



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 37280.001839/2005-99
Recurso nº 143.339 Voluntário
Matéria Diferenças de Contribuição
Acórdão nº 206-01.819
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente TELEMAR NORTE LESTE S/A
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

2ª CC/MF Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17.06.09
Maria Edna Ferreris Pinto
Mat. SIAPE 752748

CC02/C06
Fls. 414

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1995 a 30/06/1997

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA
VINCULANTE.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculante aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a) Eduardo Maneira, OAB/MG nº 53.500.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à diferença de contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 26/37), a auditoria considerou que o auto-enquadramento no correspondente grau de risco, efetuado pela notificada não correspondia ao devido. A mesma teria se enquadrado no código SAT 601.050-4 que prevê a incidência de alíquota de 1% (risco leve).

Na revisão do auto-enquadramento, a auditoria fiscal entendeu que as empresas incorporadas pela notificada possuíam mais de uma atividade econômica, e a atividade preponderante estaria representada pelo código SAT 801.050-1 – Instalação e Manutenção de Redes Telefônicas, cujo grau de risco é considerado grave, correspondente à alíquota de 3%.

A auditoria fiscal verificou a existência de atividades econômicas distintas.

A diversidade de atividades foi observada nos estatutos, tanto das empresas incorporadas como da incorporadora, cujos objetos prevêem não somente a exploração dos serviços de telecomunicações, mas também todas as atividades necessárias à execução destes serviços.

Com o objetivo de efetuar o enquadramento da empresa no correspondente grau de risco, a auditoria fiscal dividiu o total de empregados em grupos, de acordo com a atividade econômica exercida pelos mesmos, com base na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, conforme demonstrado nas planilhas correspondentes aos anexos I e II (fls 80/184).

A auditoria fiscal concluiu que os empregados se dividiriam nos seguintes grupos, afora os empregados com cargos de suporte ou administrativos.

SAT 601.505-4 – Serviços de Telecomunicações

SAT 801.050-1 – Instalação e Manutenção de Redes Telefônicas e Telegráficas

A auditoria fiscal concluiu que a atividade preponderante seria a correspondente ao SAT 801.050-1.

Os valores apurados na presente NFLD relacionam-se à empresa incorporada Telecomunicações de Minas Gerais S/A – TELEMIG e foram considerados salários-de-contribuição as diferenças entre o total das remunerações mensais pagas aos segurados empregados, constantes dos resumos das Folhas de Pagamento ora disponibilizados e aquele incluído na NFLD nº 35.477.455-7.

A notificada apresentou impugnação (fls. 186/202), onde suscita que teria ocorrido a decadência do direito de constituir os créditos lançados.

Irresigna-se quanto ao reenquadramento na atividade preponderante efetuado pela auditoria fiscal. Entende que o critério utilizado padece de vício conceitual para fins tributários e teria como suporte apenas a terminologia das atividades eleitas nos graus de risco, sem, contudo, comprovar a área de efetiva prestação de serviços.

Afirma que a definição de Serviços de Telecomunicações abrange, conceitualmente, atividades que a autoridade lançadora, equivocadamente, define como manutenção de redes telefônicas.

Informa que a notificada tem como atividade principal o atendimento à clientela na atividade de conexão das redes já devidamente instaladas, tanto nas dependências residenciais ou comerciais com a rede pública, cujo enquadramento correto encontra-se no código CNAE 6420/3-04 e alíquota de SAT de 1%. As definições das atividades correlacionadas o mencionado código estão descritas às folhas 191.

Alega que, contrariamente ao que considerou a auditoria fiscal, sua atividade preponderante não é a instalação e manutenção de redes telefônicas e telegráficas. Argumenta que o grande contingente de mão-de-obra operacional é focado na conectividade de rede.

Colaciona trecho de sentença exarada na ação Civil Pública nº 0829/2002 – 4ª Vara do Trabalho de Natal, que afirma que “a atividade fim de uma empresa moderna de telecomunicações é garantir a conectividade de seus usuários”. Na referida ação, conceitua-se conectividade como a ação de “fazer trafegar as informações fazendo-as chegar de um ponto a outro com qualidade e um preço justo...É a capacidade que tem um sistema de comandar e gerenciar (rotear) informações de várias fontes fazendo-a intelegível (sic) nos pontos de partida e nos pontos de chegada”.

Ainda na referida ação há a conclusão de que “Não é pois atividade fim de uma Operadora de Telecomunicações ter (ou operar) redes metálicas ou de fibra ótica, ter (ou operar) centrais telefônicas, ter (ou operar satélites), ter (ou manter estrutura física) pertinente (torres, prédios), manter (preventivamente ou corretivamente) sistemas físicos e os façam funcionar.....Se alguma empresa tem estrutura física, é lógico que a utilize. Se não use a de terceiros de tal modo que a relação custo/Benefício seja benéfica para ela, para seus acionistas e para a Sociedade”.

Formula pedido de perícia, com indicação do perito e quesitos a serem esclarecidos.

Finaliza, alegando a inexigibilidade de multa por supostas infrações praticadas por suas sucedidas.

Pela Decisão-Notificação nº 17.003/0043/2006 (fls. 337/346), o lançamento foi considerado procedente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 351/374) onde efetua repetição das alegações já apresentadas em defesa e salienta jurisprudência do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social em que a 2ª Câmara de Julgamentos julgou favoravelmente à recorrente, notificações contra esta efetuadas. Nos acórdãos, a autoridade julgadora manifestou-se pela decretação da extinção dos créditos previdenciários, pois o SAT devido pela recorrida seria calculado à alíquota de 1%.

Após a apresentação de contra-razões (fls. 389/390), a recorrente anexou manifestação (fls. 185/186) salientando a declaração da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, pelo Supremo Tribunal Federal, objeto da Súmula Vinculante nº 8.

É o Relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

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

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

“Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada.”

A constitucionalidade do dispositivo encimado sempre foi objeto de questionamento, seja no âmbito administrativo, como no caso em tela, seja no âmbito judicial.

Em sede do contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade e, considerando que o art. 45 da Lei nº 8.212/1991 encontra-se vigente no ordenamento jurídico pátrio, as alegações a respeito da constitucionalidade do citado artigo não eram acolhidas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Vale lembrar que o art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, em caráter excepcional, autoriza no inciso I do § único, a não aplicação de dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão

plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, que é o caso. O dispositivo citado encontra-se transcrito abaixo:

“Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; (g.n.).”

Apenas o contido no Regimento Interno do Conselho de Contribuintes já autorizaria, nos julgados ocorridos a partir das decisões da Egrégia Corte, declarar a extinção dos créditos, cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo de cinco anos previsto no art. 173 e incisos ou do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conforme o caso, os quais passam a ser aplicados em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991.

Não obstante, ainda é necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

E mais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 01/1995 a 06/1997 e foi efetuado em 12/07/2005, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“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 à 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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de

cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento." (AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006).

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. *Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.*

Omissis.

4. *Embargos de divergência providos.” (EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005).*

No caso em tela, trata-se do lançamento de diferenças de contribuição, restando claro que, aplica-se o § 4º do art. 150, do CTN, para considerar que todo o lançamento está abrangido pela decadência.

Diante do exposto e considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO** para reconhecer que houve a decadência do direito de constituição dos créditos objeto do presente lançamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA