



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

Processo nº 35307.000256/2007-31
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.574 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente MUNICÍPIO DE CABO FRIO - CÂMARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 31/01/2003

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

ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa em razão da negativa de vista dos autos se o interessado não comprova ter efetuado o pedido de vista e tampouco seu indeferimento

RESPONSÁVEIS LEGAIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES

Os administradores/gestores elencados pela auditoria fiscal no Relatório de Vínculos não integram o pólo passivo da lide, não lhes sendo atribuída qualquer responsabilidade pelo crédito lançado, seja solidária ou subsidiária. A relação tem como finalidade subsidiar a Procuradora da Fazenda Nacional na eventual necessidade de identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis.

**OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO -
VINCULAÇÃO AO RGPS**

Após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público

ÓRGÃO PÚBLICO - EMPRESA

São considerados empresa, os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional

**PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS -
CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA**

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do lançamento com fundamento no artigo 173, I do CTN.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 31/33, os fatos geradores das contribuições lançadas são os valores pagos aos segurados empregados na condição de comissionados, não vinculados a Regime Próprio de Previdência Social.

A autuada teve ciência do lançamento em 12/01/2007 e apresentou defesa (fls. 119/131) onde alega que haveria nulidade por cerceamento de defesa sob o argumento de que teria ocorrido negativa a pedido de vista do advogado.

Requer que seja declarada a nulidade do processo *ab initio*, reabrindo-se o prazo para defesa, a contar da vista dos autos fora da repartição fiscal.

Considera que ainda houve cerceamento de defesa em razão da autuação em comento tomar por base valores de origem desconhecida. Afirma que os números empregados pelo fiscal autuante não condizem com os números de que o autuado dispõe.

Além disso, aduz que os números foram apresentados de modo hermético, cabalístico, não permitindo a crítica, o exercício do direito de defesa.

Entende que não pode haver responsabilidade do dirigente. Assim, a autuação seria nula na parte que diz respeito à responsabilidade do dirigente do autuado por falta de motivação e de indicação do suporte legal.

Quanto às contribuições lançadas sobre os valores pagos aos comissionados, a autuada menciona o § 13 do art. 40 da Constituição Federal com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998 para argumentar que essas contribuições somente poderiam ser exigidas no momento em que lei formal da União viesse a dispor sobre todos os elementos do fato gerador desta nova exação. Conclui que até que isso aconteça, deve ser mantido o estado de coisas vigente, em que as contribuições relativas aos servidores comissionados e temporários são recolhidas em favor do sistema próprio de previdência dos Municípios.

Após a apresentação da defesa, os autos foram encaminhados em diligência e foi elaborado um novo Relatório Fiscal (fls. 139/141), onde a auditoria fiscal esclarece que quanto ao lançamento sobre valores pagos aos ocupantes de cargo em comissão nos municípios, estes foram incluídos no RGPS por força da Emenda Constitucional nº 20/98. Assim, o Decreto 3.048/99, atendendo ao comando constitucional, incluiu esses servidores como segurados do RGPS, conforme disposto no artigo 9º, inciso I, alínea "i".

Foi dada ciência à autuada do novo Relatório Fiscal e esta manifestou-se (fls. 147/157) repetindo as alegações já apresentadas.

Pelo Acórdão nº 12-19.182 (fls. 169/177) a 10ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro I considerou a autuação procedente e manteve o lançamento em sua integralidade.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 183/192) e em nada inova.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Ainda que não alegada, a decadência, se verificada, deve ser declarada de ofício.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

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.

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 foi inserido 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.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **07/2001 a 01/2003** e foi efetuado em **12/01/2004**, 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)

No caso em tela, trata-se do lançamento contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação a eles, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até **11/2001**, inclusive.

A recorrente alega nulidade por cerceamento de defesa em face da negativa de vista do processo fora da repartição.

A preliminar não merece acolhida. Conforme argumentou o relator de primeira instância, a recorrente não demonstrou ter realizado o referido pedido, bem como não comprovou a negativa do pleito.

Além disso, a Lei 9.784/1999 confere ao interessado o direito de obter vista dos autos, mas em nenhum momento afirma que esta vista possa ocorrer fora da repartição pública, conforme os dispositivos abaixo transcritos:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...)

*II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, **ter vista dos autos**, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; (...)*

*Art. 46. Os interessados **têm direito à vista do processo** e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

Assevere-se que além de não ter demonstrado a existência do pedido de vista que teria sido formulado, a recorrente, quando intimada do lançamento, recebeu cópia dos autos do lançamento recém constituído.

A recorrente apresenta seu inconformismo pela suposta atribuição de responsabilidade aos agentes políticos elencados no Relatório de Vínculos (fl. 32).

O citado relatório apenas elenca os responsáveis legais pela empresa sem, contudo, atribuir-lhe qualquer responsabilidade, seja solidária ou subsidiária.

O Relatório de Vínculos contém os responsáveis pela administração do órgão público e os períodos correspondentes e serve para subsidiar a Procuradora da Fazenda Nacional – PFN na necessidade de identificar as pessoas que poderiam ser responsabilizadas na esfera judicial, caso fosse constatada a prática de atos com infração de leis, conforme determina o Código Tributário Nacional art. 135, Inciso I e permitir que se cumpra o estabelecido no inciso I do § 5º art. 2º da lei nº 6.830/1980 que estabelece o seguinte:

Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

.....

§ 5º O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros (g.n.);

Portanto, não há razão a citada nulidade da autuação citada pela recorrente.

Quanto às contribuições lançadas sobre os valores pagos aos comissionados, a recorrente menciona o § 13 do art. 40 da Constituição Federal com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998 para argumentar que essas contribuições somente poderiam

ser exigidas no momento em que lei formal da União viesse a dispor sobre todos os elementos do fato gerador desta nova exação.

O dispositivo constitucional diz o seguinte:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...)

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Observa-se da simples leitura do parágrafo acima, que a Constituição não criou nova modalidade de tributo conforme quer fazer crer a recorrente.

Na verdade, o comando é claro e auto aplicável, ou seja, a partir da vigência do dispositivo, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social aos ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, cuja contribuição já está devidamente tratada na Lei nº 8.212/1991.

A recorrente considera que não pode ser comparada à empregadora no sentido técnico do termo.

Ocorre que a condição de contribuinte para a Seguridade Social do órgão público é estabelecida pela Lei nº 8.212/1991, no

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

Assim, no que tange aos segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, a recorrente tem a obrigação legal de efetuar o recolhimento das contribuições devidas.

Por fim, a recorrente solicita a realização de perícia a fim de que seja demonstrado que os números utilizados pela auditoria fiscal não condizem com aqueles que dispõe.

A alegação encimada apresenta-se sem qualquer comprovação de sua veracidade, ainda que por amostragem.

A auditoria fiscal foi clara no Relatório Fiscal que as bases de cálculo foram apuradas das folhas de pagamento e se a recorrente detectou alguma incorreção, deveria tê-la apontado ao invés de apresentar a alegação de forma generalizada sem qualquer comprovação.

Portanto, cumpre afastar a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada, porque a necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, não custa mencionar o Decreto nº 70.235/1972 que estabelece o seguinte:

Art.16 - *A impugnação mencionará:*

.....
IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (...)

Art.18 - *A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.*

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade da mesma.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que ser considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

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 a decadência até 11/2001.

É como voto.

Ana Maria Bandeira