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

Processo nº	10680.011305/2007-73
Recurso nº	172.952 Voluntário
Acórdão nº	**2402-01.019 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	7 de julho de 2010
Matéria	CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente	PANDELLI COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida	DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1998 a 31/10/1998, 01/01/2002 a 30/09/2005

NFLD. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS, HOMOLOGAÇÃO E DECADÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS FIXADAS NO CTN. MATÉRIA NÃO ARGÜIDA EM IMPUGNAÇÃO.PRECLUSÃO

I - Segundo a súmula nº 8 do Supremo Tribunal Federal, as regras relativas a homologação e decadência das contribuições sociais, diante da sua reconhecida natureza tributária, seguem aquelas fixadas pelo Código Tributário Nacional, pelo qual aplica-se o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não. II - Considera-se preclusa a matéria não constante da impugnação.

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 reconhecer que ocorreu a decadência e excluir as contribuições apuradas até a competência 11/2001, anteriores a 12/2001, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto da redatora designada. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou em aplicar a regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Redatora designada Ana Maria Bandeira.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente

ROGÉRIO DE LELLIS PINTO - Relator

ANA MARIA BANDEIRA – Redatora Designada

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa **PANDELI COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**, contra decisão exarada pela douta 8ª Turma da Delegacia Regional de Julgamento em Belo Horizonte-MG, a qual julgou procedente a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD, lavrada em razão da empresa ter sido excluída do SIMPLES, por ato da então Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Em seu recurso, sustenta a recorre a decadência parcial do débito, tendo em vista o transcurso do qüinqüídio legal.

Sustenta que a NFLD seria nula, tendo em vista que a exclusão do SIMPLES, motivadora da autuação, teria se dado em razão de participação de um dos sócios em outra sociedade, fato esse não comprovado.

Aduz que na qualidade de empresa de pequeno porte, tem faturamento no patamar exigido para a inclusão no SIMPLES, e que deveria ainda haver a dedução dos valores relativos a contribuições recolhidos pelo mencionado programa, o que não ocorreu.

Assegura que faria jus a estar inscrita no SIMPLES, já que o referido sócio teria se desligado da outra empresa em que tinha participação em 2004, de forma que não poderia se manter o lançamento em exercícios subseqüentes a esse ano.

Contesta a alíquota SAT que lhe é exigida, que na atividade que exerce deveria ser de 1%, e encerra requerendo o provimento do seu recurso.

Sem contra-razões me vieram os autos.

Eis o essencial ao julgamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Inicialmente sustenta a Recorrente a decadência parcial do débito, o que acredito faz com razão.

Sem embargos, é sabido que a questão do prazo decadencial das contribuições sociais, foi objeto de constantes e ácidas discussões tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Analisando a matéria, o E. STJ, por meio de seu plenário, fixou seu entendimento e em decisão unânime, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, reconhecendo a prevalência do prazo quinquenal previsto no CTN.

Na esteira do entendimento exarado pelo STJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, e também de forma unânime, reconheceu o mesmo vício de constitucionalidade que pairava sobre as diretrizes insertas no art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, entendendo que os prazos decadências das contribuições sociais, onde se incluem as previdenciárias, devem respeitar os limites temporais do CTN, norma geral a quem a Constituição atribui a prerrogativa de tratar o tema.

Eliminando as divergências interpretativas que pudesse impedir a aplicação prática dos prazos decadenciais fixados na norma Codificada em relação às contribuições previdenciárias, o STF acabou por editar a súmula vinculante nº 8, impondo a sua observância pelas demais instâncias judiciárias e administrativas. A referida súmula restou vazada nos seguintes termos:

> *"SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO".*

Assim é que, hoje resta inequívoca que a decadência das contribuições previdenciárias, encontram-se reguladas pelas normas e prazos fixados pelo Código Tributário Nacional, não devendo, portanto, qualquer observância às inconstitucionais previsões do art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Se encontra-se resolvida a aplicação do CTN no que tange a decadência das contribuições previdenciárias, o mesmo não se pode dizer em relação a qual regra deve ser aplicada, ou seja, em todas as situações a do § 4º do art 150, cuja contagem (para fins de homologação) se dá a partir da ocorrência do fato gerador, ou se o art. 173, I, que diz que o referido cálculo se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte aquele em que o débito poderia ser constituído.

Em verdade, as contribuições previdenciárias são inegavelmente tributos sujeitos a homologação por parte do Fisco, na medida em que a legislação previdenciária confere ao próprio contribuinte o dever de antecipar o recolhimento dos valores que lhe são reputados, justamente a situação definida no *caput* do art. 150 do CTN.

Como efeito, mesmo em se tratando de tributos ditos homologáveis, parte da doutrina vem reconhecendo, na esteira da jurisprudência do próprio STJ (REsp 757922/SC), que a regra prevista no § 4º do art 150 do CTN, somente se aplicaria naquelas situações onde o contribuinte tenha efetuado algum recolhimento, sobre o qual caberia então ao Fisco pronunciar-se em 05 anos, sob pena de, transcorrido esse prazo, não mais poder constituir o crédito remanescente.

Para os defensores dessa tese, portanto, a contagem do prazo para que a Fazenda Pública efetue a referida homologação a partir da ocorrência do fato gerador, somente ocorre naquelas hipóteses em que o contribuinte tenha recolhimentos. Do contrário, não havendo antecipação alguma por parte do contribuinte, não haveriam valores a serem homologados, e por conseqüência, incidindo a partir de então regra geral de decadência fixada no art. 173 do *Códex*.

Não obstante esse raciocínio, filio-me aqueles que acreditam que o fator preponderante para a aplicação da regra contida no mensurado § 4º do art. 150, diz respeito ao próprio regime jurídico do tributo, de forma que o fato da legislação conferir o dever de antecipação do recolhimento do tributo ao contribuinte, sem qualquer prévia verificação do Fisco, nos é suficiente para a incidência do mencionado dispositivo legal, sendo, em verdade, regra a regular a situação telada.

Desta feita, temos que a nosso ver, e na linha do que diz o abalizado professor Alberto Xavier, in Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, 3ª Ed. Pág. 100, "o que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento," (...) "a linha divisória que separa o art. 150 § 4º do 173 do CTN está, pois, no regime jurídico do tributo (...)".

Sendo assim, e aplicando-se a regra do art. 150 § 4º, nos termos anteriormente expostos, tendo o lançamento sido levado ao conhecimento do contribuinte e **12/04/2007** (fls. 01), entendo que as contribuições até a competência de 03/2002 são inexigíveis, posto terem sido homologadas tacitamente.

No mérito, vale reconhecer que o contribuinte argumenta em sua defesa que a sua exclusão do SIMPLES teria se dado de forma indevida, e atingindo período onde o motivo desencadeador dessa exclusão não mais estaria presente.

Em que pese seu abastado discurso, não creio que caiba a nós neste momento, adentrarmos nos motivos que levaram a empresa a ser afastada do programa simplificado de recolhimento de tributos federais, já que, tal matéria, fora debatida (ou ao menos existiu essa possibilidade), em autos próprios, onde certamente fora garantido ao Contribuinte o direito a ampla defesa, mas que também, levou ao reconhecimento da a época Secretaria Receita Federal em efetuar a referida exclusão.

Frise-se, portanto, que a discussão em torno de ser ou não detentora do direito de efetuar os pagamentos dos tributos federais por meio do sistema simplificado, fora realizada em processo próprio, onde se tratou especificamente desse tema, e, embora seja a autuação em tela, sua conseqüência direta, não há que se discutir aqui o que já fora oportunizado fazê-lo em autos próprios.

Quanto aos demais argumentos do contribuinte, tais como o pedido de abatimento do valor recolhido pelo SIMPLES e a alíquota SAT, não foram tais argumentos

trazidos em sede de impugnação, o que torna preclusa a matéria aduzida, nos termos das disposições do art. 17 do Dec. 70.235/72, que assim giza:

> *Art.17 - Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante*

Dessa forma, por não ter sido ventilados em sua impugnação, não podem tais argumentos serem conhecidas por este Colegiado.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso interposto, para acatar a preliminar aventada pelo contribuinte e reconhecer a extinção das contribuições previdenciárias até a competência de 03/02, e no mérito considerar negar-lhe provimento.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2010

ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Relator

Voto Vencedor

Conselheira Ana Maria Bandeira, Redatora Designada

Ouso divergir do Conselheiro Relator no que tange à contagem do prazo decadencial.

De fato, 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 09/1998 a 09/2005 e foi efetuado em 12/04/2007, 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 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 conseqüência, 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, não se verifica qualquer antecipação, uma vez que trata-se do lançamento da cota patronal contra empresa que recolhia como optante pelo SIMPLES. Portanto, aplica-se o art. 173, inciso I, do CTN.

Sendo assim, voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2001. No mais, acompanho o entendimento manifestado pelo Conselheiro Relator.

É como voto.

Sala das Sessões, em 7 de julho de 2010

ANA MARIA BANDEIRA – Redatora Designada