



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

Processo nº 36624.009731/2002-09
Recurso nº 157.700 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.275 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de outubro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS : ADICIONAL DE 2,5% PARA ENTIDADES PREVIDÊNCIA PRIVADA. BASE CÁLCULO DECLARADA EM GFIP
Recorrente FUNDAÇÃO CESP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/12/2001

DISCUSSÃO JUDICIAL. LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. CABIMENTO.

Poderá ser realizado o lançamento das diferenças de contribuições previdenciárias destinado a prevenir a decadência, mesmo que haja discussão judicial da matéria.

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

O sujeito passivo inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos. Nos termos da Súmula n. 03 do Eg. Segundo Conselho de Contribuintes, é cabível a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC para débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

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 ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

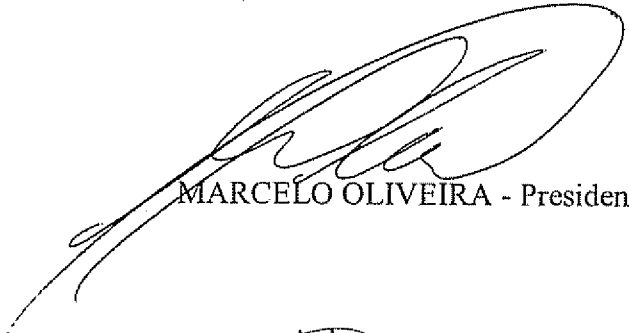
PERÍCIA. NÃO APLICAÇÃO.

A autoridade julgadora deve indeferir o pedido de perícia quando considerá-la prescindível e meramente protelatória.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



RONALDO DE LIMA MACEDO – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Nereu Miguel Ribeiro Domingues.



Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) lançada pelo Fisco contra a empresa FUNDAÇÃO CESP, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, relativas a parte patronal, especificamente ao adicional de 2,5% devido pelas Entidades de Previdência Privada em observância ao FPAS 736, para o período de 04/1999 a 12/2001, incluindo a competência 13/2001.

O Relatório Fiscal da notificação (fls. 33 a 37) informa que o fato gerador decorre das remunerações diretas pagas, creditadas ou devidas aos segurados empregados, constantes das folhas de pagamentos, dos recibos e rescisões contratuais da matriz e filiais. Registra que os valores da base de cálculo do fato gerador foram declarados nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP's).

Esse Relatório Fiscal informa ainda que a empresa ingressou com ação de rito ordinário – Processo nº 94.0017987-1 (atual 97.03.017782-4), em tramitação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, distribuído por dependência à Ação Cautelar nº 94.0010503-7, requerendo, dentre outras questões, a declaração de inexistência de relação jurídica, em face da contribuição adicional, prevista no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/1991.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 28/11/2002 (fl. 01).

A Notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 91 a 122) – acompanhada de anexos de fls. 123 a 177 –, alegando, em síntese, que:

1. **Do Relatório Fiscal.** O débito decorre do entendimento da Fiscalização de que a Impugnante teria deixado de recolher a contribuição destinada à Seguridade Social, prevista no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91;
2. **Da Autorização Judicial para o não Recolhimento da Contribuição Indevidamente Lançada, Prevista no §1º do art. 22, da Lei 8.212/91.** Diante do quadro de inconstitucionalidade que se reveste a cobrança do adicional a que se refere a presente NFLD, a empresa recorreu à via judicial. Por meio da ação ordinária, processo nº94.0017987-1, que tramita no 6ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, busca-se justamente a declaração de inexigibilidade do adicional previsto no art. 22, § 1º, da Lei 8.212/91. Já os autos do mandado de segurança nº 2000.61.00.012822-4 referem-se à entrada em vigor da Lei 9.876/99 que alterou a legislação previdenciária. A Fundação CESP, como EFPC-Entidade Fechada de Previdência Complementar, sem fins lucrativos, é regida atualmente pela Lei Complementar nº 109/2001, que revogou a Lei 6.435/77. Foi constituída por escritura pública, atuando como administradora e gestora de benefícios análogos aos previstos na seguridade Social, patrocinada por empresas e seus respectivos grupos de trabalhadores. As EFPC, tal como a Fundação CESP, desempenham relevante função socioeconômica, visto que administram a capitalização



