



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

Processo n° 36624.014153/2006-48
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-002.275 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de outubro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente RIPASA S.A. CELULOSE E PAPEL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1996 a 31/07/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - REGULARIDADE DO LANÇAMENTO- INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO PARCIALMENTE ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “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”.

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

A recorrente teve ciência da NFLD no dia 31.10.2006, o período do débito é de 09/1996 a 07/2005. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 09/2001, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS E VÍNCULOS - SÚMULA CARF 88 - PEÇA INFORMATIVA

A Relação de Co-Responsáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais - RepLeg” e a “Relação de Vínculos - VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUXÍLIO-CRECHE - ATO DECLARATÓRIO PGFN Nº 13/2011 - NÃO INTEGRA O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Em razão do disposto no art. 62, parágrafo único, II, a do Regimento Interno do CARF -Portaria Ministério da Fazenda nº- 256, de 22.06.2009, bem como no Ato Declaratório PGFN nº 03/2011, face ao entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição, inclusive com a edição da Súmula nº 310 do STJ que dispõe no mesmo sentido, entende-se que as contribuições sobre os valores a título de auxílio-creche pagos devem ser excluídas do presente lançamento, pois este valores não integram o salário de contribuição.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, nas PRELIMINARES, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso reconhecendo a decadência das competências 09/2001, inclusive, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN. No MÉRITO, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Freitas Souza Costa, Marcelo Magalhães Peixoto e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário** apresentado contra **Decisão-Notificação nº 21.003.0/0033/2007** da Secretaria da Receita Previdenciária / Delegacia da Receita Previdenciária São Paulo Oeste - SP, que julgou procedente o lançamento oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.013.625-0**, no montante de R\$ 233.187,43.

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal o lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social, correspondentes a parcela da empresa, do financiamento da complementação das prestações por acidentes do trabalho — SAT, para as competências até 06/97 e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - RAT, para as competências a partir de 07/97; e as destinadas aos terceiros, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS quais sejam, SESI, SENAI, Salário-educação, INCRA, SENAR e SEBRAE;

Constitui fato gerador das contribuições objeto desta NFLD as remunerações pagas aos segurados empregados, a título de "AUXÍLIO CRECHE", sem a devida comprovação de despesas.

Ainda segundo o Relatório Fiscal, às fls. 167 a 175:

4.1- De acordo com informação da empresa (cópia anexa), não é necessária a comprovação de que a criança frequenta regularmente uma creche, sendo suficiente para o pagamento, a apresentação das certidões de nascimento pelos empregados e o fato de a criança estar na faixa etária estabelecida pela convenção coletiva. Os comprovantes de despesas referentes aos pagamentos de creche para filhos de empregados foram solicitados por TIAD em 10/02/06 e 08/08/06, entretanto, não foram apresentados pela empresa.

4.2- Cabe ressaltar que, no período de 01/96 a 08/96, a empresa recolheu a contribuição à Previdência Social sobre a citada verba.

4.3 — Diante do exposto, tal fato está em desacordo com o inciso IV do art. 1, 2 da Portaria MTb/GM nº 3.296/86, que autorizou o sistema de reembolso-creche e não pode ser enquadrado na hipótese de exclusão prevista na Lei nº 8.212/91, art. 28, §9º, alínea "s".

5- Os valores do Salário -de -Contribuição foram apurados com, base na contabilidade, nas contas a seguir discriminadas, sendo que tais valores foram identificados por empregado, nos códigos "AUXCRECHE" e "DIFAUXCRE" dos arquivos magnéticos da folha de pagamento.

5.1- O Salário-de-Contribuição mensal, lançado nos levantamentos a seguir identificados, encontra-se discriminado por estabelecimento, competência e levantamento no Anexo I —

Demonstrativo de Apuração da Base de Cálculo. Por

- Da decadência:

2.4. invoca a ocorrência da decadência do direito do Fisco em constituir crédito tributário referente aos fatos geradores compreendidos entre 09/1996 e 30/10/2001, já que, conforme entende, o prazo decadencial para constituição do crédito é de 5 (cinco) anos contados do fato gerador da obrigação tributária, nos termos do art. 150, §4º do CTN;

2.5. alega que foi declarada a inconstitucionalidade do caput do art 45 da Lei 8.212/91 já que não atende o disposto no art. 146, III da Constituição Federal (lei complementar);

- Do Mérito — Auxílio-Creche:

2.6. expõe que os pagamentos efetuados sob a rubrica auxílio-creche têm origem na legislação trabalhista (art. 389, parágrafo primeiro da CLT), devendo o empregador assegurar-lhe esse direito mediante manutenção de creches próprias ou convênio na forma estipulada por lei;

