



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

Processo nº 37218.001289/2006-42
Recurso nº 147.310 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.826 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de janeiro de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: AJUDA DE CUSTO
Recorrente TECNOSONDA S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIARIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1995 a 01/10/2004

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

AJUDA DE CUSTO. HABITUAL E PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DA ISENÇÃO LEGAL

Desnatura o direito ao benefício da isenção das contribuições previdenciárias, a ajuda de custo paga com habitualidade e de forma permanente, em desconformidade com o previsto no art. 28, §9º, "g", da Lei 8.212/91.

Precedentes deste Conselho de Contribuintes.

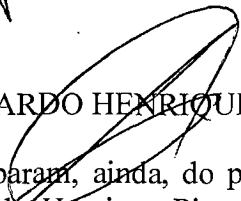
Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, vencido o Conselheiro Edgar Silva Vidal que entendeu que deveria se aplicar o artigo 150, §4º CTN, acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento e, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para descaracterizar a relação indicativa de representantes legais como atributiva de responsabilidade solidária.


JULIO CÉSAR VIEIRA GOMES – Presidente


LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (suplente), Francisco de Assis de Oliveira Júnior, Julio César Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 24/05/2005, em desfavor da Tecnosonda S/A, tendo a Recorrente deixado de recolher as contribuições devidas à Seguridade Social relativa à parte dos empregados, da empresa, do financiamento concedido em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho – SAT e as destinadas a outras entidades (terceiros), referentes a valores pagos a título de “Ajuda de Custo” com habitualidade e de forma permanente, em desconformidade com o art. 28, §9º, “g”, da Lei 8.212/91.

Inconformada, apresentou Defesa às fls. 292/312, tendo a Decisão Notificação de fls. 340/346, julgado totalmente procedente o lançamento.

Assim, ainda irresignada, interpôs Recurso Voluntário tempestivo de fls. 360/381, alegando em síntese:

- a) a necessidade de exclusão dos co-responsáveis;
- b) a nulidade da fiscalização e do lançamento, eis que a concessão dos prazos para apresentação dos documentos foi bastante curto, em descumprimento aos arts. 609 e 610 da IN 100/2003;
- c) a decadência quinquenal dos valores lançados;
- d) não há habitualidade nas ajudas de custo em questão;
- e) requer, ao final, a nulidade da NFLD, bem como prazo para apresentação de novos documentos comprobatórios do seu direito.

Por fim, há Contra-Razões às fls. 452/465, requerendo o não provimento do Recurso Voluntário tendo em vista que não foi trazido qualquer novo elemento pela Recorrente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Sendo tempestivo, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Preliminarmente

Da Decadência

Em preliminar, aduz o Recorrente a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

A decisão recorrida, a seu turno, entendeu que o prazo de decadência de que goza o INSS para constituir seus créditos é de 10 (dez) anos, contados a partir do primeiro dia do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 45 da Lei 8.212/01.

Pois bem. A NFLD em questão foi lavrada em 24/05/2005 e abrange competências de 12/1995 a 10/2004.

Logo, todas as competências anteriores a 12/1999 foram atingidas pela decadência, pois nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

No caso em apreço, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional, artigo 173, inciso I:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito

tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Considerando que a consolidação do crédito previdenciário se deu em 24/05/2005 e que a autuação abrange as competências de 12/95 a 10/04, tenho como certo que todas as competências anteriores a 12/1999 foram atingidas pela decadência quinquenal.

Da Nulidade

Insta demonstrar que não há qualquer indício de nulidade do procedimento fiscalizatório, conforme requerido.

Pois bem. Alega a Recorrente a nulidade ocorrida quando da Ação fiscalizatória, uma vez que o prazo concedido para apresentação dos documentos foi bastante exíguo, em descumprimento aos arts. 609 e 610 da IN 100/2003.

Ora, o intervalo entre o primeiro TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos e a lavratura da NFLD foi de 4 meses, ou seja, ultrapassou bastante o prazo referido na IN 100/2003, que é de 20 dias.

Resta claro, pelos fatos narrados acima, que não merece ser acolhida a preliminar em questão.

DO MÉRITO

A questão cinge-se ao fato de que a Recorrente deixou de recolher as contribuições devidas à Seguridade Social relativa à parte dos empregados, da empresa, do financiamento concedido em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho – SAT e as destinadas a outras entidades (terceiros), referentes aos valores pagos a título de “Ajuda de Custo”, em desconformidade com o art. 28, §9º, “g”, da Lei 8.212/91, sendo inclusive pagas de maneira habitual e permanente.

Depreende-se do Relatório Fiscal de fls. 94/101, que o fato gerador do débito teve como base os valores pagos em folhas de pagamento em relação às rubricas nº 15 (ajuda de custo) e 84 (diferença de ajuda de custo/diária).

De uma rápida leitura da documentação carreada aos autos, denota-se que tais rubricas se incorporavam à remuneração, pois incidiam sobre férias, décimo terceiro, dentre outros, não se confundindo, portanto, com a ajuda de custo prevista no art. 28, §9º, “g”, da Lei 8.212/91.

Ademais, os valores constantes na NFLD foram obtidos através da documentação apresentada pela própria Recorrente à fiscalização, cabendo apenas aquela, caso discordasse das informações constantes nesses documentos, demonstrar onde é que estariam as falhas, trazendo aos autos documentos que atestassem a natureza indenizatória desses valores, e não simplesmente alegar essa situação.

Assim, caso houvesse divergência entre os valores constantes no lançamento e os valores que a empresa entende corretos, bastaria a ora Recorrente comprovar tal divergência nos autos e o processo seria convertido em diligência para averiguação.

