

2º COMF Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17.06.09
Maria Edna Ferreira Pinto
Mat. Slape 752748

CC02/C06
Fls. 400



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35346.001039/2003-79
Recurso nº 143.386 Voluntário
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Acórdão nº 206-01.510
Sessão de 05 de novembro de 2008
Recorrente BRASIL TELECOM S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/12/1998

PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO INDIRETO --
HOMOLOGAÇÃO E DECADÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS
REGRAS FIXADAS NO CTN.

I - Segundo a súmula nº 8 do Supremo Tribunal Federal, as regras relativas a homologação e decadência das contribuições sociais, diante da sua reconhecida natureza tributária, seguem aquelas fixadas pelo Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido em Parte. *✓*

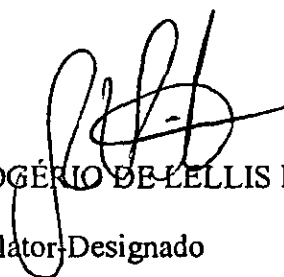
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em acolher o pedido de revisão para anular o Acórdão nº 01779/2004 proferido pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS; e em substituição: I) por unanimidade de votos em acolher a preliminar de decadência; II) por maioria de votos em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/1997, vencidas as conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros (Relatora) e Ana Maria Bandeira, que votaram por declarar a decadência das contribuições apuradas somente até a competência 11/1996; e III) por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à decadência, o(a) Conselheiro(a) Rogério de Lellis Pinto.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de pedido de revisão do Acórdão nº 1779/2004 (fls. 321 a 327), que negou provimento ao recurso interposto pela empresa acima identificada, julgando o débito procedente.

O crédito previdenciário lançado por meio da NFLD se refere às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros, tendo como fato gerador, segundo Relatório Fiscal (fls. 101/118), os pagamentos efetuados pela empresa a seus empregados a título de “abono aposentadoria”.

A empresa notificada apresentou defesa (fls. 126/172) e o INSS, por meio da Decisão-Notificação nº 23.401.4/390/2003 (fls. 215 a 239), julgou a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 244 a 302), alegando, em apertada síntese, decadência de parte do débito, caráter indenizatório das verbas pagas quando da aposentadoria, inaplicabilidade da multa moratória, inconstitucionalidade do SAT, violação ao princípio da tipicidade tributária cerrada e ilegalidade da contribuição destinada ao INCRA, ao SEBRAE, e da aplicação da Taxa SELIC.

O INSS apresentou suas contra-razões ao recurso (fls. 315 a 319) mantendo a decisão recorrida e a 4ª CAJ do CRPS, por meio do Acórdão nº 1779/2004 (fls. 321 a 327), negou provimento ao recurso interposto pela notificada.

A Secretaria da Receita Previdenciária solicitou a revisão do Acórdão (fls. 351 a 354), pois constatou-se que o débito apurado inclui contribuições para terceiros em competências abrangidas pela decadência, que é de cinco anos para fatos geradores ocorridos antes de 07/1995, conforme Parecer/CJ 2.521/2001. Entende, portanto, que o Acórdão deva ser revisto e que deva ser excluído, do valor lançado, as contribuições para terceiros referente às competências 01/1992 a 06/1995.

Os autos foram encaminhados ao Segundo Conselho de Contribuintes e o pedido de revisão foi acolhido pelo Presidente da 6ª Câmara, tendo sido designada *ad hoc* a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, nos termos do art. 29, III, da Portaria MF 147/2007.

Por meio do voto vencedor proferido pelo Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis (fls. 366 a 369), a Sexta Câmara deste Conselho decidiu, por maioria, converter o julgamento em diligência para que fosse oportunizado, ao contribuinte, a apresentação do contra-razões ao Pedido de Revisão da SRP.

Cientificada do pedido de reexame do Acórdão, a Brasil Telecom S.A se manifestou às fls. 372 a 391, defendendo o reconhecimento da decadência para as contribuições lançadas nas competências anteriores a 01/98, tendo em vista a Súmula Vinculante nº 08, aprovada pelo STF e repetindo alegações da peça recursal.

Em razão de o Sr Daniel Ayres Kalume Reis ter se desligado dos quadros de conselheiro da 6ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, o processo foi redistribuído em lotes e sorteado para esta Conselheira, nos termos do § 2º, do art. 39, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria 147/2007.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

Trata-se de processo que retorna a este Conselho, após cumprida diligência determinada pela Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

A Secretaria da Receita Previdenciária solicita revisão de Acórdão, com fulcro no art. 32, § 30, da Portaria 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, pois reconheceu direito do contribuinte após julgamento do recurso.

A notificada, no contra-razões ao pedido de reexame, solicita a aplicação da Súmula vinculante nº 08, do STF, além de rediscutir matéria já apreciada em grau de recurso.

Verifica-se, dos autos, que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita 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."

Cumpre ressaltar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

"Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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; (g.n.)."

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculante, 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.)."

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, as autoridades administrativas devem se adequar 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."

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de verbas que a empresa entendia como de natureza indenizatória e, portanto, não integrante da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Assim, no caso em comento, trata-se de lançamento de ofício onde não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

"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."

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito apenas para as competências 01/92 a 11/96. Para a competência 12/1996, o lançamento poderia ter sido lançado em 01/1997, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/1998, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima. Portanto, para as competências objeto da NFLD em comento, a Previdência Social se encontra ainda no direito de cobrar as contribuições devidas lançadas nas competências 12/1996 a 12/1998.

Em relação aos demais argumentos trazidos no contra-razões da empresa, acompanho o entendimento da relatora do Acórdão objeto do pedido de reexame, cujo voto transcrevo a seguir:

"Voto

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. PARCELA SALARIAL PAGA A TÍTULO DE ABONO APOSENTADORIA. A referida parcela não se encontra dentre aquelas consideradas desvinculadas do salário de contribuição, não ficou comprovado que a mesma visava ressarcimento de prejuízo do trabalhador, ficando, assim, caracterizado o caráter salarial dos valores pagos a título de ABONO APOSENTADORIA, com recolhimento devido, conforme estabelecido nos artigos 22, incisos I, II, 28 inciso I, § 9º e 94 da Lei nº 8.212/91. Recurso conhecido e improvido.

Preliminarmente, a partir de decisão do STF ficou pacificado e, conseqüentemente consolidado neste Colegiado que, em sede previdenciária, a decadência é àquela estabelecida no artigo 45, da Lei nº 8.212/91, isso é, aplica-se para o caso em lide a decadência decenal.

E este CRPS, como instância administrativa, não é foro competente para questionamentos sobre a constitucionalidade e ou legalidade de legislação vigente, como a Lei nº 8.212/91. Tal entendimento, que já era pacificado neste Colegiado, foi consagrado no Regimento Interno do CRPS, aprovado pela Portaria nº 88/04 (artigo 70). Assim, além da decadência quinquenal, falecem os questionamentos às contribuições para o SAT, o INCRA, o SEBRAE, a aplicação da Taxa SELIC e a solicitação de retirada da contribuição para o Salário Educação.

A recorrente na sua contestação aos acréscimos legais na sucessão tratava de infração, que, na Previdência Social, acarretaria na autuação por Auto de Infração. Entretanto o caso em lide é de NFLD, cobrando contribuições previdenciárias não recolhidas pela sucedida, que, segundo os artigos 34 e 35, da Lei nº 8.212/91, quando pagas em atraso, estão sujeitas aos juros equivalentes à Taxa SELIC e multas de mora, todos com caráter irrelevável.

Quanto às decisões deste CRPS trazidas pela recorrente, consideramos que cada caso é um, posto que em face aos elementos contidos nos autos, questões mesmo análogas, podem e, às vezes, devem abrigar decisões diversas.

No mérito consideramos que a fronteira entre o caráter salarial e indenizatório de algumas parcelas, como neste caso, é estreita. Para comprovar observamos que tanto o INSS como a recorrente, para respaldar um e outro entendimento, trouxeram aos autos uma gama de doutrinas e decisões. Que não têm o condão de esclarecer a lide.