2.7. que, entretanto, a Portaria 3.296/86, do Ministério do Trabalho, prevê a possibilidade do empregador indenizar o empregado, sendo que as convenções coletivas ajustaram essa hipótese de indenização;

2.8. aduz, ainda, que a fiscalização não questionou o nome das pessoas que receberam o auxílio-creche, razão pela qual, conforme entende, as mesmas efetivamente tinham o direito que lhes foi assegurado pelo reembolso realizado

2.9. afirma que a simples entrega da certidão de nascimento assegura o direito ao reembolso e isso porque, conforme alega, os demais requisitos não foram objeto de impugnação pela fiscalização;

2.10. justifica que a quantia reembolsada, a título de auxílio creche, tem como objetivo propiciar que a empregada continue a prestar serviços e possa efetuar o pagamento da creche ou babá para cuidar de seu filho;

2.11. insurge-se contra a necessidade imposta pela fiscalização quanto comprovação de despesas já que, conforme alega, o nascimento do filho (certidões em anexo - fls. 350/454), autorizaria tal reembolso previsto nas convenções coletivas;

2.12. afirma, ainda, que os reembolsos realizados a título de auxílio-creche têm natureza assistencial (art. 208, IV da Constituição Federal), indenizatória e não integram o salário-de-contribuição (art 28, §9º, alínea "s" da Lei 8.212/91), razão pela qual não podem ser considerados como base de cálculo de contribuição social. Transcreve jurisprudência do STJ;

2.13. aduz que o indébito do principal torna indevidos o título e valores dos acessórios, como terceiros, juros, correção e multa;

etárias estabelecidas. O monitoramento da idade limite previsto nas convenções coletivas é realizado pelo sistema de folha de pagamento da empresa signatária.

Reitera-se que a fiscalização fundamentou erroneamente a NFLD, o que não foi devidamente compreendido pelo julgador a quo. O princípio da legalidade deixa de ser atendido, quando o fato gerador não é regularmente tipificado, o que impede o exame das questões que dele resultam. A divergência significativa entre o que foi dito pela empresa recorrente e o informado pela fiscalização, justifica que esse Conselho reforme a Decisão Notificação de Procedência de Débito para declarar a nulidade da NFLD.

(ii) Da decadência.

Efetivamente o cerne da discussão versava sobre as disposições estabelecidas no artigo 45 da Lei 8.212/91, como mencionado na decisão. Referido artigo estabelecia que os débitos de contribuições previdenciárias devidas ao INSS poderiam ser flb constituídos até o prazo de 10 (dez) anos.

Diante de todo o exposto, prevalece, para análise da decadência, as disposições estabelecidas no artigo 156, V, combinado com o previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, o crédito tributário, nos termos do artigo 173, do Código Tributário Nacional, se extingue pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos.

Em consequência do exposto, considerando que a recorrente tomou ciência da NFLD em 31 (trinta e um) de outubro de 2006, operou-se a decadência relativamente a todos os fatos geradores anteriores a 30 (trinta) de outubro de 2001. Desse modo, decaiu o direito de o INSS constituir crédito tributário sobre fatos geradores relativos ao período compreendido entre setembro de 1996 e 30 de outubro de 2001 e assim deve ser declarado.

(iii) Da nulidade do lançamento por ausência de fundamento legal – em relação aos co-responsáveis.

Na NFLD consta uma relação de profissionais co-responsáveis, conforme se infere do CORESP. No entanto, a fiscalização não apresentou os fundamentos legais que pretensamente justificariam a co-responsabilidade das pessoas relacionadas, razão pela qual a presente NFLD deverá ser declarada integralmente nula.

No Mérito:

A empregada detém o direito estabelecido no artigo 389, parágrafo primeiro, da Consolidação das Leis do Trabalho, e o empregador tem o dever de assegurar-lhe esse direito, mediante a manutenção de creches próprias ou convênios na forma estipulada por lei.

No entanto, como facultado pela Portaria 3.296, de 3 de setembro de 1986, expedida pelo Ministério do Trabalho, o empregador poderá indenizar a empregada. Desse modo, o direito assegurado à empregada, para estruturar-se como tal, deve estar previsto em convenção coletiva.

O valor pago, a título de auxílio-creche, não tem caráter retributivo ao trabalho prestado. O interesse social de que se reveste o auxílio-creche demonstra efetivamente que o seu pagamento não tem natureza salarial.

Os reembolsos realizados a título de auxílio-creche não integram o salário-de-contribuição, razão pela qual não há a incidência do tributo em questão, conforme previsto no artigo 28, parágrafo nono, alínea "s", da Lei 8.212/91.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Com efeito, temos que a legislação previdenciária expressamente exclui os reembolsos creches da base de incidência da contribuição previdenciária, não integrando, por conseguinte, o salário-de-contribuição.

