



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10167.001626/2007-79
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9202-006.659 – 2ª Turma
Sessão de 22 de março de 2018
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - DECADÊNCIA
Embargante DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PALMAS/TO
Interessado FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO TOCANTINS - UNITINS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO

Devem ser acolhidos os embargos de declaração, ao restar evidenciado que o acórdão embargado, padece de omissão capaz de alterar a decisão proferida.

PROCESSO JUDICIAL POSTERIOR AO LANÇAMENTO. IDENTIDADE DE OBJETO. CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 01.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, para, sanando o vício apontado no Acórdão nº 9202-004.568, de 23/11/2016, alterar a decisão para "por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, para declarar a definitividade do lançamento, em razão da concomitância da discussão nas esferas administrativa e judicial".

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patricia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Miriam Denise Xavier (suplente convocada), Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração, às fls. 2.321/2.322, opostos pela Unidade Preparadora com fulcro no art. 65 e seguintes do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, contra o Acórdão nº **9202-004.568**, de 23/11/2016, fls. 2.298/2.306, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2006

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE UM MESMO FATO GERADOR. APLICAÇÃO DA REGRA DECADENCIAL. ART. 150, §4º DO CTN.

Em se tratando de lançamento de contribuições sobre diferenças de fatos geradores apurados pela fiscalização, correta a aplicação da regra decadencial a luz do art. 150, §4º do CTN, ainda mais quando constatado recolhimento parcial de contribuições sobre fato gerador fundamentado em um mesmo dispositivo legal.

O resultado encontra-se assim espelhado:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em negar-lhe provimento.

Num relato bem sucinto, foi lavrada contra a contribuinte uma NFLD cobrando crédito tributário relativo às competências 06/2000 a 06/2006. A autuada apresentou impugnação, tendo sido julgado o lançamento procedente, fls. 445/447; a autuada, então, apresentou Recurso Voluntário ao CARF. No Acórdão de Recurso Voluntário, fls. 2045/2050, o Colegiado, por unanimidade de votos, I) declarar a decadência até a competência 09/2001; e II) no mérito, negar provimento ao recurso. Portanto, em sessão plenária de 27/4/2010, deu-se parcial provimento ao recurso, prolatando-se o Acórdão nº 2302-00.473, assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/06/2006

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. ENTENDIMENTO DO STJ. ART. 150, PARÁGRAFO 4º DO CTN. DECADÊNCIA PARCIAL.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN.

No caso, houve pagamento antecipado, ainda que parcial, sobre as rubricas lançadas, conforme relatório fiscal (DAD), Assim, aplica-se a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN.

Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial parte dos fatos geradores apurados pela fiscalização.

JUROS CALCULADOS À TAXA SELIC. APLICABILIDADE.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, desse modo foi correta a aplicação do índice pela fiscalização federal.

No sentido da aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de nº 3.

GFIP. TERMO DE CONFISSÃO. ALEGAÇÃO DO CONTRIBUINTE NÃO CORROBORADA POR MEIO DE PROVA.

Conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999 os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela própria declarados em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez. Para fins processuais, alegar sem provar é o mesmo que não alegar.

FUNDAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO ENTRE AS QUE POSSUEM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO DAS QUE POSSUEM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. DISPENSA DE MULTA MORATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode confundir fundação pública, com fundação tendo personalidade jurídica de direito público. Quando se atribui personalidade jurídica a um determinado patrimônio preordenado a um fim social estar-se-á diante de uma fundação.

Nesse sentido a depender do instituidor as fundações dividem-se em privadas e públicas. As fundações privadas são instituídas por pessoas da iniciativa privada, ao passo que as públicas terão como instituidor o próprio Estado.

Dentro das fundações públicas há que se reconhecer uma divisão. Há fundações de direito público e as de direito privado, as primeiras detendo personalidade jurídica de direito público (fundações autárquicas) e estas dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

A recorrente é uma fundação pública, mas com personalidade jurídica de direito privado. A essa espécie do gênero Fundação Pública, sem disposição constitucional específica (v.g.: art. 150, parágrafo 2º e 157, inciso I) ou sem norma legal expressa federal, não se podem estender privilégios próprios da Fazenda Pública, assim entendidas as pessoas jurídicas de direito público.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Continuando, a Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial com o intuito de afastar integralmente a decadência, basicamente, sob o argumento de que não havendo recolhimento antecipado das contribuições previdenciárias referentes às rubricas lançadas, individualmente consideradas, o prazo decadencial computa-se pelo art. 173, I, do CTN. Tal recurso foi conhecido e provido.

Foi então proferido o acórdão **9202-004.568** – em 23/11/2016, ora embargado pela Unidade Preparadora, decidindo pelo não provimento do Resp da Fazenda Nacional.

Cientificado da decisão consubstanciada no Acórdão de Recurso Especial – acórdão **9202-004.568** – em 23/11/2016, a PGFN não apresentou embargos.

No intuito de explicitar o conteúdo dos presentes embargos apresentados pela Unidade Preparadora, transcrevo parte do relatório do Despacho de Admissibilidade de Embargos, de fls. 2332/2335:

O processo foi encaminhado à Unidade Preparadora para realizar a ciência ao contribuinte quanto ao decidido no Acórdão n.º 9202-004.568 Às efls. 2.321 a 2.322, a Unidade Preparadora se manifestou, nos seguintes termos :

"Trata o presente processo de impugnação de Auto de Infração de contribuições previdenciárias (Debcad 35.783.921-8), lavrado em desfavor do contribuinte em referência.

Os autos foram encaminhados a essa Delegacia para ciência do Acórdão n.º 9202-004.568, proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, que negou o recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional (fls. 2298 a 2306).

O recurso especial foi apresentado em razão da inconformidade da Fazenda Pública quanto à decisão proferida no Acórdão n.º 2302-00.473, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF em 27/04/2010, que acatou as alegações do contribuinte e confirmou a decadência das competências 06/2000 a 10/2001, constantes do Decad 35.783.921-8 (fls. 2149 a 2160).

Importa destacar que atualmente o Debcad 35.783.921-8 consta apenas as competências 06/2000 a 10/2001.

Acontece que em setembro de 2011, a Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS impetrou Ação anulatória de débito fiscal em face da União, constituída pelo Debcad objeto da discussão administrativa (35.783.921-8) – ação judicial nº 7140-38.2011.4.01.4300. Os autos foram remetidos para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 25/06/2014 e encontram-se pendentes de julgamento até essa data.

Considerando que a propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública, em qualquer momento, com o mesmo objeto ou objeto maior, implica renúncia às instâncias administrativas, tendo em vista a prevalência das decisões judiciais sobre as administrativas, solicitamos orientação quanto aos efeitos dos Acórdãos proferidos pelo CARF.

Diante dos fatos, retornamos os autos para que a Câmara Superior de Recursos Fiscais se pronuncie quanto aos efeitos dos Acórdãos sobre o Debcad 35.783-921-8: os débitos deverão ser extintos tendo em vista a declaração de decadência das competências 06/2000 a 10/2001 ou deverão ser suspensos, tendo em vista a ação judicial anulatória do débito?"

Os Embargos foram admitidos (Despacho CSRF – 2ª Turma, datado de 29/09/2017 - fls. 511/514), com o encaminhamento à relatora do acórdão ora embargo para relatoria e futura inclusão em pauta, para apreciação pelo Colegiado. Assim, observamos os termos do despacho:

Compulsando os autos, constata-se que foi dado conhecimento ao CARF, em momento anterior a prolação do Acórdão de Recurso Especial, de ação judicial com decisão favorável ao Contribuinte, de deferimento de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão no presente processo.

Não há no acórdão de Recurso Especial prolatado nenhuma referência à ação judicial proposta pelo Sujeito Passivo.

À efl. 2.262 foi anexado Memorando ao Presidente do CARF recebido em 07/11/2011 encaminhando os documentos acostados às efls. 2.263 a 2.268.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora.

Pressupostos De Admissibilidade

Os Embargos de Declaração opostos pelo Contribuinte, inicialmente, atendem aos pressupostos de admissibilidade, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de Embargos de Declaração a fls. 2332. Assim, passar a apreciar a questão.

Da Análise Dos Embargos

Apenas para esclarecer, trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, nº **35.783.921-8**, lavrado contra o contribuinte identificado acima, e tem por finalidade apurar e constituir as contribuições previdenciárias, incidentes sobre os salários de contribuição, em relação aos segurados empregados que serviram de base de cálculo para o lançamento das contribuições previdenciárias, constantes nesta notificação, foram apurados a partir das folhas de pagamento dos empregados, dos termos de rescisões de contrato de trabalho e das GFIP's (Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) apresentadas, documentos estes relativos à Fundação Universidade do Tocantins e às Obras de construção civil. O período do lançamento envolve as competências 06/2000 a 06/2006.

Os embargos foram acatados considerando que foi dado conhecimento ao CARF, em momento anterior a prolação do Acórdão de Recurso Especial, de ação judicial com decisão favorável ao Contribuinte, de deferimento de antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão no presente processo.

Em sede de juízo de admissibilidade entendeu-se que o acórdão é omissivo, posto que não há no acórdão de Recurso Especial prolatado nenhuma referência à ação judicial proposta pelo Sujeito Passivo. Descreve que às efl. 2.262 foi anexado Memorando ao Presidente do CARF recebido em 07/11/2011 encaminhando os documentos acostados às efls. 2.263 a 2.268.

Tendo em vista que em momento algum, foi mencionado no relatório e voto a existência de ação judicial que poderia impactar diretamente na posição do colegiado, e, por consequência, no mérito da questão, entendo que realmente o acórdão padece de omissão, **razão pela qual acolho os embargos.**

Da reapreciação do mérito

Contudo, para que possamos apreciar a correta interpretação adotado no julgado, devemos, primeiramente, identificar o limite da apreciação do recurso especial do acórdão embargado, senão vejamos:

A questão objeto do recurso, refere-se ao acatamento da preliminar referente ao prazo de decadência, para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, considerando que a Câmara a quo aplicou a regra decadência a luz do art. 150, §4º do CTN.

Ou seja, a única matéria objeto de recurso referia-se a aplicação da decadência quinquenal, dessa forma, deve-se avaliar se a ação judicial proposta possui correlação com o julgado. Para tanto, trago informação trazida pelo próprio sujeito passivo da existência de decisão proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara da Justiça Federal do Tocantins, efls. 2.263 a 2.268 :

A FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO TOCANTINS ajuizou a presente AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL em face da UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), objetivando a anulação de créditos tributários (contribuições previdenciárias) constituídos por meio das NFLD - DEBCAD nº 35.783.918-8, 35.783.919-6, 35.783.920-0 e 35.783.921-8.

Aduziu prescrição e decadência, questionando, também, a incidência de contribuição previdenciária sobre: a) a remuneração paga em afastamentos por motivo de doença do empregado; b) o terço constitucional de férias.

Em antecipação de tutela, postulou: a) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; b) que a ré se abstenha de inscrever o débito na Dívida Ativa e de lançá-lo no CADIN e ou no CAUC/SIAFI; c) que a ré, em razão do suposto débito, negue o fornecimento de certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Sustentou que o ente público não está obrigado a garantir a dívida, sendo-lhe de direito a suspensão da exigibilidade do crédito com o ajuizamento da ação.

Ou seja, fato é que a matéria objeto de decisão por meio do Acórdão nº 9202-004.568 - DEBCAD nº 35.783.921-8, qual seja decadência, foi levado ao poder judiciário, o que implica a aplicação do art. 78 do RICARF

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

Com essas informações colacionas, fato é que a ação judicial possui o mesmo objeto deste processo administrativo, aplicando-se ao caso o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80 o qual prevê que a propositura, pelo contribuinte, de ação judicial com o propósito de discutir os termos da relação tributária importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Esse mandamento já foi internalizado por este Conselho por meio da Súmula CARF nº 01:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o

mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

O Professor Marcos Vinícius Neder e a Conselheira Maria Teresa Martinez López, na obra *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado* (Editora Dialética. São Paulo 2010, p. 299) explicam que *a súmula reflete o fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. A todo rigor, inexistente dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.*

Conclusão

Diante do exposto, caracterizada a concomitância, VOTO POR ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com efeitos infringentes, para, sanando o vício apontado no Acórdão nº **9202-004.568, de 23/11/2016**, , alterar a decisão para: DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para declarar a definitividade do lançamento, tendo em vista a concomitância do processo administrativo com a ação judicial.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.