



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

Processo nº 36624.002096/2007-35
Recurso nº 144.087 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.265 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de maio de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TREZE LISTAS SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2000 a 30/12/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TERCEIROS - AÇÃO JUDICIAL

A existência de ação judicial proposta pela recorrente com objeto idêntico ao da NFLD não impede a tramitação da exigência fiscal no contencioso administrativo em relação à matéria diversa à submetida à ação judicial.

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 implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

MULTA DE MORA

~~Diante da possibilidade da caracterização da mora, a autoridade administrativa, com base no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, não pode excluir a multa por atraso.~~

DECADÊNCIA

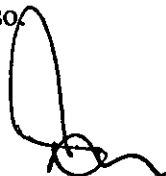
~~De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.~~

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.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos, em acolher a preliminar de decadência; II) Por voto maioria de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/2000. Vencidos os Conselheiros Cristiane Leme Ferreira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a decadência até 09/2001. II) Por unanimidade de votos: a) em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.

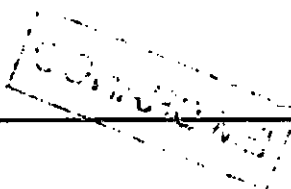


ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira e Lourenço Ferreira do Prado. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



Relatório

Trata-se de recurso interposto contra a Decisão-Notificação que julgou procedente o débito lançado contra a empresa acima identificada.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 46/49), o crédito previdenciário lançado por intermédio da NFLD se refere a contribuições devidas aos Terceiros, SESC e, tendo como fato gerador a remuneração paga aos segurados empregados nas competências 08/2000 a 12/2005.

A autoridade notificante informa que o contribuinte impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, no qual foi reconhecido o direito da impetrante ao não recolhimento das contribuições destinadas ao custeio do SESC e do SENAC.

Consta, ainda, que as remunerações pagas aos segurados empregados foram discriminadas nas GFIPs.

A recorrente impugnou o débito via peça de fls. 59 a 93, e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 21.003.0/0400/2006 (fls. 96 a 103), julgou o débito procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 111 a 133), repetindo basicamente os argumentos já apresentados na impugnação.

Preliminarmente, insiste na nulidade da NFLD, argumentando, em apertada síntese, ausência dos requisitos necessários a sua lavratura.

Aponta os vícios e omissões que, segundo entende, estão presentes na instrução do processo e que dificultam o exercício do direito de recurso da recorrente e destaca que não foi possível, para a notificada, detectar qual a base de cálculo utilizada para apuração dos valores cobrados, o que impossibilita determinar sua correção ou não.

No mérito, alega inexigibilidade das contribuições ao SESC/SENAC no período anterior a 12/2002, de acordo com a Circular Conjunta nº 05/2003, defendendo que a orientação interna do próprio INSS, que possui caráter vinculante, é no sentido de que a cobrança das contribuições devidas para o SESC e SENAC, especificamente pelas empresas prestadoras de serviço, seja efetivada apenas a partir da competência 01/2003, inclusive.

Sustenta que, em razão de sua atividade desenvolvida, a recorrente enquadra-se perfeitamente na hipótese mencionada na dita Circular, que possui caráter vinculante e, à luz do art. 142, do CTN, é ilegítima parte do lançamento fiscal consubstanciado na NFLD aqui combatida.

Ressalta que a mencionada circular foi editada tendo em vista a emissão do Parecer da Consultoria Jurídica de nº 1.861, que, ao ser aprovado pelo Ministro da Previdência e Assistência Social em 23/08/99, obteve caráter normativo no âmbito das Procuradorias e, portanto, caráter vinculante para todos os setores e órgão do INSS.

Destaca que a Circular Conjunta 05/2003 e a Nota Técnica 112/03 orientam no sentido de que as contribuições para o SESC/SENAC só seriam devidas pelas empresas prestadoras de serviços a partir da competência de 01/2003, deixando-se de proceder à exação no período compreendido entre setembro de 1999 e dezembro de 2002, lapso temporal em que se aplica o Parecer CJ 1.861/99, e que deve ser respeitado sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica e de aplicação retroativa de nova interpretação, o que é vedado pelo inciso XIII, do art. 2º, da Lei 9.784/99.

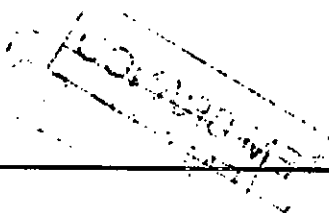
Requer a realização de diligência, nos exatos termos do art. 9º, da Portaria 520/2004, para averiguar se a base de cálculo considerada pela fiscalização são as remunerações pagas aos empregados, e não sobre a totalidade da folha de pagamento, que inclui outras espécies de segurados e verbas que não podem ser consideradas remuneração.

Sustenta que, no caso em exame, a recorrente só não recolheu o tributo na época devida porque é beneficiária de medida judicial autorizadora do não recolhimento, sendo que sua conduta não pode ser comparada e ter o mesmo tratamento que a conduta daquele contribuinte que simplesmente deixou de pagar tributo em época própria.

Entende que a imposição da multa em valor tão elevado, além de representar verdadeiro confisco, é irrazoável e tornará inviável a continuação das atividades empresariais da recorrente.

Em Contra-Razões, às fls 143/144, a Secretaria da Receita Previdenciária manteve a decisão recorrida e a procedência do lançamento.

É o relatório.



Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

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

Inicialmente, cumpre observar 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. 8.212/91,.

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 vinculantes, 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.)."

Portanto, 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"

Verifica-se que não houve antecipação, pelo sujeito passivo, da contribuição, ao SESC e ao SENAC.

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.

