



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24.03.09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Sinape 751683

CC02/C06
Fls. 337

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 36216.010225/2006-90
Recurso nº 143.931 Voluntário
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÕES
Acórdão nº 206-01.248
Sessão de 03 de setembro de 2008
Recorrente CLIMAX PARTICIPAÇÕES S/C LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/10/1999

CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, se todos os dispositivos legais que ampararam o lançamento foram informados ao sujeito passivo.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

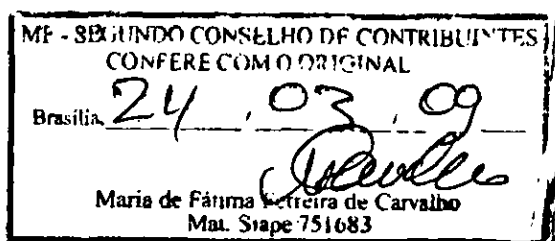
É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

MATÉRIA SUB JUDICE - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA.

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.



ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Elias Sampaio Freire'.

ELIAS SAMPAIO FREIRE

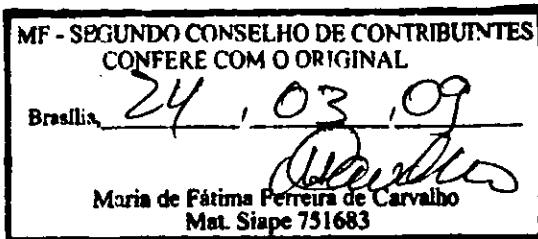
Presidente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Ana Maria Bandeira'.

ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado), Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa incidente sobre os valores pagos a contribuintes individuais e a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados, não recolhidas em sua totalidade em época própria.

O Relatório Fiscal (fls. 30) informa que a empresa apresentou Medida Cautelar Inominada nº 94.0016329-0, autorizando compensação de valores recolhidos a título de pró labore e autônomo.

A notificada apresentou defesa (fls. 35/66) onde alega que a notificação em questão não é meio competente para efetivação da cobrança.

Afirma que a auditoria fiscal utilizou o procedimento de aferição sem apurar efetivamente qualquer omissão, o que se consubstancia em cerceamento de defesa.

Argumenta que nos termos do CTN art. 170 e Lei 8.383/1991 art. 66 possui amparo para realizar compensação. Considera que os requisitos previstos nos §§ 1º e 3º do art. 89 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais.

Considera a cobrança de multa ilegal, uma vez que a impugnante não está em mora, uma vez que o crédito encontra-se com a exigibilidade suspensa.

Alega que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as exigências das Leis nº7.787/1989, art. 3º, inciso I e Lei nº 8.212/1991, art. 22, inciso I, concernentes ao recolhimento das contribuições incidentes sobre o pagamento de pró-labore, remuneração a autônomos e avulsos.

Considera inconstitucional a cobrança de SAT a partir de parâmetros quantitativos estabelecidos pela administração mediante decretos, bem como impossível a aplicação da taxa SELIC como taxa de juros moratórios.

A Divisão de Arrecadação emitiu despacho informando da necessidade da emissão de Relatório Fiscal Complementar para melhor esclarecimento a respeito da origem do débito, base de cálculo apurada, origem da diferença, bem como maiores informações a respeito da Medida Cautelar Inominada autorizando a compensação.

A auditoria fiscal emitiu novo Relatório Fiscal (fls. 117) informando que não efetuou aferição mas batimento e que o salário de contribuição considerado é o constante das folhas de pagamento que após considerados os recolhimentos efetuados restou o débito em questão.

Afirma que a empresa recolheu as contribuições relativas à competência 09/1999, razão pela qual tal competência deve ser excluída do lançamento.

A handwritten mark or signature in the bottom right corner of the page.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 24, 03, 09	
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho	
Mat. Sape 751683	

Com relação à compensação, conclui que o presente débito deve ficar sobrestado até decisão final sobre o direito ou não à devolução/compensação dos valores recolhidos entre 05/1995 a 13/1995. Informa que a empresa foi orientada a não entrar com nova defesa até o julgamento da liminar.

O Serviço de Análise de Defesas e Recursos verificou a existência de duas ações judiciais propostas pela interessada com o mesmo objeto, Medida Cautelar nº 94.0016329-0 e Ação Ordinária nº 94.00243391. Por essa razão solicitou informações a respeito das ações judiciais à Procuradoria que pronunciou-se às folhas 208/209 no sentido de que a Medida Cautelar nº 94.0016329-0 não supre o julgamento administrativo nem importa em renúncia ao recurso administrativo. Quanto à Ação Declaratória 94.0024339-1, informa que apenas se discute a constitucionalidade das contribuições sociais sobre pagamentos feitos a trabalhadores autônomos e administradores, bem como a possibilidade de compensação utilizando essa mesma contribuição. Conclui que a exigibilidade do crédito ora lançado, não está suspensa por essa ação.

Intimada a manifestar-se, a notificada o fez (fls. 219/224) alegando que a procuradoria apresentou cópia das decisões judiciais comprovando que a empresa possui o direito à compensação.

Argumenta que não se aplica a limitação importa pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional, uma vez que a mesma só foi imposta em 2001 pela Lei Complementar nº 104 e na época em que ocorreu a compensação, não havia tal limitação.

Conclui que o crédito está extinto ela compensação.

Pela Decisão-Notificação nº 21.434/0181/2006 (fls. 235/261), o lançamento foi considerado procedente. Foi salientado que a guia correspondente à competência 09/1999 apresentada pela notificada não enseja a retificação do lançamento pelo fato de ter sido recolhida após o lançamento. Desse modo, configura anuência do sujeito passivo ao lançamento e a apropriação se dá posteriormente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 278/321) onde efetua repetição dos argumentos já apresentados em defesa, porém inova na alegação de que a contribuição ao SEBRAE é devida apenas pelas empresas comerciais.

Em contra-razões, a SRP manteve a decisão recorrida.

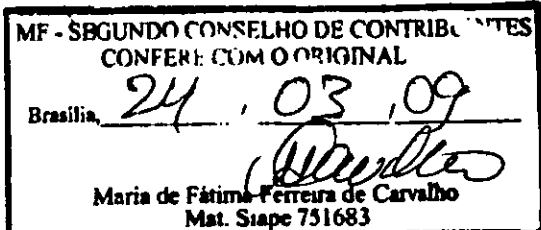
É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

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

A recorrente apresenta como preliminar a alegação de cerceamento de defesa em razão da apresentação dos dispositivos legais aplicáveis ao caso de forma genérica em folhas avulsas.



Vale dizer que a fundamentação legal que ampara o lançamento consta no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD onde são informados todos os dispositivos legais à época dos fatos geradores, de tal sorte que não é possível acatar a alegação de nulidade pela ausência de descriminação clara e precisa dos dispositivos legais.

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa apresentada.

A recorrente se irressigna pelo fato da decisão de primeira instância ter deixado de examinar as alegações quanto à inconstitucionalidade de leis.

Não assiste razão à recorrente. O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

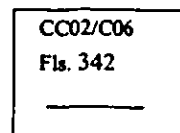
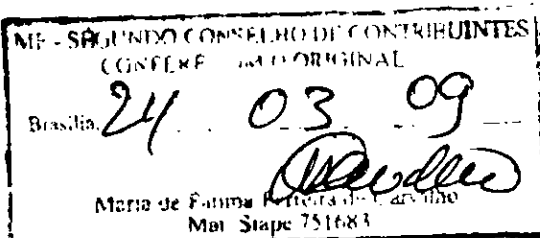
O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, 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 repute 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 - Juiz Saraiva 21). (g.n.).

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2 O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."



Quanto à compensação efetuada, a recorrente discute na via judicial o direito à mesma com tributos futuros, bem como a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária sobre pró-labore e pagamentos a autônomos.

Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário entendo importante tecer algumas considerações.

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

"O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa."

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

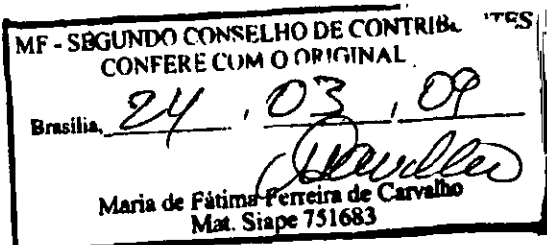
.....
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos."



Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto nº 3.048/99):

"Art.126 (...).

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

No entanto, a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

Nesta instância administrativa, tal questão já se encontra definida na Súmula nº 01 do 2º CC do Ministério da Fazenda, publicada no DOU de 26/09/2007

"Súmula nº 1

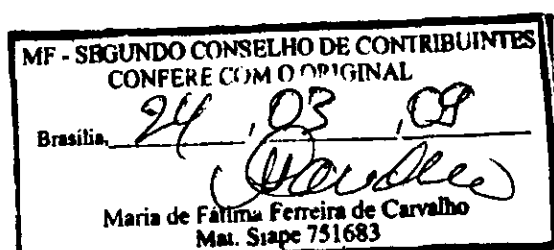
Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo"

No que tange ao argumento de que seria ilegal a cobrança de multa em razão do crédito estar com a exigibilidade suspensa não confiro razão à recorrente.

Muito embora a recorrente esteja discutindo judicialmente o direito à compensação, não fez o depósito do montante integral das contribuições que deixou de recolher sob o argumento de haver realizado compensação.

Quanto à contribuição ao SAT, cumpre dizer que o Princípio da Reserva Legal na esfera tributária, se traduz na obrigatoriedade de que todos os elementos integrantes da espécie tributária a ser instituída sejam minuciosamente descritos na lei, quais sejam: a descrição do fato gerador da obrigação principal e do seu sujeito passivo, a fixação da alíquota e da base de cálculo do tributo.

Entende esta autoridade julgadora que a Lei 8.212/91 definiu todos os elementos acima descritos de forma a tornar legal a cobrança do SAT. Entretanto, a empresa alega que embora a lei tenha definido as alíquotas diferenciadas de 1% para risco leve, 2% para risco



médio e 3% para risco grave, não estabeleceu os conceitos de risco leve, médio e grave ferindo no seu entendimento o Princípio da Reserva Legal.

Ocorre que a Lei 8.212/91, no art. 103 expressamente previu que o Poder Executivo deveria regulamentá-la, o que foi feito com a edição do RPS –Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/99.

Ora, o regulamento é o ato administrativo de competência do Poder Executivo, conforme define o Art. 84, inciso IV da Carta Magna, e tem por finalidade detalhar, esmiuçar o conteúdo da lei propriamente dita. O regulamento é inferior, hierarquicamente, à lei, não podendo contrariá-la, mas sim descer a minúcias que à lei não seria adequado.

O Decreto 3.048/99 estabelece a relação dos agentes nocivos atividades com os correspondentes graus de risco, restando claro que a contribuição do SAT é totalmente devida e legal.

Quanto aa alegação de que a contribuição ao SEBRAE é devida apenas pelas empresas comerciais, cabe informar que não é pertinente ao caso, uma vez que contribuições ao SEBRAE não são objeto de lançamento.

A recorrente alega impossibilidade de aplicação da taxa SELIC como juros moratórios e considera ilegal a aplicação de multa equivalente a um percentual do valor do lançamento.

Conforme já argüido, não cabe à instância administrativa afastar aplicação de dispositivo legal vigente, em obediência ao princípio da legalidade.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso apenas com relação às matérias não sujeitas à apreciação do Poder Judiciário, **REJEITAR PRELIMINARES** e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008


ANA MARIA BANDEIRA