Ao contrário do que defende a Recorrente em seu Recurso Voluntário, os demais incisos do art. 28 da Lei 8212/91 tratam de despesas indenizatórias, não tendo a empresa demonstrado, através de quaisquer documentos, em que consistiriam os seus pagamentos, embora tenha lhe sido oportunizado por diversas vezes essa possibilidade, descabendo assim, meras alegações para esse enquadramento.

Ademais, a fim de dirimir essa controvérsia, quanto a essa argumentação, tem-se que vários dos recibos correspondentes a esses pagamentos consta a incidência de 13º salário, férias, o que corrobora com clareza a sua natureza salarial e coloca uma pá de cal na tentativa da Recorrente de dar-lhes caráter indenizatório.

Registre-se ainda, que restou patente o fato de que apesar de a conta contábil se denominar “diárias” e “ajuda de custo”, ao solicitar a demonstração das diárias por segurado, a empresa se furtou a fornecê-la, não conseguindo demonstrar qualquer valor pago a este título ou a título das verbas que ora alega no Recurso Voluntário (verbas de caráter ressarcitório). Sabe-se que os ressarcimentos aos segurados somente podem ser comprovados e considerados como tais mediante apresentação de documentação atinente a efetiva realização de despesas, o que tampouco foi apresentado.

No tocante a documentação trazida na Defesa, por amostragem, há de se firmar que a Recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar o erro no lançamento, tampouco tais documentos servem para determinar diligência ou perícia, como requerido.

Desta feita, visto que a Recorrente não demonstrou os supostos vícios alegados no lançamento, entendo que deve ser repelida a pretensão da Recorrente

Da Exclusão dos Co-Responsabilidade

Quanto à solicitada exclusão dos sócios gerentes, cabe esclarecer que a relação de co-responsáveis anexada aos autos pela Fiscalização, no meu particular entendimento, tem como escopo garantir a possibilidade de inclusão dos sócios da empresa no pólo passivo da obrigação tributária numa futura execução fiscal, e não simplesmente listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa.

O prejuízo aos co-responsáveis é imediato, pois com o exaurimento do contencioso administrativo, o débito lançado será imediatamente inscrito no CADIN, em nome do autuado e também de todos os co-responsáveis listados na relação anexa a NFLD.

No caso da pessoa jurídica contribuinte, ela é quase sempre a responsável pelas suas obrigações tributárias, pois ela, além de ser o sujeito da relação jurídica tributária, tem também, na maioria das vezes, o dever legal de pagar o tributo.

Contudo, a lei prevê que, quando houver inadimplemento da pessoa jurídica, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos pode ser transferida para seus diretores, gerentes ou responsáveis, sob determinadas condições.

É o que determina o comando do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – (...)

II – (...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Pelo referido comando, esta responsabilidade só poderá ser transferida para a pessoa do sócio administrador, para o diretor responsável ou para o representante legal capaz. Além disso, esta transferência só poderá acontecer quando houver prova de que estes praticaram qualquer um dos atos irregulares descritos no *caput* do artigo.

Encerrado o processo administrativo com a confirmação da procedência da dívida e não havendo pagamento, será emitida a Certidão da Dívida Ativa, que fundamentará a execução fiscal. Nela deve constar o nome do responsável pelo pagamento e, caso se tenha apurado alguma irregularidade capaz de imputar aos sócios diretores ou ao representante legal a responsabilidade pelo pagamento, deverá conter a respectiva indicação, posto que nossos tribunais só aceitam a citação dos co-responsáveis cujos nomes estejam mencionados na CDA, e só nessa hipótese, poderá constar o nome do co-responsável.

Sim, pois parte-se do pressuposto de que, como a CDA tem presunção de certeza e liquidez, estando o nome do sócio administrador, do diretor ou do representante nela incluído, presumir-se-á, da mesma forma, que houve uma apuração de responsabilidade no processo administrativo, que garantiu o direito de defesa do incluído.

No entanto, no âmbito das execuções fiscais de contribuições previdenciárias, até a revogação do art. 13, da Lei n. 8.620/93, o chamamento dos co-responsáveis ocorria de imediato, independentemente de restarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa ou da prova da prática de algum dos atos previstos no art. 135 do CTN.

Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça, tem farta jurisprudência determinando que se o nome do co-responsável estiver inscrito na CDA, tal fato é suficiente para a sua sujeição passiva solidária, cabendo ao co-responsável apenas via embargos à execução (cuja oposição é imprescindível a penhora), fazer contra-prova à sua condição de sujeito passivo.

Ressalte-se ainda, que mesmo depois da publicação da Lei 11.941/09, que revogou o art. 13 da Lei 8.620/93, que permitia a responsabilização solidária do co-responsável independentemente da prática de qualquer fato previsto no art. 135 do CTN, o próprio STJ já sinaliza em recentes julgados, que muito embora tenha havido a revogação do dispositivo acima mencionado, ainda assim constando o nome na CDA é cabível a sua inclusão no pólo passivo da execução fiscal até que seja feita prova em contrário.

Logo, resta claro o prejuízo aos co-responsáveis com a sua inclusão na relação anexa a presente NFLD, independentemente da prática de qualquer ato previsto no art.135 do CTN, pois essa relação servirá de base para uma futura inscrição do débito em dívida ativa.

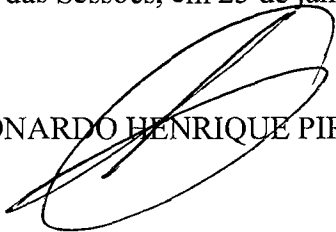
CONCLUSÃO:

Pelo exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, a fim de afastar as competências anteriores a Dezembro de 1999, posto que decaídas, bem como para afastar a co-responsabilidade atribuída aos seus representantes legais..

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de janeiro de 2010

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke, positioned over the printed name.