A NFLD foi consolidada em 28/09/2006, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 02/10/2006, conforme assinatura do representante legal da empresa, à fl. 01 do processo.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências compreendidas entre 08/2000 a 11/2000. Para a competência 12/2000, o crédito poderia ter sido lançado em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, 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 12/2000 a 12/2005.

Portanto, reconheço a decadência de parte do débito.

Preliminarmente, a recorrente alega nulidade da NFLD sob o argumento de que não estão presentes os requisitos necessários a sua lavratura, o que dificulta o exercício do direito de recurso da recorrente.

Assevera, ainda, que não foi possível identificar a base de cálculo utilizada para apuração dos valores cobrados, o que impossibilita determinar sua correção ou não.

Contudo, a fiscalização deixou claro, nos relatórios integrantes da Notificação, que as quantias lançadas por intermédio da NFLD discutida é a contribuição ao SESC e SENAC, incidente sobre as remunerações dos empregados informadas pela própria empresa por meio das GEIPs.

Conforme consta, o salário de contribuição, ou seja, a base de cálculo das contribuições devidas foram declarados em GFIP pela própria empresa notificada.

Portanto, não há que se falar em impossibilidade de detectar qual a base de cálculo utilizada.

7

Dessa forma, não procede o argumento de que os relatórios não indicam “de onde foram tirados os valores utilizados como base de cálculo para a apuração do valor devido” ou de que “não é possível para a recorrente detectar qual foi a base de cálculo utilizada para apuração dos valores cobrados”, já que restou claro que as bases de cálculo sobre as quais incide a contribuição cobrada por meio da NFLD em tela foram informadas pela própria notificada por meio de instrumento próprio, ou seja, GFIP.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente, a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Nesse sentido, não há que se falar em nulidade da NFLD por cerceamento de defesa, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

A recorrente protesta pela realização de diligência fiscal. Todavia, conforme exposto acima, verifica-se que não existem dúvidas a serem sanadas, já que o Relatório Fiscal está claro e a NFLD muito bem fundamentada. Restou evidenciado, nos autos, que a base de cálculo considerada pela fiscalização é a mesma utilizada pela empresa no cálculo da contribuição devida e declarada por ela própria na GFIP.

Ora, a recorrente declara a base de cálculo da contribuição previdenciária em GFIP e depois vem questionar se essa base de cálculo, que, como visto acima, é a mesma utilizada pela fiscalização no levantamento do débito combatido, inclui outras espécies de segurados e verbas que não podem ser consideradas remuneração.

De acordo com o § 1º, do art. 225, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, as informações prestadas nas GFIP's constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese de não recolhimento.

E o art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Dec. 70.235/72), estabelece:

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.

Assim, indefere-se o pedido de diligência, por considerá-la prescindível e meramente protelatória.

No mérito, a recorrente tenta demonstrar que a contribuição ao SESC e SENAC não são exigíveis no período de 08/2000 a 12/2005, por força da Circular Conjunta 05/2003.

No entanto, verifica-se, da análise dos autos, que a recorrente ingressou com ação judicial contra o INSS cujo objeto é a exigência do recolhimento de contribuições ao SESC/SENAC.

Portanto, nos termos do art. 126, § 3º, da Lei 8.213/91, houve renúncia ao contencioso administrativo em relação à exigibilidade das contribuições aos referidos terceiros, motivo pelo qual não conheço da parte do recurso que trata de tal matéria.

A impossibilidade de apreciar, no contencioso administrativo, matéria submetida à apreciação do judiciário advém do sistema de contencioso adotado no Brasil, que é o de jurisdição única, no qual as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Desse modo, se uma matéria está submetida à apreciação judicial, não cabe mais a sua análise na esfera administrativa.

A recorrente insurge-se, ainda, contra a multa aplicada, alegando que, se não existem contribuições em atraso, não existe mora, e que a imposição da multa em valor tão elevado, além de representar verdadeiro confisco, é irrazoável e tornará inviável a continuação das atividades empresariais da recorrente.

Todavia, conforme amplamente exposto acima, a empresa deixou de recolher o tributo por entender que o valor não era devido, já que existe decisão judicial amparando o não recolhimento de contribuição ao SESC/SENAC.

No entanto, ainda não ocorreu o trânsito em julgado da ação movida pela notificada.

E sendo o lançamento um ato vinculado, a fiscalização, ao constatar a ocorrência do fato gerador e o não recolhimento da contribuição devida, não poderia deixar de lavrar a competente NFLD.

E o valor notificado foi acrescido de juros e multa moratória, tendo em vista o não-recolhimento de toda a contribuição no prazo legal. Tal procedimento encontra amparo nos artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91, vigentes à época do lançamento.

Assim, por determinação legal, não poderia o agente notificante excluir do crédito constituído por meio da NFLD os valores relativos às multas, como quer a recorrente.

A recorrente demonstra uma preocupação descabida em relação aos encargos moratórios contidos na NFLD em questão. Vale ressaltar que o crédito lançado ficará aguardando o desenrolar da ação judicial e não será exigido enquanto estiver com a sua exigibilidade suspensa. E, na hipótese de decisão favorável ao contribuinte, o crédito será extinto, não havendo que se falar em juros ou multa decorrente do mesmo.

No caso de decisão desfavorável ao contribuinte, a liminar concedida perde o efeito, retroagindo à data em que fora deferida. Nesse caso, os juros e multa serão devidos, uma vez que não houve o recolhimento da contribuição devida em época própria.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso somente em relação à matéria não submetida à apreciação judicial, reconhecer a decadência parcial para excluir do lançamento os valores correspondentes ao período de 08/2000 a 11/2000 e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 8 de maio de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

