



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

Processo n° 36624.003044/2005-14
Recurso n° 252.050 Voluntário
Acórdão n° **2301-01.950 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 18 de março de 2011
Matéria TERCEIROS
Recorrente RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1998 a 30/12/2003

MATÉRIA SUB JUDICE -

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.

A ação judicial proposta não impede a autoridade administrativa de fiscalizar, lançar ou julgar o crédito tributário, suspendendo apenas a sua exigibilidade, ou seja, os atos executórios de cobrança.

RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL -

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.

DECADÊNCIA PARCIAL

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.

Aplica-se, ao caso, o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, já que restou comprovada a antecipação do pagamento da contribuição.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em conhecer do recurso somente em relação às matérias que não estão sub-judice, nos termos do voto da Relatora; e b) em negar provimento ao recurso, nas demais questões apresentadas pela Recorrente, nos termos do voto da Relatora; e II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento às contribuições apuradas até a competência 04/1999, anteriores a 05/1999, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do I, Art. 173 do CTN para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Wilson Antonio De Souza Correa, Mauro Jose Silva, Edgar Silva Vidal.

Relatório

Trata-se de crédito lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições arrecadadas pelo INSS e destinadas ao Terceiro, SESC.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 32/33), o objeto da NFLD é a contribuição destinada ao SESC, tendo como fato gerador o pagamento da remuneração aos segurados empregados, e que o lançamento foi efetuado para evitar a decadência, uma vez que as contribuições lançadas estão sendo objeto de discussão judicial.

A autoridade lançadora informa que os valores apurados, abrangendo as competências de 11/1998 a 12/2003, foram depositados em juízo, na Ação Ordinária 98.0049822-2 de 24/11/1998, da 20.a Vara Cível Federal de São Paulo.

A notificada impugnou o débito e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 21.003.0/0041/2005, fls. 247 a 253, julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 123 a 134), alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega obrigatoriedade de recebimento do recurso interposto independentemente do depósito prévio de 30%.

Aponta a falta de interesse processual do INSS no prosseguimento da satisfação do crédito constituído pelo lançamento em tela, face à suspensão do crédito tributário por meio do depósito judicial integral das quantias lançadas, bem como da litigiosidade do objeto do lançamento, tendo em vista a citação da entidade lançadora em Ação Ordinária de Declaração de Inexistência de Relação Jurídica Fiscal.

Sustenta que a recorrente não pode ser sujeita à exigência de exação fiscal que tem por objeto créditos tributários que se encontram com exigibilidade suspensa por força de decisão judicial que deferiu o depósito de seu montante integral.

Entende que há de ser reconhecida a insubsistência da pretensão do fisco face à circunstância da matéria objeto da presente NFLD se encontrar em discussão na esfera judicial, sendo considerada para todos os efeitos como "coisa litigiosa", visto que a entidade lançadora foi regularmente citada na referida demanda, pelo que qualquer eventual decisão resultante do presente processo administrativo haverá, de se submeter ao resultado do processo judicial ora em tramitação.

No mérito, tenta demonstrar que a recorrente não pode ser considerada sujeito passivo de contribuição ao SESC e a impossibilidade de exigência de duas contribuições sobre a mesma base de cálculo, sendo inconstitucional a exigência da referida contribuição.

Em contra-razões, a então Receita Federal do Brasil manteve a decisão recorrida e a 2ª CAJ do CRPS, por meio do decisório nº 000126(fl. 327 a 329), converteu o julgamento em diligência, oportunizando à recorrente efetuar o depósito prévio.

É o relatório.

Voto

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

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

Inicialmente, impõe suscitar questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pela recorrente em seus recurso, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais 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. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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; ou

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.)."

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 STJ pacificou o entendimento de 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.

Verifica-se, dos autos, que houve o depósito integral judicial do valor lançado, caso em que se aplica o dispositivo legal citado acima.

Dessa forma, considerando que a ciência da NFLD pelo sujeito passivo se deu em 27/05/2004, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências 11/98 a 04/99, inclusive.

Da análise dos autos, verifica-se que a recorrente ingressou com Ação Judicial contra o INSS questionando a legalidade da cobrança da contribuição ao SESC.

Em seu recurso, a recorrente tenta demonstrar a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição à referida Terceira Entidade.

Porém, essa matéria é objeto de discussão judicial, o que implica em renúncia ao contencioso administrativo, acarretando o não conhecimento dessa parte do recurso.

Contudo, as outras matérias trazidas pela recorrente, quais sejam, obrigatoriedade de recebimento do recurso interposto independentemente do depósito prévio de 30% e suspensão da exigibilidade do crédito, difere da levada à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual conheço do recurso em relação a tal matéria.

A renúncia ao contencioso administrativo somente ocorrerá quando a ação judicial tiver por objeto "idêntico pedido" sobre o qual verse o processo administrativo (art. 126, § 3º, da Lei 8.213/91), o que não é o caso presente.

Preliminarmente, a recorrente alega que o recurso deva ser conhecido independente de ter sido efetuado o depósito prévio.

De fato, o plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 390.513 e 389383, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8213/91, cujos acórdãos possuem a seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.”

A situação acima aplica-se ao caso concreto e o efeito *erga omnes* somente se daria após a publicação de Resolução do Senado Federal conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

E, a exemplo do que ocorreu com a decadência, com amparo no artigo 62, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, acato a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.

A notificada entende que não pode ser sujeita à exigência de exação fiscal que tem por objeto créditos tributários que se encontram com exigibilidade suspensa por força de decisão judicial que deferiu o depósito de seu montante integral, devendo ser reconhecida a insubsistência da pretensão do fisco face à circunstância da matéria objeto da presente NFLD se encontrar em discussão na esfera judicial.

Contudo, cumpre esclarecer que o presente lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário, já que não é possível a sua constituição após o término do prazo de decadência, mesmo com decisão judicial favorável ao fisco, uma vez 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.

Assim, tendo constatada a ocorrência do fato gerador, a autoridade fiscal lançou corretamente o débito, em consonância com o disposto no art. 33 da Lei 8.212/91, protegendo-o da decadência.

Ressalte-se, ainda, que a ação judicial proposta suspende apenas a exigibilidade do crédito, ou seja, os atos executórios de cobrança.

Ao contrário do que entende a notificada, a autoridade administrativa não está impedida de fiscalizar, lançar ou julgar o crédito tributário, e nem deve ser suspenso o trâmite do presente processo administrativo, pois a suspensão refere-se à exigência do crédito e não à possibilidade de a autoridade fiscal efetuar o lançamento ou de as autoridades julgadoras administrativas apreciarem a defesa e o recurso no processo administrativo fiscal.

No mérito, a recorrente tece um extenso arrazoado tentando comprovar a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança de contribuição ao SESC.

Porém, tal matéria encontra-se *sub judice*, não cabendo, por meio do presente processo administrativo de lançamento de débito, a discussão sobre exigibilidade de contribuição ao SESC, objeto de discussão judicial.

O art. 126, da Lei 8.213/91, dispõe que:

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."

Dessa forma, entendo que houve renúncia ao direito de recorrer, na esfera administrativa, sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da contribuição ao SESC, motivo pelo qual, não conheço de tais argumentos.

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos conta,

Voto do sentido de **CONHECER** do recurso apenas em relação às matérias que não estão *sub-judice* e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para excluir do débito os valores lançados no período entre 11/98 a 04/99, inclusive.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