de poupança e a geração de benefícios de renda futuros e, também, benefícios assistenciais, tais como planos de saúde, tarefas essas que ordinariamente cabem ao Estado. Ao cumprir a condição de ente sem fins lucrativos, disciplinada nos art. 4º, § 1º e art. 5º da Lei 6.435/77 e, atualmente, pelo art. 31, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 a Fundação CESP desonera em grande parte o Estado, permitindo que este destine os recursos, sempre escassos, ao atendimento dos menos favorecidos. Dentro desse contexto, o legislador ignorou essa importante atividade-fim desenvolvida pelas EFPC, quando, ao editar o § 1º, do art. 22 da Lei 8.212/91, elencou, sem fundamento fático e legal, diversas empresas-contribuintes que, por pertencerem a este ou aquele setor da atividade econômica, deveriam ser mais oneradas com o adicional de 2,5%. Não há como exigir esse adicional de uma entidade, sem fins lucrativos, que atua complementarmente nas áreas da saúde, previdência e assistência social, considerando, para tanto, que ela estivesse enquadrada num grupo diferenciado que justificasse tal encargo. Tal enquadramento não atende ao princípio da equidade. É compreensível que isso ocorra com as empresas que exercem atividades que oneram mais o sistema da Seguridade Social, porém esse não é o caso das EFPC, cuja finalidade primordial é a administração dos planos de benefícios. Por outro lado, o legislador não poderia equiparar as EFPC, que não têm fins lucrativos, a outros contribuintes que integram diversos setores da economia, principalmente, as instituições financeiras, até porque todas as empresas à exceção das EFPC, buscam o lucro como finalidade precípua. Quer sob o enfoque da isonomia quer da capacidade contributiva, a norma apontada é, com efeito, inconstitucional. Com esses fundamentos que conduziam e conduzem à ilegalidade dessa contribuição social foi que a Impugnante recorreu à via judicial para que fosse reconhecida a inexistência desse adicional trazido pela Lei 9.878/99. Concedida a medida liminar, não poderia a Fiscalização lavrar o impugnado lançamento fiscal contra o não pagamento do adicional, já que suspensa a sua exigibilidade. As decisões judiciais favoráveis à impugnante seja frente ao acórdão proferido nos autos da ação ordinária nº 94.0017987-1 (e medida cautelar de nº 94.0010503-7) que, por maioria, acolheu a pretensão da Requerente, afastando o adicional de 2,5%, seja quanto à liminar concedida, para afastar o mesmo adicional indevidamente previsto na Lei 9.876/99, representam direitos e garantias constitucionais que não podem ser violados. Admitir como válido o lançamento levado a efeito pela Fiscalização equivale a tornar sem efeito a medida judicial concedida e as próprias garantias constitucionais da Requerente. Além disso, o art. 62 do Decreto 70.235/72 estabelece expressamente que não será instaurado procedimento fiscal durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo;

3. **Da Ilegalidade dos Valores Lançados a Título de Multa Moratória e Juros de Mora.** Ainda que admitido como válido o lançamento, jamais poderiam ser incluídos multa e juros moratórios, uma vez que, estando a Requerente amparada por medida judicial, incabível atribuir-lhe as consequências do atraso no pagamento da contribuição. A cobrança de juros e multa de mora viola o comando previsto no art. 63 da Lei 9.430/96, vigente quando do início da Fiscalização. Transcreve o referido artigo, bem como texto da doutrina. Inexistindo inadimplemento de obrigação tributária, não há que se falar em multa moratória ou juros de mora, daí porque há de ser reconhecida a nulidade do lançamento;
4. **Do Enquadramento da Atividade Desenvolvida pela Requerente.** De acordo com os Relatórios Fiscais, a Impugnante deveria recolher a

contribuição ao SAT à alíquota relativa à atividade específica desenvolvida na Pousada/filial, ao invés de utilizar-se do percentual relativo à previdência privada, sua atividade-fim. O fato é que toda e qualquer atividade da Impugnante persegue o fim de atender seu grupo de associados, fazendo, bem por isto, com que não se confunda a administração de bar, restaurantes e acomodações para consumo interno, com aqueles submetidos ao público, sem restrições, estes sim com finalidade lucrativa. Para efeitos de enquadramento no SAT, o que conta é a atividade fim preponderante do empregador, assim, não há que se considerar que a Impugnante, enquanto entidade fechada de previdência privada que é, explore o ramo de hotelaria. A impugnante já debateu a questão perante a Justiça do Trabalho, tendo sido reconhecido por sentença que seu correto enquadramento é no Sindicato dos Securitários, ao qual seus empregados estão filiados. Transcreve parte da sentença e textos de jurisprudência. Na caracterização da atividade preponderante, necessário que todas as atividades da empresa se articulem visando atingir a finalidade da entidade, inclusive utilizando o maior número de funcionários para tal fim. À época dos fatos geradores, a entidade contava com 1.015 empregados, sendo que 730 estavam alocados em cargos de nível universitário e técnico-administrativo e 285 em cargos operacionais, distribuídos no interior de São Paulo, entre as Pousadas e as Representações Regionais e com grande maioria na Capital do Estado, administrando planos de benefícios e programas assistenciais, produto da política de pessoal de suas Provedoras. Transcreve textos de jurisprudência. A Impugnante corretamente enquadra-se no grau de risco 1 (leve), dado que prevalecem, no quadro da Capital e Interior, empregados desempenhando atividades voltadas à administração dos planos de benefícios e programas assistenciais, conforme ditames estatutários. Tanto o enquadramento efetuado pela Impugnante como os recolhimentos feitos a esse título são insuscetíveis de reparo. Transcreve o art. 26, §§ 1º e 2º, do Decreto 2.173/97, a fim de fundamentar sua discordância com relação ao modo como o Decreto 612/92 tratou tal matéria;

5. **Da Taxa Referencial.** A Notificação inclui Taxa Referencial (TR), sem explicitar a que título está sendo exigida, se como correção monetária ou como juros moratórios, dificultando e cerceando a plenitude do direito à ampla defesa o que vicia de nulidade todo o processo de execução fiscal. A TR foi declarada inadequada como índice de correção monetária, no julgamento da ADIN 493 —0/D, portanto as importâncias a esse título devem ser excluídas. Não há como aceitar que a TR esteja sendo exigida a título de juros porque os anexos da NFLD referem-se TR e não a TRD. Ademais na NFLD já estão inclusos os juros moratórios. Assim, se a TR estiver sendo exigida a título de juros estará consumado o crime de usura, por prática de anatocismo (juros sobre juros), previsto no Decreto —Lei nº 22.626/33. Ainda que se tratasse de TRD, a sua inadequação, quer como taxa de juros quer como índice de correção, é questão pacífica na jurisprudência de nossos tribunais. A TR foi concebida por lei com função exclusiva para o mercado financeiro, refletindo, predominantemente, as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, tendo, portanto, natureza remuneratória;
6. **Da Taxa SELIC.** A NFLD inclui além dos juros moratórios de 1,00% ao mês, juros de mora à taxa SELIC, instituídos pela Lei 8.981/95 e

exigidos, retroativamente. A taxa SELIC é calculada diariamente pelo Banco Central e é o resultado das negociações de títulos públicos e da variação dos seus valores de mercado, tendo, portanto, natureza remuneratória. No direito tributário, os juros são moratórios, sendo devidos quando há atraso no pagamento do tributo devido. Eles agem como complemento indenizatório da obrigação principal, destinando-se, portanto, a apenar a mora. Não é cabível, portanto, que a NFLD aponte a incidência de juros de mora, calculados por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir os preceitos contidos no § 1º do art. 161 do CTN e no parágrafo 3º do art. 192 da CF. Transcreve textos da doutrina e da jurisprudência do STJ - Supremo Tribunal de Justiça;

