



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

Processo nº 35366.000315/2007-77
Recurso nº 262.865 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.715 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de maio de 2011
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÃO
Recorrente LUA NOVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2004

MPF - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

A intimação do contribuinte da prorrogação da ação fiscal ocorrida posteriormente ao término da vigência do MPF anterior não representa qualquer nulidade, assim como não é nulo o lançamento cientificado ao contribuinte após o término da vigência do MPF

RESPONSÁVEIS LEGAIS - PÓLO PASSIVO - NÃO INTEGRANTES

Os representantes legais da empresa elencados pela auditoria fiscal no Relatório de Co-Responsáveis 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 seja constatada a prática de atos com infração de leis.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

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

CONVERSÃO DA TOTALIDADE DAS FÉRIAS EM PECÚNIA - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO

A legislação prevê que não há incidência de contribuição previdenciária sobre o valor relativo à conversão em pecúnia de até 1/3 do período de férias. A conversão integral das férias em pecúnia, além de não ter amparo legal, integra o salário de contribuição por não atender à regra de exceção prevista na lei

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de voto, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência até a competência 12/2001, inclusive, com base no Art. 150 § 4º do CTN e acolher a preliminar quanto a co-responsabilidade para reconhecer que a relação apresentada no lançamento sob o título de “Relação de Co-responsável” apenas identifica os sócios e diretores da empresa sem por si só atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído

Ana Maria Bandeira – Presidente em Exercício.

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Lourenço Ferreira do Prado, Leôncio Nobre de Medeiros, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Júlio César Vieira Gomes.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 75/77), no transcorrer dos trabalhos de fiscalização da empresa foi constatado que esta realizava pagamentos a seus empregados sem incluir tais pagamentos na base de contribuição da folha de salários, dando-lhes o tratamento de pagamento feito a trabalhador autônomo, recolhendo à Previdência Social apenas a parcela relativa à parte patronal.

A constatação foi efetuada no exame da DIRF — Declaração do Imposto Retido na Fonte, na qual os pagamentos mensais feitos a cada um dos trabalhadores envolvidos nesta prática aparecem discriminados por espécie, sob os códigos 0588 - pagamento a trabalhador sem vínculo empregatício e 0561 - pagamento feito a trabalhador com vínculo.

Posteriormente, no exame da GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social, verificou-se que tais pagamentos também eram lançados neste documento discriminados sob dupla classificação : 1- trabalhador empregado e 13 - trabalhador autônomo.

A auditoria fiscal entendeu que sobre tais pagamentos, feitos em contraprestação por trabalhos extraordinários ou no transcurso de períodos de férias, devem também incidir as taxas relativas às demais contribuições, posto que a natureza do contrato existente entre as partes é de empregador e empregado, não se subtraindo dela no transcurso da prestação destes trabalhos características como a habitualidade, a pessoalidade e a subordinação.

A notificada teve ciência do lançamento em 27/01/2007 e apresentou defesa (fls. 196/260) alegando nulidade da autuação em face da existência de interregnos entre o encerramento dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPFs e a ciência da empresa da prorrogação por meio dos Mandados de Procedimentos Fiscais Complementares.

A empresa alega que somente teve ciência das prorrogações após o término de validade dos MPFs anteriores, quando já entendia que a ação fiscal havia se encerrado sem qualquer lançamento.

Alega que o derradeiro Mandado de Procedimento Fiscal Complementar tinha como data de término o dia 22 de dezembro de 2006 e somente em 26/01/2007 foi postada a Notificação Fiscal com recebimento pelo contribuinte ora notificado em 27/01/2007.

Considera que a tese que norteou a exação fiscal é completamente equivocada, uma vez que o que ocorreu foi o pagamento a maior de contribuições previdenciárias.

Segundo a notificada os valores pagos na condição de contribuintes individuais refere-se ao pagamento por trabalho em férias não gozadas.

Ou seja, o Segurado recebeu adiantamento de férias, com tributação de contribuições previdenciárias. Como laborou durante as férias, o pagamento do adiantamento de férias foi na verdade o pagamento dos dias trabalhados. O valor adicional recebido na condição de autônomo, constitui indenização de férias não gozadas.

Alega que o parágrafo 9º, alínea “d”, do artigo 28 da Lei de Custeio dispõe que não integram o salário de contribuição para os fins desta lei as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o artigo 137 da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme redação da Lei 9.528/1997.

Argumenta que houve cobrança de segurados além do limite mensal do salário de contribuição. Houve pagamento quando do lançamento de férias e agora com a NFLD.

Salienta que mesmo que o pagamento não seja considerado como férias indenizadas mas como abono pecuniário de férias, não de 1/3 das férias mas de sua totalidade, mesmo assim não haveria incidência de contribuições previdenciárias, pois estas não incidem sobre abono de férias, conforme artigo 28, parágrafo § 9º, alínea “e”, da Lei nº 8.212/1991.

Conclui que o espírito da lei foi atendido pela Impugnante, ela teria aplicado o direito de férias aos seus segurados, que, mercê de dificuldades financeiras, preferiram laborar durante o período, convertendo em pecúnia todo o período, não apenas 10 dias.

Entende que como se trata de indenização de férias, sequer deveria ter recolhido a contribuição de 20% sobre os pagamentos como se fosse pagamento a autônomos. Assim, considera que tem direito à restituição de valores.

Considera a multa aplicada confiscatória bem como a taxa SELIC inconstitucional.

Alega que parte do lançamento estaria abrangido pela decadência pela aplicação das disposições do Código Tributário Nacional.

Considera outro equívoco cometido pela auditoria fiscal que constitui num vício e diz respeito à circunstância de ter sido invocada responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito tributário, para recair também nas pessoas dos sócios e procuradores da impugnante.

Pelo Acórdão nº 17-20.323 (fls. 403/413) a 9ª Turma da DRJ/São Paulo II (SP), considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 417/486) onde efetua a repetição da argumentação de defesa, porém inova na alegação de que o lançamento seria nulo, tendo em vista tratar-se de exação fiscal com arbitramento de contribuições de segurados contribuintes individuais e que não existiriam as condições para arbitramento, tendo em vista que sequer foi emitido auto de infração pela não apresentação de

Processo nº 35366.000315/2007-77
Acórdão n.º **2402-001.715**

S2-C4T2
Fl. 617

documentos relativos a folhas de pagamento de seus resumos, bem como escrituração contábil, apresentada inclusive em meio magnético.

Traz considerações a respeito do descumprimento de obrigação acessória que consiste em omitir fatos geradores em GFIP que não é objeto do presente lançamento.

Entende que a notificação seria nula em razão da auditoria fiscal não ter fornecido os relatórios fiscais em arquivos digitais conforme prevê a Instrução Normativa SRP nº 03/2005.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Da leitura do recurso apresentado pela recorrente, observa-se que além das alegações apresentadas em defesa relativas ao lançamento em questão, a recorrente ainda inova em uma série de alegações que não são pertinentes ao caso, as quais não serão consideradas.

A recorrente alega nulidade do lançamento que seria causada pelo fato de ter tomado ciência da prorrogação da ação fiscal por meio de Mandados de Procedimentos Fiscais Complementares quando o Mandado anterior já estaria vencido.

Também alega que só tomou ciência do lançamento após o término do prazo previsto no último MPF emitido.

Não se vislumbra a nulidade alegada.

O MPF é documento emitido pela Administração para que o contribuinte, objeto de algum procedimento fiscal, seja intimado de que tal procedimento emana e será realizado por autoridade competente.

O que se verifica é que o prazo previsto nos MPFs não foram suficientes para a conclusão da ação fiscal, o que levou à emissão de MPFs Complementares no sentido de prorrogar o prazo de fiscalização.

A conduta de prorrogação dos MPFs é prevista na legislação e o fato de o contribuinte ser cientificado da prorrogação após terminado o prazo do MPF anterior não é razão para nulidade do lançamento.

Segundo a recorrente ao término de cada MPF este imaginava que a ação fiscal havia sido encerrada sem qualquer lançamento e em seguida era surpreendida pela entrega do MPF Complementar.

Ora, eventual prejuízo à recorrente decorreria da execução de uma ação fiscal não precedida de MPF, esta sim, situação que poderia ensejar nulidade.

No entanto, os MPFs existem e ao recebê-los à época em que foram apresentados, a recorrente tomou ciência de que o procedimento fiscal não havia sido encerrado e permitiu que a auditoria fiscal continuasse os trabalhos de fiscalização, afastando qualquer alegação futura de prejuízo sob tal argumento.

Tampouco se pode considerar que a ciência do lançamento efetuada após o prazo de encerramento do MPF seja motivo de nulidade, uma vez a finalidade de existência do MPF já teria sido cumprida.

Ademais, há entendimentos no âmbito deste Conselho de Contribuintes no sentido de que supostas irregularidades no MPF não ensejam nulidade do lançamento, conforme se depreende do Acórdão nº 204-02.502 referente ao Recurso nº 130.790, assim ementado:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO. NULIDADE. DESCABIMENTO

É de ser rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento baseada em supostas impropriedades no Mandado de Procedimento Fiscal, haja vista ser este um elemento de controle da administração tributária, sem força para afastar as competências legais atribuídas às autoridades fiscais, mormente quando se trata de auto de infração regularmente formalizado

A recorrente traz preliminar de decadência que deve ser acolhida.

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 **01/1998 a 12/2004** e foi efetuado em **27/01/2007**, 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 QUINQUÊNAL. 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 de diferenças de contribuição, uma vez que, para tais pagamentos, a recorrente já havia recolhido a contribuição da empresa de 20%, ainda que sob o entendimento de que se tratava de pagamentos a autônomos/contribuintes individuais.

Assim, não se pode dizer que não houve antecipação, devendo ser aplicado o art. 150, § 4º do CTN, para considerar que encontram-se abrangidas pela decadência as contribuições até **12/2001**, inclusive.

No mérito, a recorrente alega que os valores pagos aos segurados empregados, mas na condição de autônomos/contribuintes individuais seriam referentes à férias não gozadas e que teriam natureza indenizatória.

Considera, ainda, que sequer deveria ter recolhido a contribuição patronal de 20% como se fosse pagamentos a autônomos, tendo direito à restituição.

A meu ver, a recorrente está equivocada quando alega que os valores pagos teriam caráter indenizatório.

A Lei nº 8.212/1991 traz no § 9º do art. 28, as situações em que os pagamentos efetuados não estão sujeitos à incidência de contribuição previdenciária e a alínea “d” do citado parágrafo dispõe o seguinte.

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (...)

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT

As férias indenizadas são devidas ao empregado que tendo sido demitido sem justa causa faria jus ao benefício, o qual não poderá mais ser gozado na vigência do contrato de trabalho que se encerrou.

Assim, só é possível classificar um pagamento efetuado como indenização de férias se este foi pago em razão do encerramento do contrato de trabalho, o que não se verifica no presente caso, em que a recorrente efetuava tais pagamentos na vigência do contrato de trabalho.

Também não se verifica que tais valores corresponderiam ao adicional constitucional e tampouco à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da CLT.

A dobra mencionada refere-se à obrigação do empregador de pagar as férias em dobro se este não concedeu ao empregado o benefício dentro do prazo de doze meses subsequentes à aquisição do direito do gozo de férias, o que não é o caso dos autos.

A conversão de parte das férias em pecúnia é possibilidade colocada à disposição do empregado, a qual está prevista no art. 143 da CLT, *in verbis*:

Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no

valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes

A própria CLT em seu art. 144 prevê que o abono pecuniário não integrará o salário, entendimento também adotado pela Lei nº 8.212/1991, no item 6 da alínea do § 9º, do art. 28, abaixo transcrito:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...)

e) as importâncias:

6.recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

Como se vê a lei traz as hipóteses em que o pagamento do abono pecuniários está a salvo da incidência de contribuição e a lei não contempla a hipótese de o empregado converter em pecúnia os trinta dias de férias a que tem direito.

Portanto, se o pagamento efetuado pela recorrente não foi efetuado dentro das hipóteses legais, integra o salário de contribuição, não havendo que se falar em direito de restituição da parte patronal paga pela recorrente que considerou, indevidamente, tais pagamentos como remuneração de autônomos/contribuintes individuais.

A recorrente entendeu que foi invocada responsabilidade solidária pelo pagamento do crédito tributário às pessoas dos sócios e procuradores da impugnante.

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

O CORESP contém os responsáveis pela gerência da sociedade e os períodos correspondentes, dados obtidos do contrato social e alterações.

Tal relatório 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 no inconformismo da recorrente, uma vez que não foram incluídas no pólo passivo as pessoas físicas que foram responsáveis pela gestão da empresa no período do lançamento conforme informação do contrato social da empresa e eventuais alterações.

A recorrente ainda alega que a multa aplicada teria caráter confiscatório e que a aplicação da taxa de juros SELIC seria inconstitucional.

Vale dizer que tanto a multa aplicada como a taxa de juros SELIC tem previsão em dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico pátrio e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar aplicação de dispositivo legal sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na

decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

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 que ocorreu a decadência até a competência 12/2001, inclusive, para acolher a preliminar quanto à corresponsabilidade para reconhecer que a relação apresentada é apenas indicativa dos sócios e sem atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária.

É como voto.

Ana Maria Bandeira