



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 35582.000671/2005-74
Recurso nº 145.029 Voluntário
Matéria DECADÊNCIA
Acórdão nº 205-01.528
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIO GRANDENSE
Recorrida SRP/SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/1995 a 30/10/1997

DECADÊNCIA. LANÇAMENTO PREVENTIVO DA DECADÊNCIA. AÇÃO JUDICIAL EM CURSO. DIFERENÇA FOLHA DE PAGAMENTO. FUNDO AEROVIÁRIO. FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

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.

Mantém-se a incidência dos juros de mora, ante a inexistência de norma legal que determine a sua exclusão.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Quinta Câmara do Segundo Conselhos de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento, com fundamento no artigo 173, I do CTN, vencidos os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Junior e Edgar Silva Vidal que aplicavam o artigo 150, §4º. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a multa de mora, mantendo-se os demais valores lançados.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa Varig S.A. Viação Aérea Riograndense, contra decisão que julgou o lançamento procedente, conforme ementa abaixo transcrita:

“LANÇAMENTO PREVENTIVO DA DECADÊNCIA. AÇÃO JUDICIAL EM CURSO. IMPUGNAÇÃO CONHECIDA EM PARTE.

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.

LANÇAMENTO PROCEDENTE.”

2. Em seu recurso, a empresa alega como fundamentos para afastar o lançamento fiscal, em síntese, o seguinte:

a) preliminarmente a recorrente alega que a ampla defesa restou prejudicada devido à falta de apreciação da contribuição discutida em juízo;

b) ainda em sede preliminar, discute a não incidência da contribuição ao Fundo Aeroviário face, em primeiro lugar, à vacância da lei até maio de 1996, e em segundo lugar, em razão do pagamento efetuado, em moeda estrangeira, a trabalhador no exercício de suas atividades no exterior;

c) ademais, ressaltou a impossibilidade de incidência das contribuições sobre verbas que não tivessem a característica de remuneração ou consideradas de natureza salarial, de acordo com a legislação nacional, sendo que as verbas recebidas em trabalho no exterior não poderiam ser consideradas para fim de recolhimento da contribuição em questão;

d) também, pugnou pela inexigibilidade dos consectários caracterizados como multa, correção monetária e juros defendendo a tese de que a contribuição destinada ao Fundo Aeroviário não tinha respaldo na Constituição da República vigente, estando com a sua exigibilidade suspensa por força de decisão judicial;

e) por força disso, entendeu não estar em mora com as suas responsabilidades previdenciárias, razão pela qual não deveria ocorrer a incidência dos consectários constantes da notificação de lançamento, especialmente aquelas de caráter punitivo, que



levariam o contribuinte a suportar maiores encargos económicos em razão de comportamento adotado por força de orientações normativas e praticas reiteradas da administração, o que privilegiava e resguardava a boa-fé do particular;

f) pugnou ainda, pela inaplicabilidade da taxa SELIC em razão da sua natureza remuneratória, para o cálculo dos juros moratórios que compõe a cobrança das contribuições previdenciárias objeto deste processo;

g) a esse respeito, mencionou que a utilização da taxa SELIC como juros moratórios, permitida pela Lei n.º 8.212/91 (com a redação dada pela Lei n.º 9.528/97) e pelo Decreto n.º 3.048/99 revestia-se de inconstitucionalidade material uma vez que derivava, a sua admissão na seara tributária, do flagrante desrespeito ao artigo 161 do CTN;

h) por fim, requer o provimento do recurso com a reforma da decisão recorrida e o cancelamento da notificação fiscal de lançamento de débito discutida.

3. O fisco, por sua vez, apresentou contra-razões ao recurso voluntário do contribuinte lastreado nas seguintes considerações:

a) que, na espécie, o crédito se referia a contribuição da empresa destinada ao Fundo Aeroviário, incidente sobre os pagamentos efetuados a segurados empregados contratados no Brasil e transferidos para o exterior, não recolhida em virtude de a mesma encontrar-se à época do lançamento, amparada por decisão judicial da 28ª Vara Federal do Rio de Janeiro (AO n.º 99.00096517);

b) que tal lançamento objetivava, inicialmente, prevenir a decadência destinando-se a permanecer sobrestado até a decisão final do processo principal;

c) que posteriormente foi o contribuinte comunicado sobre a abertura de prazo para aditamento da defesa anteriormente apresentada;

d) que todos os procedimentos adotados na NFLD sob comento, estavam revestidos de legalidade, uma vez que a existência de ação judicial não era impedimento para o desenvolvimento regular da seqüência lógica de atos que perfazem o contencioso fiscal. A renúncia ao contencioso só ocorreria quando a ação judicial tivesse por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo;

e) finalmente, afirmou que era inócua qualquer discussão em sede administrativa, quando simultaneamente submetida ao crivo do judiciário, estando superado o entendimento outrora adotado, consistente no sobrestamento prévio e imediato do processo na procuradoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES

PRELIMINAR - DECADÊNCIA

1. Preliminarmente, cumpre dizer que o presente lançamento foi realizado com o intuito de resguardar o crédito previdenciário dos efeitos da decadência, uma vez que o sujeito passivo ajuizou Ação Ordinária perante a Justiça Federal visando à declaração de inexistência de relação jurídica que obrigue a empresa a promover o recolhimento das contribuições devidas ao Fundo Aeroviário, bem como que seja reconhecido o direito à restituição de todas as contribuições indevidamente recolhidas, em dinheiro ou mediante compensação com tributos vincendos da COFINS, PIS e Contribuição Social sobre a Folha de Salários (parte patronal), sem qualquer limitação.

2. Nesse sentido, impende ressaltar que a situação processual enfrentada na ação judicial pela empresa, relativamente à discussão da exigibilidade das contribuições lançadas, não impede que as questões acerca do controle de legalidade do lançamento sejam examinadas por este Conselho.

3. Assim, compulsando os autos verifica-se que parte do lançamento se deu em período decadencial, matéria que deve ser enfrentada por este colegiado.

4. E no que se refere à decadência, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade de votos, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, nos seguintes termos:

“Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

5. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, **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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

6. Com efeito, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

7. Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto. Compulsando os autos, constata-se que o recorrente não efetuou o pagamento de suas obrigações as quais se refere o lançamento. Então, deve-se prevalecer a regra trazida pelo artigo 173, I, do CTN.

8. Considerando que a NFLD foi lavrada em 28/02/2002 e recebida pelo sujeito passivo em 04/03/2002 para exigir crédito previdenciário relativo às competências 06/1995 a 11/1997, tenho como certo que parte do crédito constituído foi atingida pela decadência quinquenal (06/1995 a 11/1996), permanecendo apenas o período compreendido entre 12/1996 a 11/1997.

9. Em razão do exposto, acato a preliminar de decadência para dar provimento parcial ao recurso voluntário.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

10. Ainda em sede de preliminar, sem razão, alega a recorrente que a ampla defesa restou prejudicada devido à falta de apreciação da contribuição discutida em juízo.

11. A propositura de ação judicial pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, implica renúncia à discussão da mesma matéria em âmbito administrativo, de modo que o julgador administrativo deve abster-se de apreciar o mérito da matéria que se encontra em discussão no judiciário.

12. Nesse sentido é a Sumula n.º 01, aprovado pelo Segundo Conselho de Contribuintes, **verbis**:

“SÚMULA N.º 1- 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.”

13. De maneira que a ausência de apreciação do mérito, pelo julgador administrativo, relativo à matéria levada ao judiciário pelo contribuinte, não enseja cerceamento do direito de defesa. Até porque, não nos cabe aqui perquirir sobre a legalidade da exigência das contribuições a título do Fundo Aeroviário ou do reconhecimento do direito à restituição das contribuições recolhidas pela empresa, matérias que serão decididas, certamente, na esfera judicial.

14. A seu turno, vale destacar que a busca da tutela jurisdicional não impede, entretanto, que a autoridade administrativa promova a constituição do crédito tributário, objetivando salvaguardar o interesse da Fazenda Pública, tendo em vista o prazo decadencial, mesmo porque tal procedimento é vinculado e obrigatório conforme dispõem o art. 142 do Código Tributário Nacional.

15. Como se vê, não há razões para se falar em nulidade ou ilegalidade da notificação fiscal ou da decisão recorrida.

DAS QUESTÕES DE MÉRITO

16. Sendo assim, passo a análise das questões recursais passíveis de exame por parte desta Câmara.

17. Nesse sentido, pugnou a recorrente pela inexigibilidade dos consectários caracterizados como multa e juros defendendo a tese de que a contribuição destinada ao Fundo Aeroviário não tinha respaldo na Constituição da República vigente, estando com a sua exigibilidade suspensa por força de decisão judicial.

18. Aduz, ainda, que por força disso, entendeu não estar em mora com as suas responsabilidades previdenciárias, razão pela qual não deveria ocorrer a incidência dos consectários constantes da notificação de lançamento, especialmente aquelas de caráter punitivo, que levariam o contribuinte a suportar maiores encargos econômicos em razão de comportamento adotado por força de orientações normativas e práticas reiteradas da administração, o que privilegiava e resguardava a boa-fé do particular.

19. Por sua vez, as informações constantes dos autos dão conta que:

“3. Na Ação Ordinária 99.0009651-7 o contribuinte visa a declaração de inexistência de relação jurídica que o obrigue a promover o recolhimento das contribuições devidas ao Fundo Aeroviário. Pretende, ainda, o reconhecimento do direito à restituição de todas as contribuições indevidamente recolhidas, em dinheiro ou mediante compensação com tributos vincendos do COFINS, PIS e Contribuição Social sobre a Folha de Salários (parte patronal), sem qualquer limitação.

4. Deferida a antecipação de tutela em 10.12.1999, decisão publicada no dia 16.02.1999, autorizando a compensação, sem qualquer limitação ou percentual, dos valores recolhidos, atualizados desde a data do pagamento, com incidência dos expurgos inflacionários, aplicando-se a taxa SELIC, excluída a incidência de juros.

5. Prolatada a sentença, em 05/12/2001, publicada em 10/01/2002, julgando IMPROCEDENTE o pedido e revogando a antecipação de tutela antes deferida.

6. A VARIG interpôs recurso de apelação que foi recebido no duplo efeito, “...com expressa ressalva para a antecipação de tutela que se encontra plenamente revogada por este Juízo no dispositivo da sentença.”, em decisão publicada em 15/04/2002.

7. por força de decisão proferida em 30/10/2002, intimado o INSS em 3 1/10/2002, no agravo de instrumento n. 2002.02.01.034540-5, interposto pela VARIG S/A, o recurso de apelação restou recebido no duplo efeito, inclusive quanto ao dispositivo da sentença que expressamente revogou a antecipação de tutela antes concedida, o que encerra autorização para que o contribuinte em tela deixe de recolher as contribuições devidas ao FUNDO AEROVIÁRIO, bem como a promover compensação com as contribuições previdenciárias. O INSS interpôs Agravo Interno, mas foi improvido, em 13/11/2002, com publicação do acórdão em 26/11/2004. Atualmente o Agravo de Instrumento está distribuído para a 3ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, não havendo previsão para o julgamento.

8. Na forma posta certidão de objeto é pé, o recurso de apelação 1999.51.01.009651-0 está aguardando inclusão em pauta de julgamento.

9. Assim, constata-se que em 28/02/2002 não havia decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade do crédito,

Q

vez que a sentença de improcedência foi publicada em 10/01/2002 e o efeito suspensivo no Agravo foi deferido 30/10/2002, quando se tomou novamente :nexigível a contribuição ao Fundo Aeroviário

10. Devolva-se ao Serviço do Contencioso Administrativo — 17.401.4, para prosseguimento.”

20. Defende o fisco que, em 28/02/2002, data da lavratura da presente notificação fiscal de débito, não havia decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade do crédito, vez que a sentença de improcedência foi publicada em 10/01/2002 e o efeito suspensivo no Recurso de apelação manejado pela empresa foi deferido em 30/10/2002, quando se tornou novamente inexigível a contribuição ao Fundo Aeroviário.

21. Razão pela qual não havia qualquer óbice para a incidência dos juros e multa de mora, no exato momento do lançamento fiscal. Ressalta que o provimento em ação judicial, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. Restando à parte a sujeição à sua cassação a qualquer momento, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pela cessação dos efeitos da medida.

22. No meu sentir, a interposição da ação judicial pelo contribuinte, 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.

23. É o que dispôs sobre a matéria o artigo 63 §2º da Lei 9.430/96:

“Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º 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.”

24. No presente caso, o recurso de apelação interposto pela empresa foi recebido em duplo efeito, ou seja, devolutivo e suspensivo, razão pela qual o contribuinte manteve-se na situação jurídica de suspensão da exigibilidade do crédito concedida no início da ação judicial.

25. Afasto, portanto, a incidência da multa de mora sobre os valores lançados, pois a Lei 9.430/96 assim determina em favor do recorrente.

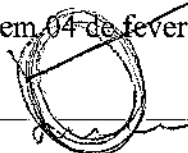
26. Com relação aos juros de mora entendo que tais consectários devem constar da presente notificação, ante a inexistência de norma legal que determine a sua exclusão.

27. Por estas razões, voto pelo provimento parcial ao recurso interposto pela empresa, na forma acima exposta.

CONCLUSÃO

28. Assim, voto no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES – Conselheiro