7. **Da Multa Confiscatória.** Ademais, a NFLD inclui a indevida, abusiva e confiscatória multa moratória, correspondente a 60% da contribuição lançada. A fixação desse percentual a título de multa não é um patamar condizente com a situação sócio-econômica atual do país, notadamente após a implantação do Plano Real, onde a inflação tem permanecido estável com índices bem inferiores aos verificados em passado recente. O art. 150, IV, da CF, veda o confisco tributário, não fazendo distinção com relação a tributos, contribuições juros ou multas. A multa fixada nesse patamar viola a garantia constitucional do direito de propriedade, dado seu cristalino caráter confiscatório. Transcreve textos da doutrina e da jurisprudência. Por outro lado, a multa, em questão, afronta o art. 112 do CTN que proíbe o agravamento da situação financeira do contribuinte. Impõem-se, portanto, o afastamento da multa de mora originalmente lançada e que seja adotado patamar condizente com a nova realidade inflacionária da economia nacional. Por fim, os cálculos elaborados pela fiscalização ficam expressamente impugnados, visto que não têm lastro comprobatório, sendo aleatórios e descabidos. Faz-se necessário, portanto, a designação de perícia contábil para confrontar-se o numerário real existente com os valores apurados;
8. **DO PEDIDO.** Pelos motivos expostos, requer a Impugnante seja julgada totalmente insubsistente a Notificação, uma vez que teria restado comprovado não existirem débitos em aberto.

Posteriormente, às fls. 180, o processo foi encaminhado à Procuradoria do INSS para acompanhamento da ação judicial, procedimento esse que foi devidamente comunicado ao sujeito passivo, conforme atesta o AR- Aviso de Recebimento de fls. 182. Às fls. 265/266 a Procuradoria Federal Especializada/INSS remeteu os autos ao Serviço do Contencioso Administrativo, uma vez que os pedidos, administrativo e judicial, continham matérias distintas. Por meio do Despacho nº 21.003.0/101/2006 (fls. 267/268), o prazo de defesa foi reaberto, em atendimento ao disposto no art. 41, parágrafo único, da Portaria nº 520/2004, do Ministério da Previdência Social, o qual determina que a propositura de ação judicial, antes ou depois do lançamento, não implica necessariamente a renúncia ao processo administrativo, devendo este ter prosseguimento quanto à matéria distinta da que foi objeto do pedido judicial.

Às fls. 274 a 286, a Impugnante apresentou, tempestivamente, aditamento à defesa administrativa, mantendo, na essência, as razões expendidas na inicial. Cumpre destacar, no entanto, a alegação no sentido de reafirmar que o adicional não pode ser exigido, uma vez que a Impugnante estaria amparada por decisão judicial azarada na Ação Ordinária nº 94.0017987-1, decisão esta que estaria aguardando a apreciação dos Embargos Infringentes em Apelação Cível, processo nº 97.03.017782-4.

A Delegacia da Receita Previdenciária (DRP) em São Paulo Oeste-SP – por meio da Decisão-Notificação (DN) nº 21.003.0/0434/2006 (fls. 290 a 305) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que a notificação encontra-se revestida das formalidades legais, tendo sido atendido os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o disposto no *caput* do art. 33 da Lei nº 8.212/1991 e art. 229 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

A Notificada apresentou recurso (fls. 318 a 332), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento das contribuições e no mais efetua repetição das alegações de defesa.

A Delegacia da Receita Previdenciária (DRP) em São Paulo Oeste-SP informa que o recurso interposto é tempestivo, fl. 339.

O Centro de Atendimento ao Contribuinte (CAC) em Pinheiros São Paulo-SP encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes, fl. 357.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fl. 339) e não há óbice ao seu conhecimento.

No presente lançamento fiscal ora analisado, constam as contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados, relativas a parte patronal, especificamente ao adicional de 2,5% devido pela Entidade de Previdência Privada fechada (no caso em tela a FUNDAÇÃO CESP), previsto no art. 22, §1º, da Lei nº 8.212/1991. Os valores da base de cálculo do fato gerador foram declarados nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP's).

Inicialmente, esclarecemos que, antes da lavratura do presente lançamento fiscal, a empresa havia ingressado com Ação Judicial de rito ordinário, processo nº 94.0017987-1, distribuído por dependência à Ação Cautelar nº 94.0010503-7, requerendo, dentre outras questões, a declaração de inexistência de relação jurídica tributária, em face da contribuição adicional prevista no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/1991. Posteriormente, a empresa impetrou Mandado de Segurança, com pedido de liminar, processo nº 2000.6100012822-4, em razão das alterações promovidas pela Lei nº 9.876/1999.

Assim, considerando a discussão judicial acerca da exigibilidade da contribuição adicional – prevista no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212/1991 – pela Recorrente, deve a presente análise e decisão restringir-se às questões não discutidas em Juízo (âmbito judicial). Tal procedimento está em consonância com o art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, abaixo transcrito:

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

(...)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98) (g n)

Diante desse quadro, faremos análise apenas das matérias não submetidas ao processamento e análise do Poder Judiciário, que se referem, essencialmente, aos seguintes pontos: (i) o direito de a Fiscalização efetuar o lançamento na vigência de Medida Liminar que suspende a exigibilidade do crédito tributário; (ii) a multa e juros de mora; e (iii) pedido para realização de perícia contábil.

Com relação ao direito de a Fiscalização efetuar o lançamento na vigência de Medida Liminar que suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos estabelecidos pelo processo nº 94.0017987-1, distribuído por dependência à Ação

Cautelar nº 94.0010503-7, frise-se que o presente lançamento fiscal visa exclusivamente evitar que o crédito tributário seja atingido pelo instituto de decadência tributária.

A decadência na seara tributária é uma forma extintiva de direito potestativo – poder - dever do fisco – de constituir o crédito tributário mediante lançamento, conforme preconiza art. 142, parágrafo único, do CTN. Desse modo, o instituto em comento visa atacar a própria relação jurídica tributária, promovendo seu decaimento, o que obsta a constituição do crédito tributário pelo fisco (art. 156, inciso V, CTN). Essa é a razão por que o fisco não está inibido de proceder o lançamento, prevenindo a decadência do direito de lançar, mesmo que haja a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos preceitos do art. 151, incisos I a VI, CTN. Portanto, a simples suspensão do crédito tributário não impede a sua constituição e, dessa maneira, não influi no prazo decadencial. Há iterativa jurisprudência nesse sentido:

"Ementa. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART 151 DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O FISCO REALIZAR ATOS TENDENTES À SUA COBRANÇA, MAS NÃO DE PROMOVER SEU LANÇAMENTO. ERESP 572.603/PR. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 151, IV, do CTN, determina que o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa havendo a concessão de medida liminar em mandado de segurança. Assim, o Fisco fica impedido de realizar atos tendentes à sua cobrança, tais como inscrevê-lo em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal, mas não lhe é vedado promover o lançamento desse crédito.

2. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, dirimindo a divergência existente entre as duas Turmas de Direito Público, manifestou-se no sentido da possibilidade de a Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das hipóteses previstas no citado art. 151 do CTN. Na ocasião do julgamento dos EREsp 572.603/PR, entendeu-se que "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar" (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).

3. Recurso especial desprovido".

(REsp 736040/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, Data do Julgamento 15/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 11/06/2007 p. 268) (destaquei)

Na análise desse processo, percebe-se que se trata de lançamento fiscal com o fito de se evitar a decadência do crédito tributário, devendo o mesmo ficar sobrestado até decisão transitada em julgado da Ação Judicial de rito ordinário, processo nº 94.0017987-1, distribuído por dependência à Ação Cautelar nº 94.0010503-7, e do Mandado de Segurança nº 2000.6100012822-4, todos em tramitação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Dessa forma, registramos que só se deve deixar de constituir o crédito tributário por meio de lançamento fiscal, quando houver disposição judicial expressa nesse sentido, o que não ocorreu no presente caso.

Esclarecemos que as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art. 151 do CTN, guardam pertinências com a cobrança administrativa ou judicial do débito, mas não com os motivos que ensejaram a constituição do crédito, estes, sim, relevantes para a decisão administrativa que, a partir do trânsito em julgado do processo administrativo, a questão da exigibilidade do tributo assume grande importância, já que a cobrança administrativa ou judicial do débito sujeita-se ao instituto da prescrição. Em razão disso, faz-se necessário observar o teor das decisões prolatadas nos autos das ações judiciais propostas pela Recorrente, devendo a cobrança do débito iniciar-se assim que as condições o permitam.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, da legislação previdenciária que dispõe sobre a utilização taxa de juros (taxa SELIC), frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei nº 8.212/1991 e demais disposições da legislação vigente aplicadas ao lançamento fiscal ora analisado.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, ou seja, declarada suspensa pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Assim, entendendo pertinente transcrever trecho do Parecer CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2, publicadas no DOU de 22/12/2009, ANEXO III - CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CARF, pág. 71, transcrito a seguir:

Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmulas 2 do 1º e 2º Conselhos do antigo Conselho de Contribuintes.

Esclarecemos que – como o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada, e como a cobrança de juros (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC) estava prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcrito – foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária.

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996 (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

A propósito, convém mencionar que o Segundo Conselho de Contribuintes aprovou o enunciado da Súmula nº 3, em 18 de setembro de 2007, nos seguintes termos:

SÚMULA Nº 3 É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária, eis que o art. 34 da Lei nº 8.212/1991 dispunha que as contribuições sociais não recolhidas à época própria ficavam sujeitas aos juros SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Isso está em consonância com o próprio art. 161, § 1º, do CTN, pois havendo legislação específica dispondo de modo diverso, abre-se a possibilidade de que seja aplicada outra taxa e, no caso das contribuições previdenciárias pagas com atraso, a taxa utilizada é a SELIC.

LEI nº 5.172/1966 - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN).

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (g n)

O disposto no art.161 do CTN não estabelece norma geral em matéria de legislação tributária. Portanto, sendo materialmente lei ordinária pode ser alterado por outra lei de igual *status*, não havendo necessidade de lei complementar.

Ainda, conforme estabelecem os arts. 34 e 35, ambos da Lei nº 8.212/1991, **a multa de mora é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias.** Além disso, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei nº 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação, (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

b) quatorze por cento, no mês seguinte, (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação, (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99)

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcèlement, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcèlement somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se

tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança da multa, estando os valores descritos na NFLD, bem como os seus fundamentos legais (fls. 19 a 21), em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, o que é vedado pela Constituição Federal, já que ela seria abusiva e indevida, em atendimento ao princípio constitucional da isonomia, e, em função disso, deve ser relevada, razão não confiro ao Recorrente, já que a multa foi aplicada em conformidade à legislação tributária-previdenciária descrita acima. Ademais, conforme registramos anteriormente, a verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

Logo, essa verificação de que a multa aplicada vai de encontro ao princípio constitucional da isonomia e teria caráter confiscatório, ora pretendida pela recorrente, exacerba a competência originária dessa Corte administrativa, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal.

Registramos que a vedação constitucional quanto ao caráter confiscatório se dá em relação ao tributo e não à multa pecuniária ora discutida pela recorrente, sendo esta última a apreciada no caso concreto. Nesse sentido preceitua o art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Portanto, não possui natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, já que se trata de uma multa pecuniária. Não recolhendo na época própria o sujeito passivo tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento.

A Recorrente insiste na realização da perícia contábil sob o argumento de que os cálculos aplicados no lançamento fiscal não possuem lastro comprobatório e que são aleatórios e descabidos. Essa tese também não prospera, eis que o deferimento de perícia requerida pela Recorrente depende de demonstração das circunstâncias que a motiva. Assim, a perícia só deverá ser concedida com fundamento nas causas que justifiquem a sua imprescindibilidade, pois ela só tem sentido na busca da verdade material.

Logo, somente é justificável o deferimento de pedido de perícia quando se referir a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, que tenha utilidade probatória, relacionada ao objeto que cuida o processo, ou cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos. Por conseguinte, revela-se prescindível perícia contábil que não tenha nenhuma utilidade, eis que não se relacione com o processo ou sobre aspecto que pode ser facilmente esclarecido nos autos, como as matérias constantes dos quesitos apresentados pela Recorrente.

Ademais, verifica-se que – para apreciar e prolatar a decisão de procedência, ou não, do lançamento fiscal ora analisado – não existem dúvidas a serem sanadas, já que, na NFLD com seus anexos (fls. 01 a 37), consta de forma clara os elementos necessários para a configuração do ato administrativo fiscal. Logo, não há que se falar em aplicação de cálculos aleatórios e descabidos no lançamento fiscal.

Verifica-se que o Relatório Fiscal é claro e preciso ao informar os livros e documentos em que foram extraídas as remunerações dos segurados empregados. O Relatório de Fatos Geradores (fls. 16 a 18) apresenta, por competência, as bases de cálculo, a natureza da remuneração paga, a alíquota aplicada e o valor apurado da contribuição social previdenciária adicional. Este valor da contribuição adicional também pode ser visto na coluna “Apurado”, do Relatório Discriminativo Analítico do Débito - DAD (fls. 04 a 08). Ainda o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD (fls.13 a 15) demonstra, para a data da lavratura da NFLD, os valores de multa e dos juros de mora que foram acrescidos ao débito original.

Estão estabelecidos de forma transparente nos autos (fls. 01 a 37) – para o procedimento de lançamento fiscal analisado – todos os seus requisitos legais, conforme preconiza o art. 142 do CTN e art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, tais como: local e data da lavratura; caracterização da ocorrência da situação fática da obrigação tributária (fato gerador); determinação da matéria tributável; montante da contribuição previdenciária devida; identificação do sujeito passivo; determinação da exigência tributária e intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 dias; disposição legal infringida e aplicação das penalidades cabíveis; dentre outros.

Dessa forma, a realização de perícia contábil não é necessária para o deslinde do caso analisado no momento. Nesse sentido, o art. 18 da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/1972) 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 perícia contábil, por considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento foi lavrado na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que teve por base o que determina a Legislação de regência.

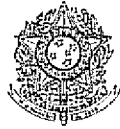
CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

Sala das Sessões, em 21 de outubro de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Relator



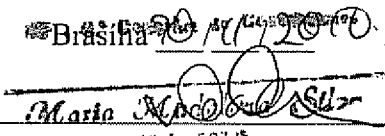
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA – SEGUNDA SEÇÃO
SCS – Q. 01 – BLOCO “J” – ED. ALVORADA – 11º ANDAR EP: 70396-900 –
BRASÍLIA (DF) Tel: (0xx61) 3412-7568

PROCESSO: 36624.009731/2002-09

INTERESSADO: FUNDAÇÃO CESP

TERMO DE JUNTADA E ENCAMINHAMENTO

Fiz juntada nesta data do Acórdão/Resolução 2402-01.275 de folhas ____/____.
Encaminhem-se os autos à Repartição de Origem, para as providências de sua
alçada.

Quarta Câmara da Segunda Seção Brasília, 20/11/2010.  _____ Mário Macêdo Silva RG 58715
