



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

Processo nº 37322.003952/2006-56
Recurso nº 151.155 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.230 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 7 de maio de 2009
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÃO
Recorrente SERVIMED COMERCIAL LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/04/1994 a 30/04/2004

**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 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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1994 a 30/04/2004

DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÃO

A empresa é obrigada a recolher a totalidade das contribuições incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais. Ao constatar que a empresa não efetuou o recolhimento da totalidade das contribuições devidas, a auditoria fiscal efetuará o lançamento das diferenças apuradas

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/04/1994 a 30/04/2004

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

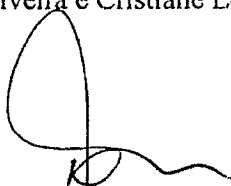
É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da

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.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 07/1999. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira. II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 244/252) informa que os fatos geradores das contribuições lançadas são as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuinte individual, conforme apurado em folhas de pagamento, recibos de férias, termos de rescisão contratual, GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, recibos de pagamento de pró-labore a sócios e livros contábeis quando apresentados.

A auditoria fiscal informa que foram aproveitados no lançamento os valores recolhidos judicialmente nos autos do Mandado de Segurança nº 96.1301851-4, em razão do trânsito em julgado favorável ao INSS e conseqüente conversão de tais depósitos em renda.

Os depósitos convertidos em renda e aproveitados referem-se às competências de 06/1996 a 03/1998.

A notificada apresentou defesa (fls. 275/294) onde alega preliminarmente que teria ocorrido a decadência do direito de constituição de parte do crédito tributário.

Entende que houve cerceamento de defesa, uma vez que a apuração das alegadas irregularidades deu-se com base numa comparação de dados entre os documentos fornecidos pela notificada e os dados constantes do sistema GFIP do INSS e tal comparação não lhe foi apresentada para compreensão.

Assim, como foi prejudicada no momento da fiscalização, a notificada se considera prejudicada no momento da defesa, em razão da NFLD ser omissa, lacônica e ininteligível.

Aduz que o fiscal limitou-se a informar montantes apurados, sem dar ciência de como chegou-se a esses valores.

Quanto às contribuições incidentes sobre o pró-labore, afirma que já haviam sido recolhidas.

Por fim, alega a inconstitucionalidade da taxa SELIC.

A auditoria fiscal manifestou-se (fls. 369), afirmando que não houve qualquer recusa em prestar informações à notificada durante o procedimento fiscal, até porque os dados utilizados foram retirados de informações da própria notificada como folhas de pagamento, registros contábeis e GFIP.

Quanto à insubsistência de contribuição sobre pró-labore, aduz que no relatório de lançamentos constam todos os fatos geradores apurados independente de ter havido

recolhimento ou não. O recolhimento de contribuições, se efetuado, é considerado em relatório específico e considerado no cálculo final das contribuições devidas.

Pela Decisão-Notificação nº 21.423.4/005/2005 (fls. 370/379), o lançamento foi considerado procedente.

Irresignada, a notificada apresentou recurso (fls. 388/478) onde efetua a repetição das alegações de defesa e reforça sua argumentação, efetuando em algumas competências demonstração de que os valores recolhidos seriam maiores que o apurado pela auditoria fiscal.

Em algumas competências, a notificada informa que não apenas efetuou recolhimento em guias, como também efetuou compensação com créditos oriundos dos processos 97.130.6330-9 e 98.130.4774-7, ambos da 2ª Vara da Justiça Federal em Bauru.

Foi emitida Informação Fiscal (fls. 962/986) resultante da análise da documentação juntada.

Intimada da Informação Fiscal, a notificada manifestou-se (fls. 994/996) alegando que a auditoria fiscal teria reconhecido que parte dos depósitos judiciais efetuados pela recorrente foram convertidos em renda e deveriam ser deduzidos da exigência.

Informa que está providenciando o desarquivamento de uma das ações a fim de confirmar que a outra parte dos depósitos efetuados também foram convertidos em renda para o Instituto e possam ser aproveitados.

Quanto às compensações efetuadas nos autos do processo 98.130.4774-7, informa que está providenciando cópia da apelação de sentença que julgou improcedente o pedido, bem como planilha de cálculo dos valores compensados.

Solicita dilação de prazo para apresentação dos documentos comprobatórios a serem retirados dos processos judiciais, cujos desarquivamentos foram solicitados.

Posteriormente, a notificada manifesta-se (fls. 1009/1013), onde informa que quanto ao processo 94.130.3405-5 só foram aproveitados os recolhimentos efetuados em guias específicas com código 0723. No que tange aos demais depósitos, os mesmos só não teriam sido transferidos para a conta do INSS por inércia deste, uma vez que, apesar de não terem sido efetuados em guias com código de receita 0723, foi utilizada a guia de depósito à ordem da Justiça Federal, bastando o INSS peticionar nos autos, requerendo que os valores depositados sejam transferidos para uma conta de sua titularidade.

Apresenta as mesmas alegações no que se refere ao processo 97.130.6330-9.

Junta aos autos cópia do recurso de apelação interposto nos autos do processo 98.1304774-7.

Foi emitida Reforma de Decisão-Notificação nº 21.423.4/288/2006 (fls. 1141/1151) que considerou o lançamento procedente em parte para excluir a rubrica terceiros de todo o período, em relação a todos os levantamentos e estabelecimentos incluídos na NFLD, bem como retificar o lançamento em algumas competências em que se verificou apropriação errada de guias de recolhimento.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 1242/1334) onde efetua a repetição das alegações já apresentadas em defesa.

A SRP apresentou contra-razões (fl. 1338) pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência que deve ser acolhida.

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 8212/91, 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 04/1994 a 04/2004 e foi efetuado em 27/08/2004, 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 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."

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 QÜINQÜENAL. 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, com relação aos mesmos, a recorrente efetuou antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 150, parágrafo 4º do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 07/1999, inclusive.

Quanto à alegada inconsistência dos valores apurados pela fiscalização e da comprovação dos recolhimentos, é necessário tecer algumas considerações.

O lançamento em questão decorreu da verificação entre os fatos geradores apurados na própria documentação apresentada pela empresa e os recolhimentos efetuados pela mesma que não foram realizados em sua totalidade.

Nesse sentido, descabem as alegações de que a recorrente teria direito a verificar os dados trazidos pelo INSS, uma vez que o lançamento não tomou por base valores constantes nos bancos de dados da Previdência, mas documentos da própria recorrente.

Quanto às divergências apontadas em algumas competências pela recorrente, vale ressaltar que boa parte delas já foi considerada insubsistente face à decadência reconhecida.

Nas competências restantes, a recorrente alega que teria efetuado recolhimentos superiores ao apurado pela fiscalização e que tais créditos decorreriam de guias de recolhimento apresentadas, depósitos judiciais efetuados relativamente ao processo 97.1306330-9 e alegadas compensações com créditos oriundos do processo já citado e do processo nº 98.130.4774-7.

Da análise dos cálculos apresentados pela recorrente, a auditoria fiscal manifestou-se no sentido de que a mesma se equivocara ao elaborá-los, uma vez que não levou em consideração todos os levantamentos gerados pela auditoria fiscal o que levou ao falso entendimento de que o valor lançado seria inferior aos recolhimentos efetuados.

Vale esclarecer que quanto à argumentação de que em algumas competências haveria recolhimentos suficientes para desconstituir o lançamento, esta foi acatada pela

auditoria fiscal e confirmada na decisão de primeira instância, haja vista que de acordo com o DADR – Discriminativo Analítico do Débito Retificado, diversas competências, ainda que não abrangidas pela decadência foram completamente excluídas do lançamento.

Quanto aos valores que a recorrente alega terem sido recolhidos judicialmente, cumpre dizer que os depósitos convertidos em renda foram devidamente abatidos no presente lançamento.

Assevere-se que as ações mencionadas têm por escopo o reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança das contribuições destinadas ao FNDE (salário educação) e a decisão de primeira instância já excluiu a totalidade das contribuições destinadas aos terceiros. Portanto, ainda que haja mais depósitos judiciais relativos àquela contribuição, os mesmos não poderiam ser utilizados para abatimento no presente lançamento que só se refere às contribuições patronais destinadas à Seguridade Social.

De igual forma, a recorrente alega que em determinadas competências teria procedido à compensação de créditos oriundos do processo 98.130.4774-7.

Insta salientar que a auditoria fiscal não efetuou glosa de compensações indevidas e não há nos autos prova de que a recorrente tenha efetivado tais compensações. É importante salientar que a compensação eventualmente efetuada tem que ser devidamente registrada pela empresa à época de sua ocorrência, sendo, inclusive, obrigatório que tal informação conste em GFIP.

Entretanto, ainda que a recorrente houvesse formalizado tal compensação, a mesma seria indevida.

Como já argüido, a ação judicial em questão referia-se à discussão sobre a constitucionalidade do salário educação e, mesmo que a empresa tivesse obtido uma decisão favorável, não poderia efetuar compensações com contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social, mas tão somente com as contribuições destinadas ao FNDE.

Ademais, ainda não houve o trânsito em julgado da referida ação, o que por si só, já seria impedimento à realização da compensação, conforme dispõe o art. 170-A do CTN, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001 que dispõe o seguinte:

Art.170-A - É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial

No que tange ao inconformismo pela aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios, melhor sorte não assiste à recorrente.

A taxa de juros SELIC tem a aplicação amparada em dispositivo legal vigente, qual seja, o art. 34 da Lei nº 8.212/1991 e não cabe ao julgador no âmbito administrativo negar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico, sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

Diante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta.



Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que houve a decadência do direito de constituição dos créditos correspondentes às competências até 07/1999, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 7 de maio de 2009


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora