria distinta daquela discutida judicialmente;

II- A suspensão preventiva da exigibilidade do crédito tributário não é óbice ao lançamento, uma vez que a formalização do crédito não implica, necessariamente, na sua exigência imediata;

III- Uma vez reformada a decisão judicial favorável ao contribuinte que mantinha inexigíveis as parcelas não recolhidas, o lançamento tributário superveniente dá origem a crédito exigível de imediato.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, fls. 897 a 907 (Volume 6), onde traz os mesmos argumentos já apresentados na impugnação.

1. Argúi a nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, na medida em que a NFLD deve descrever, com precisão, clareza e objetividade, os dispositivos legais supostamente violados, os fatos geradores e os respectivos períodos de apuração, dando ao contribuinte pleno conhecimento do ilícito fiscal supostamente praticado, o que não ocorreu.
2. Sustenta a ilegalidade do lançamento, e por conseguinte a sua nulidade, na medida em que tem por objeto a cobrança de contribuições discutidas em juízo, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão final. Dessa forma, carece de liquidez e certeza o lançamento.
3. No mérito, defende a inconstitucionalidade da contribuição exigida, bem como afirma a ocorrência de bitributação, e requer a produção de prova pericial;
4. Por fim, contesta a aplicação de juros moratórios pela taxa SELIC e multa, sustentando a sua ilegalidade.
5. Pleiteia a reforma *in totum* da decisão hostilizada, no sentido de ver decretada a improcedência do lançamento rechaçado, consubstanciado na NFLD nº 35.264.469-9, face à demonstrada arbitrariedade de sua constituição, falta de observância dos preceitos legais,

A unidade descentralizada da DRFB encaminhou o processo a este CARF para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 3199. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Destaca-se, ainda em sede de preliminar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, **nulidade por cerceamento de defesa**, ou ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tampouco pela falta de inidcação da fundamentação legal. Destaca-se que todos os passos necessários a realização do procedimento: encontram-se devidamente descritos no processo, inclusive com encontram-se anexados os respectivos termos que não apenas demonstram a regularidade do procedimento, como as devidas intimações, Quando do encerramento do procedimento, foram entregues ao recorrentes os relatórios e documentos descrevendo os fatos geradores e fundamentação legal (relatório específico, envolvendo a legislação de todo o período do lançamento) que constituíram a lavratura do AI ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Não só o relatório fiscal se presta a esclarecer as contribuições objeto de lançamento – CONTRIBUIÇÃO DE TERCEIROS APURADAS NA FOLHA DE PAGAMENTO DECLARADA EM GFIP) como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas.

Quanto ao fato de que os fatos geradores ora lançados encontrarem-se em discussão judicial, isso em nada afeta o lançamento. Não apresentou o recorrente qualquer medida judicial, que impedisse a realização do procedimento fiscal. Dessa forma não havendo, qualquer impedimento para realização do procedimento fiscal, deve prosperar o lançamento.

Aliás, o fato já fora apreciado pelo julgador de primeira instância, senão vejamos trecho da decisão proferida:

13. Ainda que assim não fosse, afigura-se igualmente compatível com o ordenamento jurídico pátrio a constituição do crédito tributário para resguardá-lo dos efeitos da decadência. Outrossim, não há falar em nulidade ou desvio de finalidade do lançamento preventivo da decadência, quando tal figura foi expressamente prevista nos arts. 61a 63, da Lei 9.430/96.

14. Se é certo que o lançamento formaliza o crédito tributário, tornando-o exigível, não menos correto é que a suspensão da exigibilidade, por força do art. 151 do CTN, impede apenas a prática de atos coercitivos, como, por exemplo, a promoção da execução judicial.

15. No caso vertente, as contribuições incluídas na presente NFLD estavam com a exigibilidade suspensa, anteriormente ao lançamento, por força de tutela antecipada concedida em sede de agravo de instrumento. Todavia, tal provimento a eficácia quando prolatada sentença pelo juízo de 1ª instância, que julgou improcedente o pedido da autora, restabelecendo prontamente e com efeito retroativo a exigibilidade das contribuições discutidas judicialmente, independentemente do seu trânsito em julgado.

Assim, entendo correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, afastando a pretensa nulidade argüida pelo recorrente.

DO MÉRITO

Quanto a mérito em si do lançamento, em relação aos fatos geradores, não há nada a apreciar, considerando que o recorrente, em seu recurso não questiona os valores lançados, mas tão somente as nulidades do procedimento, a inconstitucionalidade da exação, juros e multa aplicados.

INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

Ademais, no tange a argüição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à ilegalidade/inconstitucionalidade da contribuição para o Fundo aeroviário, bem como dos juros multa imposta, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, ou que esteja questionado judicialmente pelo recorrente, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência conforme o fez a autoridade fiscal.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Ademais, ao ingressar em juízo, questionando a contribuição ora exigida, não há o que ser discutido sobre o mesmo tema na esfera administrativa, conforme previsto na própria súmula n. 01 do CARF, aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

APLICAÇÃO DA TAXA SELIC

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A

averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação. Importante destacar, que não comprovou o recorrente, haver depósito judicial oportuno em relação aos fatos geradores ora lançados, razão pela qual devidos juros e multa legalmente impostos.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF: “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.”

QUANTO A MULTA IMPOSTA

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que o item 5 do relatório fiscal, foi muito esclarecedor em relação a multa aplicada.

Conforme descrito no referido relatório, a multa prevista era a do art. 35 da Lei nº 8.212/1991: No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

O art. 35 da Lei nº 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de

competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Quanto ao aspecto da discussão judicial, o que impede a exigência de multa, entendo que razão não assiste ao recorrente, assim, como já abordado pelo julgador de primeira instância

*Em relação às multas aplicadas, vale esclarecer, preliminarmente, que o "caput" do art. 63 da Lei 9.430/96, que prevê a dispensa da **multa de ofício** no lançamento de crédito tributário destinado a prevenir a decadência, não se aplica às contribuições em comento, uma vez que essa figura (multa de ofício) é estranha à legislação previdenciária. Entretanto, o parágrafo 22, do mesmo dispositivo legal, dispõe que "a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da **multa de mora**, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição. Ou seja, para recolher o montante devido sem a incidência de multa (moratória), o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contado da publicação da decisão que venha a cassar a liminar, ou, se for o caso, da decisão definitiva de mérito que considere devido o tributo ou contribuição. Inadimplida a obrigação após o decurso do referido prazo a incidência da multa se impõe, desde o vencimento normal da obrigação principal, salvo na hipótese de ter havido depósito integral do débito.*

19. No caso concreto, o acórdão que extingui o agravo de instrumento pela perda de objeto foi publicado em 05.10.2004. Logo, uma vez expirado o prazo previsto no parágrafo 2 - do art. 63 da Lei 9430/96 sem que tenha havido o recolhimento do crédito previdenciário, há plena incidência da multa moratória na forma exigida na presente NFLD, pois não há, atualmente, qualquer decisão judicial eficaz que ampare o inadimplemento das contribuições objeto da presente exação.

20. No que se refere aos argumentos deduzidos contra a cobrança da contribuição para o Fundo Aeroviário, nos deparamos com a incompetência desta instância administrativa para declarar a inconstitucionalidade de Lei ou mesmo a ilegalidade de uma norma de preceito secundário. Além disso, trata-se de matéria que constitui o objeto de demanda judicial, tendo ocorrido, neste particular, renúncia ao contencioso administrativo.

Nesse sentido, entendo que a multa imposta, obedeceu a legislação pertinente, não havendo caráter confiscatório na sua aplicação, posto o estrito cumprimento dos ditames legais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e no mérito voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.