A recorrente anexou à defesa administrativa as certidões de nascimento, por amostragem, já que não foram impugnadas pela fiscalização as empregadas que foram indenizadas com o reembolso de uma quantia a título de auxílio-creche.

(v) A Recorrente solicita também que:

Pede, por fim, que a presente notificação fiscal de lançamento de débito seja julgada concomitantemente com o Recurso interposto à Decisão de Notificação de Procedência de Débito nº 21.003.0/0034/2007, Processo Administrativo nº 36624.014151/2006-95— NFLD nº 37.013.629-2 que trata da contribuição do segurado, sob o título Auxílio-Creche e com a Decisão 24 Notificação de Procedência de Multa nº

21.003.0/0064/2007, *Processo Administrativo*
36624.014115/2006-95, *AI n° 37.014.917-3.*

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(A) Da violação de princípios constitucionais;******(iv) Da imunidade tributária objetiva imposta pelo texto constitucional – da correta interpretação da Lei 10.101/2000.***

O julgador recorrido deixou de realizar uma interpretação sistemática e teleológica da lei 10.101/2000 e de seu fundamento de validade, o art. 7º, XI, da CRFB/1988.

Alega que não se cogita de declaração de inconstitucionalidade, conforme art. 26-A, Decreto 70.235/1972.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(B) Da regularidade do lançamento.

Analisemos.

Trata-se de **Recurso Voluntário** apresentado contra **Decisão-Notificação nº 21.003.0/0033/2007** da Secretaria da Receita Previdenciária / Delegacia da Receita Previdenciária São Paulo Oeste - SP, que julgou procedente o lançamento oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.013.625-0**, no montante de R\$ 233.187,43.

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal o lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social, correspondentes a parcela da empresa, do financiamento da complementação das prestações por acidentes do trabalho — SAT, para as competências até 06/97 e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - RAT, para as competências a partir de 07/97; e as destinadas aos terceiros, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS quais sejam, SESI, SENAI, Salário-educação, INCRA, SENAR e SEBRAE;

Constitui fato gerador das contribuições objeto desta NFLD as remunerações pagas aos segurados empregados, a título de "AUXÍLIO CRECHE", sem a devida comprovação de despesas.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.013.625-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.013.625-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Não obstante a argumentação da Recorrente, não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, com a clara discriminação de cada débito apurado e dos acréscimos legais incidentes, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. DSE - Discriminativo Sintético por Estabelecimento (que discrimina sinteticamente, por competência e por estabelecimento, as contribuições, atualização monetária, multa e juros);

e. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

f. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

g. CORESP- - Relatório de Co-Responsáveis pelo Débito (que indica todos os co-responsáveis legais pelo debito segundo a época de atuação na empresa no período fiscalizado);

h. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

i. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal;

j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.

k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.

l. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se a NFLD nº 37.013.625-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Desta forma, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento por preterição aos direitos de defesa, pela ausência de fundamentação legal.

(ii) Da decadência.

Efetivamente o cerne da discussão versava sobre as disposições estabelecidas no artigo 45 da Lei 8.212/91, como mencionado na decisão. Referido artigo estabelecia que os débitos de contribuições previdenciárias devidas ao INSS poderiam ser flb constituídos até o prazo de 10 (dez) anos.

Diante de todo o exposto, prevalece, para análise da decadência, as disposições estabelecidas no artigo 156, V, combinado com o previsto no artigo 173 do Código Tributário Nacional.

Desse modo, o crédito tributário, nos termos do artigo 173, do Código Tributário Nacional, se extingue pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos.

Em conseqüência do exposto, considerando que a recorrente tomou ciência da NFLD em 31 (trinta e um) de outubro de 2006, operou-se a decadência relativamente a todos os fatos geradores anteriores a 30 (trinta) de outubro de 2001. Desse modo, decaiu o direito de o INSS constituir crédito tributário sobre fatos geradores relativos ao período compreendido entre setembro de 1996 e 30 de outubro de 2001 e assim deve ser declarado.

Analisemos.

Deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender 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 nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

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 conseqüência, 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, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa 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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva 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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Na hipótese dos autos, o relatório de Documentos Apresentados – RDA, às fls. 83 a 88, apresenta recolhimentos feitos pelo contribuinte entre as competências 04/1997 a 05/2007.

Desta forma, considerando-se o REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARE, adoto o posicionamento de se considerar os recolhimentos antecipados feitos pelo contribuinte por competência e não por rubrica, para efeitos de aplicação do critério de decadência.

Por outro lado, na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.014.912-2, Processo Administrativo-Fiscal nº 10865.001731/2007-31, observa-se que a Auditoria-Fiscal constatou que houve recolhimentos feitos pela Recorrente que foram utilizados em Diligência Fiscal e em sede de decisão de primeira instância para a retificação do crédito tributário.

Desta forma, considero que houve antecipação de pagamento de modo a se aplicar a regra de decadência para os tributos lançados por homologação, insculpida no art. 150, § 4º, CTN.

Verifica-se, da análise dos autos, que:

A recorrente teve ciência da NFLD no dia 31.10.2006, conforme fls. 01.

O período do débito, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 57, é de 09/1996 a 07/2005.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 09/2001, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

(iii) Da nulidade do lançamento por ausência de fundamento legal – em relação aos co-responsáveis.

Na NFLD consta uma relação de profissionais co-responsáveis, conforme se infere do CORESP. No entanto, a fiscalização não apresentou os fundamentos legais que pretensamente justificariam a co-responsabilidade das pessoas relacionadas, razão pela qual a presente NFLD deverá ser declarada integralmente nula.

Analisemos.

Tal matéria acerca do Relatório CORESP, como parte integrante da autuação, encontra-se pacificada no âmbito deste Egrégio Conselho, conforme o disposto na Súmula CARF nº 88, no sentido de que este Relatório tem finalidade meramente informativa.

Súmula CARF nº 88: A Relação de Co-Responsáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais – RepLeg” e a “Relação de Vínculos – VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

DO MÉRITO.

(i) Nulidade da NFLD por erro no Relatório

(iv) Do Auxílio-Creche.

Analisemos.

Quanto ao auxílio creche, este deve ser julgado à luz do recente **Ato Declaratório PGFN nº 03/2011**, face ao entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição, inclusive com a edição da Súmula nº 310 do STJ que dispõe no mesmo sentido, **entende-se que as contribuições sobre os valores a título de auxílio-creche pagos devem ser excluídas do presente lançamento, pois este valores não integram o salário de contribuição:**

ATO DECLARATÓRIO Nº 13 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2118 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 15/12/2011 , DECLARA que:

I – fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem obter a declaração de que não incidem contribuição previdenciária e imposto de renda sobre as verbas recebidas a título de auxílio-creche pelos trabalhadores até o limite de cinco anos de idade de seus filhos e II – ficam revogados os Atos Declaratórios PGFN nº 2, de 27 de agosto de 2010, e PGFN nº 11, de 1º de dezembro de 2008.

Súmula STJ 310:

Órgão Julgador: *PRIMEIRA SEÇÃO*

Data da Decisão: *11/05/2005*

Ementa

O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

Anote-se o disposto no art. 62, parágrafo único, II, a do Regimento Interno do CARF –Portaria Ministério da Fazenda nº 256, de 22.06.2009:

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Desta forma, em razão do disposto no art. 62, parágrafo único, II, a do Regimento Interno do CARF –Portaria Ministério da Fazenda nº 256, de 22.06.2009, bem como no **Ato Declaratório PGFN nº 03/2011**, face ao entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição, inclusive com a edição da Súmula nº 310 do STJ que dispõe no mesmo sentido, **entendo que as contribuições sobre os valores a título de auxílio-creche pagos devem ser excluídas do presente lançamento, pois estes valores não integram o salário de contribuição**:

(v) A Recorrente solicita também que:

Pede, por fim, que a presente notificação fiscal de lançamento de débito seja julgada concomitantemente com o Recurso interposto à Decisão de Notificação de Procedência de Débito nº 21.003.0/0034/2007, Processo Administrativo nº 36624.014151/2006-95— NFLD nº 37.013.629-2 que trata da contribuição do segurado, sob o título título Auxílio-Creche.e com a Decisão Notificação de Procedência de Multa nº 21.003.0/0064/2007, Processo Administrativo 36624.014115/2006-95, AI nº 37.014.917-3.

Analisemos.

Em relação ao Decisão de Notificação de Procedência de Débito nº 21.003.0/0034/2007, Processo Administrativo nº 36624.014151/2006-95— NFLD nº 37.013.629-2 que trata da contribuição do segurado, sob o título título Auxílio-Creche, tal Processo já foi julgado por esta Colenda Turma conforme o Acórdão nº 2403.00278 - 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária em 01.12.2010.

Processo nº 36624.014153/2006-48
Acórdão n.º 2403-002.275

S2-C4T3
Fl. 546

Em relação à Decisão Notificação de Procedência de Multa nº 21.003.0/0064/2007, Processo Administrativo 36624.014115/2006-95, AI nº 37.014.917-3, tal Processo já foi julgado por esta Colenda Turma conforme o Acórdão n.º 2403.00276 - 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária em 01.12.2010..

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NAS PRELIMINARES**, acolher a decadência até a competência 09/2001, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN, e, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO**.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro