



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

Processo nº 37324.004953/2007-89
Recurso nº 146.671 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.670 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Recorrente FMC QUÍMICA DO BRASIL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/2001 a 30/06/2004

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: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/05/2001 a 30/06/2004

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2001 a 30/06/2004

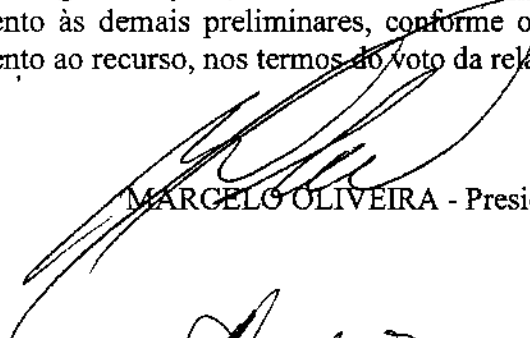
SALÁRIO INDIRETO - AJUDA ALIMENTAÇÃO - DESACORDO COM O PAT

Integram o salário de contribuição os valores pagos a título de ajuda alimentação fornecidos sem a devida adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador ou em desacordo com as modalidades previstas no referido programa, conforme dispõe a alínea "c" do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por maioria de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento, devido à decadência, as contribuições apuradas nas competências até 11/2001, anteriores a 12/2001, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou em aplicar a regra do § 4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento às demais preliminares, conforme o voto da relatora; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Maria da Glória Faria (Suplente).



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, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

O Relatório Fiscal (fls. 63/65) informa que os fatos geradores das contribuições lançadas são os valores pagos a título de alimentação, na forma de tickets, vales, cupons, cheques ou refeições, sem o devido convênio com o PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador do Ministério do Trabalho e Emprego.

A notificada apresentou impugnação (fls. 73/84), onde alega que a notificação seria nula em razão da ausência da descrição clara e precisa dos fatos geradores, o que resultaria em cerceamento de defesa.

Se insurge contra o que entende ser a imputação de responsabilidade aos co-responsáveis, em razão do relatório CORESP – Relação de Co-Responsáveis, bem como contra a inclusão da empresa FMC Chemicals Internacional AG, Suíça, como um dos co-responsáveis.

Entende que teria havido a decadência do direito de constituir parte dos créditos previdenciários.

Afirma que se encontrava devidamente registrada no PAT no período objeto do lançamento, portanto, não poderia subsistir a cobrança feita.

Argumenta que pela Portaria Interministerial nº 05/1999, o órgão gestor do PAT aprovou o formulário oficial de adesão ao programa e determinou que a adesão poderia ser efetuada a qualquer tempo e teria validade a partir da data de registro do formulário de adesão na ECT, por prazo indeterminado.

Diante do contido na citada portaria, a notificada teria preenchido devidamente o formulário e encaminhado através dos correios, conforme comprovam os documentos que junta.

Alega que a jurisprudência tem reconhecido a inaplicabilidade da taxa de juros SELIC, por considerá-la inconstitucional para fins tributários.

Pela Decisão-Notificação nº 21.424.4/0299/2007 (fls. 136/145), o lançamento foi considerado procedente salientando que a inscrição no PAT apresentada não se refere à notificada, mas outra empresa a FMC do Brasil Indústria e Comércio e que a mesma só teria efetuado seu registro no PAT em julho de 2004.

Inconformada, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 151/165) onde efetua a repetição das alegações já apresentadas em defesa e afirma que estava inscrita no PAT.

pois seria sucessora da empresa FMC do Brasil Indústria e Comércio S/A nos direitos relativos aos seus estabelecimentos, que foram integralmente adquiridos pela recorrente em abril de 2001, passando a constituir filiais da recorrente, de modo que a NFLD não pode subsistir.

Os autos foram encaminhados para à segunda instância que pela Resolução nº 206-00.053 (fls 243/248) converteu o julgamento em diligência para que a auditoria fiscal esclarecesse se os estabelecimentos 0002 e 0005, que fazem parte do lançamento em tela, seriam oriundos da sucessão alegada pela recorrente ou não.

Em resposta (fls. 265/267), a auditoria fiscal informou que a recorrente firmou contrato de compra e venda de estabelecimentos com a FMC Technologies do Brasil Ltda. Tal contrato foi formalizado em 15/03/2001 e registrado em cartório em 30/03/2001.

Na mesma ocasião, a recorrente efetuou a segunda alteração contratual (fls. 252/264) em que abre os estabelecimentos adquiridos, sendo que os empregados foram transferidos da FMC Technologies do Brasil Ltda para a recorrente.

A auditoria fiscal afirma que a recorrente não pode ser considerada sucessora da FMC Technologies do Brasil Ltda, uma vez que a segunda ainda está ativa, conforme se verifica pela entrega de declaração de imposto de renda pelo Lucro Real.

Informa, ainda, que de acordo com a Portaria Interministerial nº 5 de 30/11/1999, a inscrição ao PAT é feita no CNPJ da matriz da empresa optante, beneficiando os demais estabelecimentos desta. Assim, não poderia a FMC Química do Brasil Ltda usufruir dos benefícios concedidos pela inscrição no PAT da empresa FMC Technologies do Brasil Ltda.

A recorrente foi intimada da Resolução 206.00.053 e da Informação Fiscal, porém, não se manifestou.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao conhecimento do mesmo.

A recorrente apresenta preliminar de decadência que deve ser considerada.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

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.

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"*

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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. (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.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 05/2001 a 06/2004 e foi efetuado em 04/01/2007, 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 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 contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/2001, inclusive.

Outra preliminar apresentada pela recorrente refere-se ao pedido de que a notificação seja declarada nula, sob o argumento de que a mesma não teria atendido o disposto no art. 37 da Lei nº 8.212/1991 que prevê que a notificação deverá conter a descrição clara e precisa dos fatos geradores.

Não confiro razão à recorrente.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, a mesma também não merece melhor sorte.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, contribuições da empresa, cujas bases de cálculo são os valores pagos a título de alimentação sem a devida inscrição no PAT.

Toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

A recorrente estaria inscrita no PAT por meio da inscrição efetuada pela empresa FMC Technologies do Brasil Ltda, da qual teria adquirido alguns estabelecimentos.

Tal alegação não pode subsistir.

Diante da argumentação acima, o julgamento foi convertido em diligência para esclarecimentos que foram devidamente efetuados pela auditoria fiscal de tal sorte a restar claro que a inscrição eventualmente feita pela empresa FMC Technologies do Brasil Ltda não pode favorecer a recorrente.

Conforme observou a auditoria fiscal, a recorrente não pode ser considerada sucessora FMC Technologies do Brasil Ltda, uma vez que na sucessão há a aquisição do patrimônio, constituído por estabelecimento comercial ou fundo de comércio, onde o adquirente assume o ativo e o passivo de firma ou sociedade.

Como a FMC Technologies do Brasil Ltda permanece em atividade, a compra de alguns estabelecimentos pela recorrente não caracteriza sucessão.

Ademais, conforme dispõe as normativas relativas às instruções sobre a execução do PAT, a adesão não se dá por estabelecimento, mas informando-se o CNPJ da matriz ou centralizador, valendo a adesão para todos os estabelecimentos da empresa.

Observa-se, também, que os fatos geradores referentes ao lançamento em questão ocorreram após a aquisição dos estabelecimentos por parte da recorrente.

Assim, ainda que se tratasse de estabelecimentos adquiridos da FMC Technologies do Brasil Ltda, a adesão ao PAT efetuada por esta não poderia alcançar os estabelecimentos agora de responsabilidade da recorrente que não efetuou a adesão ao PAT no período considerado.

Nesse sentido, o lançamento deve prevalecer.

A recorrente apresenta seu inconformismo face aos acréscimos moratórios decorrentes do lançamento, alegando que os mesmos seriam ilegais e superariam os limites estabelecidos na ordem jurídica.

Não é possível acolher a alegação, pois os acréscimos legais lançados, o foram com base em legislação vigente e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal sob argumento de que o mesmo ofenderia a Constituição Federal ou legislação hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Francheschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DQU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária".

Diante do 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 ocorreu a decadência até a competência 11/2001, inclusive.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de março de 2010



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora





MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

-Processo nº: 37324.004953/2007-89

Recurso nº: 146.671

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.670

Brasília, 19 de abril de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional