



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

Processo n° 10680.008736/2007-52
Recurso n° 269.662 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.886 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de novembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CONSTRUTORA EPURA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/05/1999

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QÜINQUENAL - SÚMULA VINCULANTE STF N°. 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n° 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5° 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”.

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

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 01/1995 a 05/1999, o lançamento tendo sido cientificado em 28/12/2005, dessa forma, irrelevante a apreciação de qual dispositivo legal deve ser aplicado, ora o art. 150, § 4°, CTN ora o art. 173, I, CTN, o que fulmina em sua totalidade o direito do fisco de constituir o lançamento, independente de se tratar de lançamento por homologação ou de ofício.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Igor Araújo Souza (suplente) e Jhonatas Ribeiro da Silva (suplente). Ausentes o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato e o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, às fls. 1083 a 1092, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte - MG, Acórdão nº 02-15.258 – 6ª Turma da DRJ/BHE, fls. 1030 a 1044, que julgou procedente em parte a **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº. 35.762.471-8**, oriunda de descumprimento de obrigação tributária legal principal, com valor consolidado de R\$ 228.975,19 (duzentos e vinte e oito mil, novecentos e setenta e cinco reais e dezenove centavos) que foi retificado para R\$ 144.265,94 (cento e quarenta e quatro mil, duzentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 378 a 381, o lançamento refere-se às contribuições devidas pela empresa e as destinadas às outras entidades e fundos (Terceiros), incidentes:

(i) sobre a remuneração paga aos segurados empregados apurada nas folhas de pagamento das obras de construção civil cujo código de levantamento corresponde ao número de identificação atribuído à obra pela empresa — LEVANTAMENTO 08A a 160. Consta, ainda, dos levantamentos 136/149/153 e 156, valores coletados na contabilidade, vez que não foram exibidos à fiscalização todos os documentos que deram origem à totalidade dos registros contábeis efetuados nos centros de custo das referidas obras, na parte relativa à verbas remuneratórias pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados;

(ii) sobre a remuneração paga aos sócios-administradores a título de pró-labore — LEVANTAMENTO PRO;

(iii) sobre as diferenças de acréscimos legais devidos em decorrência de recolhimento de contribuições previdenciárias em atraso — LEVANTAMENTO DAL.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09250551, foi de 01/1995 a 12/2004, às fls. 334 a 335.

O **período objeto do débito**, conforme o Relatório Demonstrativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 51, é de **01/1995 a 05/1999**.

A Recorrente teve **ciência da NFLD** no dia **28.12.2005**, conforme Aviso de recebimento – AR nº SQ 899293202BR, às fls. 388.

A Recorrente apresentou impugnação tempestiva, às fls. 391 a 415, com Anexos às fls. 416 a 1009.

Houve solicitação de Diligência Fiscal às fls. 1013 e posterior emissão de Informação Fiscal às fls. 1015 a 1028.

A instância “a quo” analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente em parte a autuação, fls. 1030 a 1044, conforme a Ementa do Acórdão nº 02-15.258 – 6ª Turma da DRJ/BHE a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1995 a 31/05/1999

DECADÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. EQUÍVOCO NO LANÇAMENTO - RETIFICAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. MULTA. JUROS. TAXA SELIC

É de 10 (dez) anos o prazo para a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos.

Não se constitui cerceamento de defesa quando o lançamento contém todos os elementos necessários ao seu perfeito entendimento.

É fixado em lei o prazo para apresentação de impugnação.

O lançamento do débito deve ser retificado quando for constatada a aplicação equivocada de alíquota, gerando contribuição maior do que a devida.

Compete privativamente ao Poder Judiciário decidir acerca de inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de leis.

As contribuições sociais em atraso, arrecadadas pela Secretaria da Receita Previdenciária, estão sujeitas aos acréscimos legais, nos percentuais definidos pela legislação.

Lançamento Procedente em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente em parte o lançamento, mantendo o crédito exigido na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD nº 35.762.471-8, de 19/12/2005, em seu valor retificado, conforme Discriminativo Analítico de Débito Retificado - DADR.

De acordo com o § 2º do artigo 366 do Regulamento da Previdência — RPS (aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, acrescentado pelo Decreto 6.032, de 01/02/07), c/c o inciso II do artigo 1º da Portaria MPS nº 158, de 11 de abril de 2007, não cabe recurso de ofício ao Conselho de Contribuintes, pois o valor exonerado é inferior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, ressalvado o direito de interposição de recurso

voluntário ao Conselho de Contribuintes, em igual prazo, conforme facultado pelo §1º do artigo 305 do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto nº 3048, de 06 de maio de 1999 c/c a Portaria MF nº 147 de 25 de junho de 2007.

O recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente instruí-lo com prova de depósito administrativo no valor correspondente a, no mínimo, 30% (trinta por cento) do valor da exigência, conforme dispõe o § 1º do artigo 126 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (na redação dada pela Lei 10.684, de 30 de maio de 2003).

Encaminhe-se à Delegacia da Receita Federal de origem para cientificar o contribuinte do inteiro teor do Acórdão e demais providências.

Sala de Sessões, em 17 de maio de 2007.

Inconformada com a decisão da Recorrida, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário tempestivo**, às fls. 1083 a 1092, onde alega, em apertada síntese, que:

Em sede Preliminar:

(i) do depósito recursal;

(ii) da decadência total em função Súmula Vinculante n.º 8, do STF.

No Mérito:

(iii) da inclusão indevida de valores objeto de LDC e de adesão ao REFIS.

(iv) da ilegalidade da taxa SELIC.

(v) da ilegalidade da Multa.

(vi) das indevidas cobranças a título de SAT, 13.º, e de Terceiros - SESI, SENAI, INCRA e SEBRAE.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 1097.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 1097.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, 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.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa 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”

Cumpra ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF 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; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173:

“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. (g.n.)”

Já em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“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.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 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. (g.n.)”*

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

*“Ementa:1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, **em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não***

houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ.1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min.Denise Arruda.,ago/08.) (g.n.)

“Ementa:4. 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). 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. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5.Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) . (g.n.)

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional. Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. (...) 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..” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.) . (g.n.)

Portanto, deve-se identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o art. 173, I, do CTN ou seja o art. 150, § 4º, do CTN para se declarar os efeitos da decadência no lançamento.

Verifica-se, da análise dos autos, que **a cientificação da NFLD** pela Recorrente ocorreu **em 28.12.2005**, conforme Aviso de recebimento – AR nº SQ 899293202BR, às fls. 388., e **o débito** se refere a contribuições devidas à Seguridade Social para **o período 01/1995 a 05/1999**, segundo o Relatório Demonstrativo Sintético de Débito – DSD, às fls. 51.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, tanto nos termos do artigo 150, § 4º, CTN quanto nos termos do artigo 173, I, do CTN.

Processo nº 10680.008736/2007-52
Acórdão n.º **2403-00.886**

S2-C4T3
Fl. 1.103

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, nas preliminares, DAR-LHE PROVIMENTO, face à aplicação da decadência quinquenal, por quaisquer dos critérios adotados no CTN, ora o art. 150, § 4º, CTN, ora o art. 173, I, CTN.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro