



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

Processo nº 10920.002898/2007-15
Recurso nº 255.026 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.618 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente PERVILLE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/12/2005

Ementa: DECADÊNCIA PARCIAL–

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

DESISTÊNCIA PARCIAL

A renúncia à utilização da via administrativa para discussão da pretensão ou por desistência é razão para não conhecimento do recurso interposto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em não conhecer da parte que houve pedido de desistência, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por maioria de votos: a) dar provimento ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 01/2002, anteriores a 02/2002, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do(a) Redator(a) Designado(a). Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva e Bernadete de Oliveira Barros, que votaram pelo provimento parcial, pela aplicação do I, Art. 173 do CTN. Redator Designado: Damião Cordeiro de Moraes.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Damião Cordeiro De Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros, bem como a devida pelo produtor rural, pessoa física, incidentes sobre o valor da receita bruta proveniente da comercialização da produção rural.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 694, vol. III), as bases de cálculo das contribuições lançadas foram distribuídas em planilhas, da seguinte forma: Segurado Empregado — SE (fls. 815/881), contemplando pagamentos extra-folha efetuados a trabalhadores registrados como empregados da Notificada e pagamentos efetuados a trabalhadores que foram enquadrados como segurados empregados pela autoridade lançadora; Autônomo/Contrib. Individual (fls. 882/919), Frete Terrestre (fls. 920/927) e Frete Aquático (fls. 928/930), onde constam pagamentos efetuados a segurados contribuintes individuais; e Produtor Rural Pessoa Física (fls. 931/936) discriminando valores pagos a Produtores Rurais Pessoas Físicas na aquisição de sua produção.

A autoridade fiscal expõe, a seguir, os fatos, dados e informações que serviram de embasamento para o levantamento do Débito.

Informa que, apesar de intimada por meio de TIADs, a empresa deixou de apresentar vários documentos de caixa solicitados, ensejando a lavratura do AI competente.

Da análise dos documentos apresentados, a autoridade notificante observou que, nos três estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, a Empresa utilizou-se de artifícios para reduzir o valor da Mão de Obra referente aos serviços a ela prestados, ou seja, registrou custos/despesas com insumos relacionados a material de construção, reforma e manutenção, supostamente fornecidos por Segurados Empregados e Contribuintes Individuais - CIs na execução dos serviços contratados pela Notificada.

O agente lançador relata, ainda, que a empresa não apresentou as Notas Fiscais de Compra de Mercadoria e Notas Fiscais de Entrada de Mercadoria relacionadas aos insumos discriminados nos Recibos de Pagamento dos referidos segurados, e expõe, a seguir, os motivos pelos quais entende que, na realidade, tais insumos eram remuneração de segurados que prestaram serviços à notificada.

Enumera, a seguir, os fatos constatados que, em tese, demonstram que a notificada utiliza-se de meios ilícitos para encobrir Despesas/Custos com Mão de Obra através de suposta aquisição de Insumos/Materiais, principalmente os relacionados à aquisição de material de construção, reforma e manutenção.

Informa que, nos Históricos dos Lançamentos Contábeis, em nenhum momento estão mencionados os insumos discriminados nos Recibos de Pagamento Comuns

apresentados, e que foi constatado, também, a existência de pagamento de valores mensais a determinado segurado, valores esses superiores à remuneração auferida após sua contratação como segurado empregado.

A autoridade fiscal continua seu relato esclarecendo que foram apurados, nos Livros Diários/Razão apresentados pela Empresa, em Contas do Ativo e em Contas de Resultado, diversos lançamentos referentes a remunerações efetivadas a prestadores de serviço pessoas físicas que prestaram serviços à recorrente, cujos documentos de caixa, apesar de solicitados por meio de TIAD, não foram apresentados pela empresa em sua totalidade.

Discorre sobre a caracterização de segurados empregados efetuada, apontado os elementos caracterizadores da relação de emprego encontrados e informando que muitos dos serviços prestados por pessoas físicas estão relacionados diretamente com a atividade fim da notificada, sendo que os nomes dos segurados foram extraídos dos documentos de caixa, e muitos deles estavam ou estão registrados na Notificada como Funcionários.

Discrimina diversos recibos de pagamento e dados extraídos de fichas que registram serviços prestados por pessoas físicas, e informa que foram apurados, nos Livros Diários/Razão, em Contas do Ativo e em Contas de Resultado, diversos lançamentos referentes à compra de Produto Rural fornecidos por Produtores Rurais Pessoas Físicas, sendo que a empresa apresentou apenas parcialmente a documentação de caixa relativo a tais lançamentos.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 07-10.985, da 5ª Turma da DRJ/FNS, (fls. 1.687, vol. 6), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 1.702, vol. 7), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, assevera que, se determina a lei que se tome por base o valor atinente à remuneração do serviço prestado para que sobre este incida a alíquota de 20%, não deverá o contribuinte ou a autoridade fiscal efetuar o cálculo pertinente a este tributo de maneira diversa, sob pena de incorrer em flagrante ilegalidade, e destaca que, a utilização de insumos de forma concomitante à prestação de serviços constitui flagrante irregularidade, devendo ser de todo afastada da presente Notificação de Lançamento de Débito.

Observa que não há prova concreta no sentido de que os insumos indicados serviram para burlar a legislação tributária, sendo a equivocada a tributação destes insumos em sede da Notificação Fiscal em tela.

Ressalta que a suposta maneira de reduzir valor de uma hipotética remuneração, conforme argumento levantado pela autoridade fiscal, seria apenas útil se a empresa recolhesse suas contribuições de acordo com a folha de pagamento, e não sobre a receita proveniente da comercialização de sua produção rural, sendo a acusação levantada contra a Recorrente infundada, não merecendo, portanto, prosperar.

Esclarece que, por tratar-se de ambiente rural, fortemente marcado por atividades laborais que dispensam maiores formalidades para a sua concretização, os serviços prestados não demandam contratos para a sua realização, bem como independem do fornecimento de notas fiscais para comprovação dos gastos atinentes aos materiais empregados nos serviços prestados

Informa que muitos dos habitantes do local são analfabetos e não possuem sequer documentos básicos que permitam a sua identificação, e por mais que exista o comércio

de materiais de construção na região, inexistente qualquer obrigação da empresa recorrente com relação ao recebimento e arquivamento de notas fiscais por parte de seus prestadores de serviços.

Destaca o que discorre a legislação no que tange ao percentual de mão-de-obra existente na prestação de serviços a pessoa jurídica para argumentar que a alegação do Auditor Fiscal de que os valores discriminados nos recibos de prestação de serviço dizem respeito apenas a mão-de-obra, não existindo nos mesmos qualquer valor correspondente aos insumos, e por esse motivo devendo ser considerada como base de cálculo da contribuição previdenciária o valor total do recibo, não pode prosperar.

Requer a revisão do débito, para que o Fisco reconheça como insumo os valores apresentados pela Recorrente, ou, não sendo acatado o presente pedido, que seja determinado um percentual de 50 % concernente à mão-de obra, por analogia.

Alega que o fato de a empresa possuir, em seus arquivos, notas fiscais indicadoras de materiais utilizados em serviços, tais como os prestados nos termos desta notificação, não afasta, por si só, a ocorrência do fornecimento de insumos também por parte dos prestadores de serviços contratados.

Com relação à inexistência de menção, nos registros contábeis e no histórico de lançamentos, da compra de insumos, mencionando apenas retribuição de serviço prestado, esclarece que o erro cometido pela contabilidade da empresa em sua omissão não pode culminar na criação de fato gerador e, conseqüentemente, na exigência de tributos.

Defende que é imprescindível à autoridade julgadora deter-se aos fatos, e não em meras suposições levantadas pelo Auditor Fiscal para validar a NFLD e, se a contabilidade não registrou estas informações, o fez mediante equívoco, o que em nada corrobora para que sejam desconsiderados os insumos, reconhecidamente fornecidos pelos prestadores de serviços, como base de cálculo a contribuição previdenciária

Justifica a ausência de assinaturas informando que o alto índice de analfabetos no local, ainda mais no que se refere aos trabalhadores braçais ali presentes, impede a Recorrente de exigir-las em quaisquer documentos, pois tais prestadores não poderiam entender o que quer dizer recibo, e muitos nem poderiam ler o que estavam assinando.

Insurge-se contra a contribuição ao INCRA, alegando ilegalidade e inconstitucionalidade, e salienta que alguns dos valores lançados nesta NFLD estão sendo também cobrados por meio de NFLD nº 37.060.604-3.

Sustenta que os repasses financeiros realizados pela recorrente para a empresa Cisabrasile Ltda não podem ser legalmente classificados como matéria tributável pelo Fisco Federal, de forma que não se configura como remuneração de qualquer espécie e, sim, operação de mútuo efetuada entre duas pessoas jurídicas, em operação *intercompany*, em razão do Sr. Fábio Perini, sócio da Recorrente, ser, à época, sócio também da empresa Cisabrasile.

Frisa que operações de mútuo pactuadas entre duas pessoas jurídicas, independentemente dos fins a que se destinam, escapam por completo das regras de tributação instituídas pelo art. 22 da Lei 8.212/91, bem como de qualquer outro dispositivo legal que trate da tributação relacionada à Previdência Social.

Discorre sobre as diferenças existentes entre empregados e trabalhadores autônomos, para reforçar o entendimento de que torna-se incabível tributar os autônomos como se empregados fossem, sem que existam elementos que indiquem esta interpretação como adequada ao caso concreto, asseverando que, pelo breve período que estes trabalhadores atuaram e dadas as atividades executadas, nota-se nitidamente que nenhuma relação de trabalho ocorreu, sendo ilegal exigir da empresa Recorrente que efetue recolhimentos tais como se segurados empregados fossem.

Informa que, para evitar quaisquer outras interpretações equivocadas a respeito do assunto, a Recorrente apresenta, em anexo, planilha auxiliar ao material já apresentado em sede de impugnação, apontando os nomes referenciados na planilha anteriormente apresentada, e requerendo que seja afastada a tributação errônea ora indicada perante os trabalhadores indicados com a letra "c" na planilha formadora do anexo I da impugnação apresentada, sob pena de cometimento de flagrante ilegalidade contra a empresa ora Recorrente.

Quanto ao pagamento feito ao escritório de advocacia de nome "Kohler Advogados e Consultores", reitera que trata-se de pagamento a pessoa jurídica, que em nada se compatibiliza com o objeto desta NFLD, e informa que anexa, ao recurso, o contrato de prestação de serviços firmado entre a Recorrente e o mencionado escritório de advocacia, para comprovar a correção da interpretação dada pela empresa.

Lembra que a Recorrente, como produtora rural pessoa jurídica, cumpriu com a sua obrigação principal de recolher a contribuição previdenciária sobre o seu faturamento, uma vez que a atividade desenvolvida nos estabelecimentos 0002/59, 0003/30 e 0004/10 é a extração de piaçava, dendê e coco, sendo que, somente a partir do ano de 2006, iniciou a industrialização da sua produção própria, enquadrando-se como agroindústria.

Afirma que as atividades desenvolvidas pela Recorrente nos Estabelecimentos/Fazendas Ilha de Tinharé, Boipeba e Guarapua, todas localizadas no Estado Bahia, as enquadram, indiscutivelmente, como produtores rurais pessoa jurídica, onde a tributação da alíquota previdenciária, inegavelmente, é incidente sobre a comercialização da produção rural, merecendo reforma, portanto, a decisão proferida em primeira instância, a qual considera ainda como produtores rurais pessoas jurídicas as empresas que exploram esta atividade de forma exclusiva.

Defende que esta interpretação é equivocada, pois nem mesmo as leis mencionadas no acórdão ora atacado definem a exclusividade como regra, e o Decreto 3.048 mencionado, que por sua vez estabelece a exclusividade ora atacada, não observa os limites impostos pela lei que regulamenta, de nº 8.212/91.

Traz conceitos de Produtores Rurais Pessoas Jurídicas e Agroindústria para defender a igualdade de tributações entre elas e conclui que de maneira nenhuma pode prosperar o entendimento do Sr. Auditor Fiscal, no que tange a tributação da alíquota previdenciária sobre a folha de salários, ao invés de incidir sobre a comercialização da produção rural, uma vez que constitui uma verdadeira ilegalidade a distinção da forma de tributação entre produtores rurais que industrializam sua produção (agroindústrias) e os que não industrializam.

Faz um breve histórico da legislação previdenciária desde a Ordem de Serviço nº 159/1997, salientando que é totalmente descabido o entendimento de que o produtor rural pessoa jurídica que exerça alguma outra atividade autônoma, tenha que tributar a sua alíquota previdenciária sobre a folha-de-salários ao invés da comercialização da produção rural

Qualifica de absurdo e ilegal o entendimento trazido nas INs 68/2002 100/2003 e 03/2005, que determinaram a substituição da forma de tributação da comercialização da produção rural para a folha-de-salários para as empresas produtoras rurais que, além da atividade rural, explorar também outra atividade econômica autônoma, reafirmando que a empresa contribuinte sempre cumpriu com sua obrigação principal e acessória como produtora rural pessoa jurídica que é, nos Estabelecimentos/Fazendas Ilha de Tinharé (/0002-59), Boipeba (/0003-30) e Guarapua (/0004-10)

Aduz que, mesmo sendo totalmente descabido o §5º, do artigo 16, da IN 68/2002, jamais poderia o Sr. Auditor Fiscal apontar como débito, na lavratura da NFLD, períodos anteriores à sua vigência, ou seja, 05/2002.

Entende que ocorreu *bis in idem* na aplicação da multa moratória calculada na presente notificação, considerando que foi lavrado Auto de Infração nº 37.060.601-9, pela não apresentação de GFIP, e tanto a NFLD quanto o AI mencionados tomam em consideração um elemento comum para definição do patamar da multa e sua aplicação, qual seja, a declaração de informações.

Finaliza requerendo o acolhimento do Recurso em seu efeito suspensivo, pugnando pela desconstituição de todos os valores considerados devidos ao Fisco Federal na NFLD em questão.

Às fls 1.866, a recorrente apresenta requerimento de desistência parcial de recurso, relativo aos débitos cujo lançamento ocorreu posteriormente a 30 de janeiro de 2002, eis que, ao contrário dos demais, não foram alcançados pela decadência

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Em relação à decadência, verifica-se que a recorrente ingressou com ação judicial ordinária contra o INSS cujo objeto é o reconhecimento da decadência do crédito, cujos fatos geradores ocorreram em período anterior aos cinco anos que antecedem a data da notificação, mencionando que os créditos tributários anteriores à data de 31/12/2001 tiveram sua exigibilidade suspensa.

É fato que as instâncias administrativas não podem analisar matéria objeto de ação judicial, pois o que for decidido no âmbito do Judiciário deverá prevalecer sobre as decisões do CARF, uma vez que as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas e, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não poderia ser analisada na esfera administrativa, pois o que vai valer é o que for decidido na ação judicial proposta.

No entanto, no caso da decadência, já houve uma decisão judicial definitiva, já que o Supremo Tribunal Federal, entendendo 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 nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita 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”*

Cumprе ressaltar que o art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, 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

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

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.).”

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, as autoridades administrativas devem se adequar 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”

Assim, não há como ignorar a decisão do STF no presente processo administrativo fiscal e, sendo a decadência matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

O STJ pacificou o entendimento de 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.

Entretanto, no caso em tela o fato gerador é o pagamento de remuneração não incluídas em folha de pagamento, bem como de segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não fora reconhecido pela empresa, tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, para o qual não houve adiantamento do tributo, caso em que, no entendimento desta Relatora, se aplica o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

***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.

Verifica-se, da análise dos autos, que a ciência da NFLD pelo contribuinte se deu em 16/02/2007, conforme folha 01, do processo, e o débito se refere às competências compreendidas no período de 08/1997 a 07/2006.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências compreendidas entre 08/1997 a 11/2001, inclusive.

Cumprе esclarecer que, para a competência 12/2001, o crédito tributário poderia ter sido lançado em 01/2002, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2003, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal citado acima (art. 173, I, CTN).

Portanto, reconheço a decadência de parte do débito.

Com relação às competências não atingidas pela decadência, verifica-se que a recorrente apresentou petição, protocolada em 26/02/2010, desistindo parcialmente do recurso, ficando o objeto do presente processo restrito aos débitos relativos aos fatos geradores ocorridos anteriores a 30/01/2002.

Dessa forma, não conheço do recurso em relação ao débito lançado a partir de 02/2002, inclusive, tendo em vista a perda de objeto por desistência.

Em relação às competências 12/2001 e 01/2002, não atingidas pela decadência prevista no art. 173, I, transcrito acima, e não objeto do pedido de desistência formulado pela recorrente, cumprе esclarecer que é entendimento da maioria dos membros desta Turma de

Julgamento que, havendo qualquer recolhimento antecipado sobre a folha de pagamento, independente de rubrica ou segurados que não constavam da folha, aplica-se a regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Nesse sentido, para a maioria dos membros dessa turma, todas as competências não objeto de desistência foram alcançadas pela decadência, uma vez que, conforme RDA, houve pagamento antecipado para todas as competências do débito.

Assim, sendo esta Relatora vencida nessa questão, não serão apreciadas as matérias relativas aos fatos geradores lançados em competências que, no entendimento desta Turma, foram atingidas pela decadência.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO que a recorrente apresentou pedido de desistência parcial do recurso,

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO VOLUNTÁRIO para, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO,.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa PERVILLE CONSTRUÇÃO E EMPREENDIMENTOS em face da decisão julgou parcialmente procedente o lançamento referente ao período de 08/1997 a 07/2006.

In casu, com a devida vênia ao posicionamento da ilustre Conselheira Relatora no sentido de que “no caso em tela o fato gerador é o pagamento de remuneração não incluídas em folha de pagamento, bem como de segurados caracterizados como empregados pela fiscalização, cujo vínculo empregatício não fora reconhecido pela empresa, tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, para o qual não houve adiantamento do tributo, caso em que, no entendimento da Relatora, se aplica o disposto no art. 173, do CTN”, esse não é o entendimento que deve prevalecer.

Isso porque, sobre a decadência, cumpre ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, *verbis*:

“(...) Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77,

que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.”

.....

“Súmula Vinculante nº 08:

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.”

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *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.”

Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(…) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“(…) 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o 'primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário,

ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, 'Decadência e Prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199)

(...)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

Compulsando os autos, depreende-se do Relatório de Documentos Apresentados – RDA, que foram analisadas folhas de pagamento, GFIP e GRPS (ff. 524 a 551). Além disso, consta do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, ff. 63 a 631, que a fiscalização examinou livro diário nº 22; livro de registro de empregados; folha de pagamento, GFIP, comprovante de recolhimento e outros. Assim, verifica-se que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

O CARF, por intermédio de uma de suas Câmaras Superiores, corroborou tal entendimento ao aplicar a regra do art. 150, “eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal)”. (Processo nº 36918.002963/200575; Recurso nº 243.707 Especial do Procurador Acórdão nº 920201.418)

Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada ao lançamento fiscal a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

E com base nas informações expostas acima, tendo em vista que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 16/02/2007, referente às contribuições do período de 01/08/1997 a 31/07/2006 ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências **08/1997 a 01/2002**, restando mantidas as competências 02/2002 a 07/2006.

CONCLUSÃO

Processo nº 10920.002898/2007-15
Acórdão nº **2301-002.618**

S2-C3T1
Fl. 8

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para DAR-LHE PROVIMENTO com relação à aplicação da decadência quinquenal prevista no artigo 150, § 4º, do CTN e decotar do lançamento as competências 08/1997 a 01/2002.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado