



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

Processo n° 10380.006222/2007-47
Recurso n° 269.350 Voluntário
Acórdão n° 2402-001.759 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de maio de 2011
Matéria CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - COOPERATIVA DE TRABALHO
Recorrente VULCABRÁS DO NORDESTE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 30/04/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI N° 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante n° 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4° 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

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

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

A empresa é obrigada a efetuar o recolhimento da contribuição incidente sobre o valor pago aos contribuintes individuais que lhe prestam serviços

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2000, inclusive, vencido o Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues que reconheceu a decadência até 10/2001.

Ana Maria Bandeira – Presidente em Exercício.

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo, Lourenço Ferreira do Prado, Leôncio Nobre de Medeiros, Tiago Gomes de Carvalho Pinto e Nereu Miguel Ribeiro Domingues. Ausente o Conselheiro Júlio César Vieira Gomes.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, 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 (SEST, SENAT, SEBRAE e INCRA), bem como a contribuição do contribuinte individual, cuja arrecadação e recolhimento passou a ser responsabilidade da empresa após a vigência da Lei nº 10.666/2003.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 231/234), constituem fatos geradores das contribuições lançadas, as remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês aos segurados contribuintes individuais (transportadores autônomos), a prestação de serviços por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho (transporte) à empresa e valores pagos aos segurados empregados a título de participação dos lucros e resultados sem que a empresa houvesse elaborado os instrumentos decorrentes da negociação coletiva.

A auditoria fiscal informa que a base de cálculo pelos serviços de transporte prestados por condutores autônomos de veículos rodoviários correspondeu, para fins de incidência de contribuição previdenciária, o valor resultante da aplicação do percentual de 11,71% (até a competência 06/2001), e 20% (a partir de 07/2001) sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura ou recibo de prestação de serviços.

De igual forma, a base de cálculo pelos serviços de transporte prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de transporte correspondeu, para fins de incidência de contribuição previdenciária, o valor resultante da aplicação do percentual de 11,71% (até a competência 06/2001), e 20% (a partir de 07/2001) sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura ou recibo de prestação de serviços.

A auditoria fiscal lançou, ainda, diferenças de acréscimos legais.

A matriz mantém convênio para recolhimento direto de contribuições para as seguintes entidades: SESI, SENAI e FNDE/SALARIO EDUCAÇÃO.

A notificada teve ciência do lançamento em 24/11/2006 e apresentou defesa (fls. 272/287) onde alega que teria ocorrido a decadência do direito de constituição de parte do lançamento.

Quanto às diferenças de recolhimento de multas no período em epígrafe, entende que sequer seria devida pela Defendente, já que os pagamentos por ela realizados se deram de forma absolutamente espontânea, ou seja, antes de qualquer procedimento fiscal. Desse modo, invoca o benefício do artigo 138 do Código Tributário Nacional, que afasta a penalidade no caso de pagamento espontâneo do tributo.

Alega a inexistência de obrigação de recolhimento da contribuição previdenciária sobre os valores registrados a título de despesas com táxis e ônibus.

Argumenta que não contratou, mesmo que em caráter eventual, os taxistas, tanto que das Contas Razões apontadas, sequer se faz possível extrair a identificação dos contribuintes individuais que pretensamente prestaram serviços à Defendente. As Contas em questão, em verdade, refletem, o reembolso de despesas aos empregados da Defendente que, no curso do trabalho, tomaram táxis para se locomover.

Afirma que lei é clara, a contribuição somente será devida sobre a remuneração dos contribuintes individuais que prestem serviços à empresa, não contemplando, assim, os gastos com contribuintes individuais que tenham prestado serviços a outrem, ainda que seus empregados, sem qualquer controle ou ingerência da Defendente.

Entende que ocorreu equívoco quando da pretensão de tributação dos valores relativos a despesas com ônibus. A uma porque as passagens/bilhetes de ônibus, via de regra, são cobradas por uma pessoa jurídica, logo, descaracterizada a obrigação para com o contribuinte individual. A duas porque é difícil acreditar que a Defendente tenha conseguido contratar um ônibus inteiro para si pela ínfima quantia de R\$ 0,15, por exemplo. As quantias lançadas com despesas de ônibus e indevidamente tributadas pelo I. Agente Fiscal levam à conclusão de que se tratam de despesas com bilhetes de ônibus.

Considera inconstitucional a contribuição sobre valores pagos às cooperativas de transporte, no caso, cooperativas de táxis.

Pelo Acórdão nº 11-20.617 (fls. 868/875 – Vol III) a 7ª Turma da DRJ/Recife (PE) julgou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 882/908 – Vol IV) onde efetua a petição das alegações de defesa.

Posteriormente, a recorrente apresenta pedido de desistência parcial do recurso (fls. 925/926 – Vol IV) relativamente às competências de 11/2001 a 04/2006, inclusive, a fim de incluí-las no parcelamento previsto na Lei nº 11.910/2009.

Em razão do pedido de desistência, o lançamento foi desmembrado, permanecendo apenas as competência de 01/1997 a 10/2001, conforme se verifica no Relatório Discriminativo Analítico do Débito Desmembrado (fls. 932/959).

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 observada.

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 conseqüência, 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 01/1997 a 10/2001, haja vista o pedido de desistência das competências posteriores apresentado, e foi efetuado em 24/11/2006, 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 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 **11/2000**, inclusive.

Após o reconhecimento da decadência, restaram no lançamento as competências de 12/2000 a 10/2001.

Relativamente aos levantamentos, os referentes à diferenças de acréscimos legais e participação nos lucros e resultados foram totalmente atingidos pela decadência, razão pela qual as alegações a respeito não serão argüidas.

A recorrente questiona a constitucionalidade do Inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 que instituiu a contribuição de responsabilidade da empresa de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

Ora, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo fiscal afastar a aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil 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 Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A recorrente questiona a tributação sobre os valores de reembolsos a empregados referentes a pagamentos efetuados a taxistas.

Segundo a recorrente a situação não tem previsão legal, uma vez que os serviços não foram prestados diretamente à recorrente, mas a seus empregados.

A meu ver, não assiste razão à recorrente.

O reembolso de despesas com táxis efetuadas pelos empregados caracteriza que a empresa assumiu como suas tais despesas, situação que se coaduna com a hipótese legal, pela qual incide contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

O serviço prestado no caso foi o transporte de empregados seus em decorrência do contrato de trabalho existente.

Quanto às alegações de existência de valores pagos em relação a passagens de ônibus, a decisão de primeira instância tratou a matéria com o argumento de que as próprias descrições dos históricos dos lançamentos contábeis são no sentido de que se tratava de pagamentos a táxi ou moto-táxi.

Assim, caberia à empresa demonstrar por meio de documentos que os valores contabilizados como despesas de táxi ou moto-táxi, na verdade, seriam despesa de passagens de ônibus, o que não ocorreu, logo não há razão no argumento.

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

Processo nº 10380.006222/2007-47
Acórdão n.º **2402-001.759**

S2-C4T2
Fl. 973

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2000, inclusive.

É como voto.

Ana Maria Bandeira