Assim resta a essa Conselheira, a luz da legislação vigente à época do fato gerador, ou seja, o artigo 28, inciso I e § 9º da Lei nº 8.212/91 e os artigos 457 e 458 da CLT, verificar a característica intrínseca da parcela paga a título de abono aposentadoria, se salarial ou indenizatória. Assim verificamos que:

Não influencia o fato de que, mesmo com denominações diversas, essa verba constar em todas as convenções coletivas que a empresa firmou com o sindicato da categoria, uma vez que a Seguridade Social em nenhum momento foi parte do acordo.

Conforme se verifica do relatório retro, a fundamentação da DN descaracterizou a alegada ausência de remuneração pelo trabalho, trazendo exemplos de parcelas salariais, como: as férias e o DSR, que não remuneravam, diretamente, ao trabalho do empregado.

Por outro lado observamos que, mesmo com as reiteradas alegações da recorrente, não restou demonstrado à esta Relatora, porque o fato de ser "uma liberalidade do empregador, paga uma só vez", por si só determinaria o caráter indenizatório do abono aposentadoria.

Principalmente, o que a recorrente visava "indenizar", quando o seu empregado, após 35 anos de trabalho, conquistava e exercia o seu

direito ao benefício da aposentadoria. E, considerando que a decisão de aposentar-se é definitiva e geralmente faz parte do planejamento de vida do trabalhador. Como a empresa pretendia, já em 1992 quando a relação de emprego na sua área era totalmente diversa da atual, que uma parcela irrisória de 1 ou no máximo cerca de 3 salários nominais, alterar a decisão, caso ele entendesse que, ainda, não era hora de aposentar-se.

Ressaltamos que a aposentadoria "não é concessão aceita pelo trabalhador", e sim, "um direito inalienável conquistado pelo trabalhador".

Portanto restou insatisfeito o seguinte questionamento: como a parcela de abono aposentadoria pode ter caráter indenizatório se não há o que indenizar, pois, em tese, a aposentadoria não visa trazer prejuízos ao trabalhador.

Ainda verificamos que qualquer isenção deve estar expressa em lei, e, no período considerado nesta Notificação, o § 9º da Lei nº 8.212/1, estabelecia expressamente as parcelas que não integram o salário de contribuição, não elencando o abono aposentadoria ou outro similar, e este Colegiado não tem autoridade de criar ou aceitar isenções não consignadas na legislação.

Portanto, em que pese os argumentos decisões e doutrinas trazidas pela Brasil Telecom SA defendendo o caráter indenizatório do ABONO APOSENTARIA, o mesmo não pode ser acatado por esta Conselheira, principalmente, ante a inexistência de prejuízo ao trabalhador, a ser indenizado pela referida parcela.

Posto isso consideramos que a NFLD foi lavrada de acordo com a legislação e normas vigentes. E as razões apresentadas pela recorrente, objetivando o cancelamento da NFLD, alteração e/ou retirada de parcelas que a integram, falecem diante da legislação previdenciária, trabalhistas e tributária que regem a matéria."

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de ANULAR o Acórdão nº 1779/2004 e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO para que seja reconhecida a decadência dos lançamentos relativos às competências 01/92 a 11/96.

É como voto

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2008



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Voto Vencedor

Conselheiro ROGÉRIO DE LELLIS PINTO, Relator-Designado

Peço vênia a ilustre Relatora, para discordar de seu entendimento no que tange a aplicação do prazo decadencial.

Sem embargos, é sabido que a questão do prazo decadencial das contribuições sociais, foi objeto de constantes e ácidas discussões tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Analisando a matéria, o E. STJ, por meio de seu plenário, fixou seu entendimento e em decisão unânime, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, reconhecendo a prevalência do prazo quinquenal previsto no CTN.

Na esteira do entendimento exarado pelo STJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, e também de forma unânime, reconheceu o mesmo vício de constitucionalidade que pairava sobre as diretrizes insertas no art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, entendendo que os prazos decadências das contribuições sociais, onde se incluem as previdenciárias, devem respeitar os limites temporais do CTN, norma geral a quem a Constituição atribui a prerrogativa de tratar o tema.

Eliminando as divergências interpretativas que impediam a aplicação prática dos prazos decadenciais fixados na norma Codificada em relação às contribuições previdenciárias, o STF acabou por editar a súmula vinculante nº 8, impondo a sua observância pelas demais instâncias judiciais e administrativas. A referida súmula restou vazada nos seguintes termos:

"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".

Assim é que, hoje resta inequívoca que a decadência das contribuições previdenciárias, encontram-se reguladas pelas normas e prazos fixados pelo Código Tributário Nacional, não devendo, portanto, qualquer observância às inconstitucionais previsões do art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Se encontra-se resolvida a aplicação do CTN no que tange a decadência das contribuições previdenciárias, o mesmo não se pode dizer em relação a qual regra deve ser aplicada, ou seja, em todas as situações a do § 4º do art 150, cuja contagem (para fins de homologação) se dá a partir da ocorrência do fato gerador, ou se o art. 173, I, que diz que o referido cálculo se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte aquele em que o débito poderia ser constituído.

Em verdade, as contribuições previdenciárias são inegavelmente tributos sujeitos a homologação por parte do Fisco, na medida em que a legislação previdenciária confere ao próprio contribuinte o dever de antecipar o recolhimento dos valores que lhe são reputados, justamente a situação definida no *caput* do art 150 do CTN.

Como efeito, mesmo em se tratando de tributos ditos homologáveis, parte da doutrina vem reconhecendo, na esteira da jurisprudência do próprio STJ (Resp 757922/SC), que a regra prevista no § 4º do art 150 do CTN, somente se aplicaria naquelas situações onde o contribuinte efetivamente tenha efetuado algum recolhimento, sobre o qual caberia então ao Fisco pronunciar-se em 05 anos, sob pena de, transcorrido esse prazo, não mais poder constituir o débito remanescente.

Para os defensores dessa tese, portanto, a contagem do prazo para que a Fazenda Pública efetue a referida homologação a partir da ocorrência do fato gerador, somente ocorre naquelas hipóteses em que o contribuinte tenha efetuado algum recolhimento. Do contrário, não havendo antecipação alguma por parte do contribuinte, não haveriam valores a serem homologados, e por consequência, incidindo a partir de então regra geral de decadência fixada no art. 173 do *Códex*.

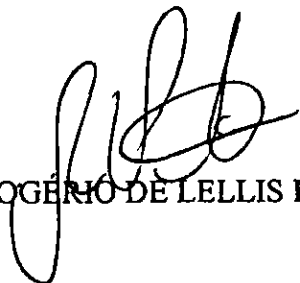
Não obstante esse raciocínio, filio-me aqueles que acreditam que o fator preponderante para a aplicação da regra contida no mensurado § 4º do art. 150, diz respeito ao próprio regime jurídico do tributo, de forma que o fato da legislação conferir o dever de antecipação do recolhimento do tributo ao contribuinte, sem qualquer prévia verificação do Fisco, nos é suficiente para a incidência do mencionado dispositivo legal, sendo, em verdade, regra a regular a situação telada.

Desta feita, temos que a nosso ver, e na linha do que diz o abalizado professor Alberto Xavier, in *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, 3ª Ed. Pág. 100, “o que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento,” (...) “a linha divisória que separa o art. 150 § 4º do 173 do CTN está, pois, no regime jurídico do tributo (...)”.

Embora entenda não haver qualquer necessidade de se constatar ou não ter havido prévio recolhimento do tributo previdenciário, para fins de incidir a norma do art 150, § 4º do CTN, é de se destacar que as contribuições referem-se à inclusão na base tributada, de valores que a empresa entendia não dever sofrer a incidência, portanto, acredito que houve sim antecipação de pagamento, portanto, a homologação deve submeter-se a data da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso interposto, para acatar a preliminar aventada pelo Contribuinte, e reconhecer a decadência das contribuições as contribuições até a competência de 11/97.

Sala das Sessões, em 05 de novembro de 2008


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO