



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

Processo nº 11330.000679/2007-04
Recurso nº 160.326 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.534 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de fevereiro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS - APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Recorrente DASERRA ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO I/RJ

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/12/2004

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE - DOLO
- REGRA GERAL - INCISO I ART. 173

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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 caso de lançamento por homologação, restando caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I do CTN.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/12/2004

OPÇÃO PELO SIMPLES - RECONHECIMENTO

Se restar comprovado nos autos que a empresa, à época dos fatos geradores estava vinculada ao SIMPLES, é indevido o lançamento de contribuições patronais e destinadas a terceiros nas competências em que se verifica a opção.

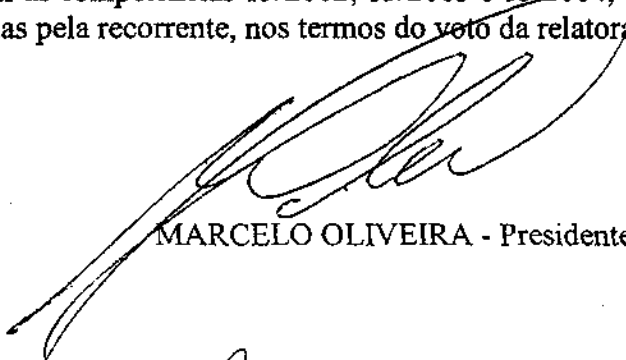
CRÉDITOS - APROVEITAMENTO

Os créditos oriundos de retenções sofridas pela empresa podem ser aproveitados em favor da mesma, tendo em vista todos os estabelecimentos a exceção das obras de construção civil.

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 excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 11/2000 e a competência 13/2000, com fundamento no artigo 173, I do CTN, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que vota em aplicar o §4º, Art. 150 do CTN. II) Por unanimidade de votos: a) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir as competências 13/2002, 13/2003 e 13/2004, em razão do aproveitamento de retenções sofridas pela recorrente, nos termos do voto da relatora.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira (Convocado) e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente).

Relatório

O presente lançamento compreende as contribuições dos segurados devidamente arrecadadas pela empresa e não recolhidas em sua integralidade aos cofres previdenciários.

A auditoria fiscal informa que comunicou o fato à autoridade pública competente, o Ministério Público Federal, em relatório à parte.

A notificada apresentou defesa (fls. 74/85) onde conclui que a notificação em referência fundamenta-se no Ato Declaratório Executivo DRF/VRA nº 443164, de 07 de agosto de 2003 que excluiu a mesma do SIMPLES.

Tece considerações a respeito das razões que levaram à emissão do citado ato.

Informa que protocolou pedido de revisão quanto à exclusão do SIMPLES e que aguarda decisão da autoridade competente.

Considera que havendo o pedido de revisão, o ato declaratório citado não produz efeitos, por essa razão apresentou declarações como optante do referido sistema nos anos de 2002 a 2004, encontrando-se em situação regular perante a Secretaria da Receita Federal.

Quanto à dedução dos valores recolhidos, afirma que o critério utilizado, qual seja, apropriar uma parte como contribuições dos segurados e outra como contribuição da empresa faz nascer um fato que não ocorreu, o não recolhimento de contribuições descontadas dos segurados.

Aduz que as contribuições dos segurados foram consideradas pela auditoria fiscal sem levar em conta as deduções relativas ao salário-família, o que levou a valores superiores aos devidos.

Os autos foram encaminhados em diligência o que resultou no despacho de folhas 336/342, em que a auditoria fiscal reconhece que efetuou as deduções de salário família da notificação correspondente à contribuição patronal, bem como menciona as razões que levaram à ação fiscal e respectivos lançamentos, face à exclusão da notificada do SIMPLES.

Informa as retificações a serem realizadas, por competência.

Intimada do despacho, a notificada não se manifestou.

Pelo Acórdão nº 12-16.602 (fls. 358/364), o lançamento foi considerado procedente em parte para a retificação proposta pela auditoria fiscal.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 374/381), onde alega que a Receita Federal aceitou como tempestivo o recurso apresentado contra a exclusão do SIMPLES e determinou o reingresso da empresa no referido sistema.

Afirma que como empresa optante pelo SIMPLES está desobrigada de recolher as contribuições patronais e as destinadas aos terceiros.

Elabora quadro demonstrativo onde são colocados os valores exigidos na NFLD e os pagamentos efetuados pela MRS Logística S/A relativos à retenções sobre notas fiscais emitidas e conclui que possui um crédito junto à Seguridade Social.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Ainda que não tenha sido questionado pelo sujeito passivo, de ofício, é necessário declarar a ocorrência da decadência, à luz da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal.

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 consequência, 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 05/1998 a 12/2004 e foi efetuado em 16/05/2006, 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 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."

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, ainda que existam alguns recolhimentos, trata-se de situação em que se caracteriza a conduta dolosa da notificada que, embora legalmente responsável, arrecadou e deixou de recolher contribuição de terceiros.

Assevere-se que o Egrégio Supremo Tribunal Federal tem decidido que, ao contrário do crime de apropriação indébita comum, o delito de apropriação indébita previdenciária não exige, para sua configuração o *animus rem sibi habendi*.

Nesse sentido, trata-se de dolo genérico que se caracteriza pela mera vontade livre e consciente da prática da conduta de não recolher aos cofres públicos das contribuições previdenciárias descontadas dos segurados, independentemente de qualquer outra intenção do agente.

A fim de corroborar o entendimento acima, transcrevo a seguinte ementa:

***HC86478 / AC – ACRE**

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 21/11/2006

Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. AÇÃO PENAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUIZO. 1. A discussão sobre ausência de dolo não pode ser revista na via acanhada do habeas corpus, eis que envolve reexame de matéria fática controvertida. Precedentes. 2. Relativamente à tipificação, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "o artigo 3º da Lei n. 9.983/2000 apenas transmudou a base legal da imputação do crime da alínea 'd' do artigo 95 da Lei n. 8.212/1991 para o artigo 168-A do Código Penal, sem alterar o elemento subjetivo do tipo, que é o dolo genérico. Daí a improcedência da alegação de abolitio criminis ao argumento de que a lei mencionada teria alterado o elemento subjetivo, passando a exigir o animus rem sibi habendi". Precedentes. 3. O objeto da ação era o trancamento da ação penal, cuja decisão transitou em julgado. 4. Habeas corpus prejudicado(g.n.)"

No mesmo sentido são as decisões exaradas nos processos RHC88144/SP, RHC 86072/PR e HC 76978/RS.

Portanto, resta afastada a aplicação do § 4º do art. 150 para a aplicação do art. 173 inciso I, ambos do CTN.

Assim, considera-se que ocorreu a decadência até a competência 11/2000, inclusive o 13º do mesmo ano.

Considerando que a maior parte das competências anteriores já haviam sido excluídas pela decisão de primeira instância, o reconhecimento da decadência só se presta a excluir as contribuições relativas à competência 13/2000.

No mérito, a recorrente afirma que teria sido reincluída no SIMPLES após recurso apresentado contra o ato de exclusão.

De fato, a decisão recorrida baseou-se na premissa de que o ato de exclusão da empresa do SIMPLES tinha sido definitivo em razão da intempestividade do recurso apresentado contra o mesmo.

Ocorre que conforme se verifica no Despacho Decisório nº 012/2007 emitido pela então Secretaria da Receita Federal, cópias às folhas 384/386, a autoridade administrativa reconhece que o recurso apresentado não foi intempestivo e conclui que a empresa não poderia ter sido excluído do SIMPLES.

Segundo consta no citado despacho a empresa deveria estar cadastrada no SIMPLES desde 27/02/1998 e deveria ser excluída somente a partir de 01/01/2005, conforme solicitação da mesma.

Restando demonstrado que no período em questão não poderiam ter sido lançadas contribuições patronais e destinadas a terceiros, os créditos que foram aproveitados no lançamento das contribuições patronais, oriundos de retenções sofridas ficam disponíveis e podem ser utilizados para o abatimento das contribuições lançadas na presente notificação.

No entanto, vale ressaltar que conforme estabelece as normativas do órgão, a compensação pode ocorrer entre estabelecimentos da empresa, exceto no caso de obras, conforme se verifica nos trechos abaixo transcritos:

Instrução Normativa RFB nº 900/2008

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subseqüentes. (...)

§ 2º O crédito decorrente de pagamento ou de recolhimento indevido poderá ser utilizado entre os estabelecimentos da empresa, exceto obras de construção civil, para compensação com contribuições previdenciárias devidas. (g.n.)

Instrução Normativa SRP nº 3/2005

Art. 193 Caso haja pagamento de valores indevidos à Previdência Social, de atualização monetária, de multa ou de juros de mora, é facultado ao sujeito passivo optar pela compensação ou pela restituição na forma da Seção II deste Capítulo, observadas, quanto à compensação, as seguintes condições: (...)

§ 1º O crédito decorrente de pagamento ou de recolhimento indevido poderá ser utilizado entre os estabelecimentos da empresa, exceto obras de construção civil, para compensação com contribuições sociais previdenciárias devidas, desde que a compensação seja declarada em GFIP.

Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003

Art. 202. Havendo pagamento de valores indevidos à Previdência Social, de atualização monetária, de multa ou de

juros de mora, é facultado ao sujeito passivo optar pela compensação ou pela formalização do pedido de restituição na forma da Seção II deste Capítulo, observadas, quanto à compensação, as seguintes condições: (...)

§ 1º O crédito decorrente de pagamento ou de recolhimento indevido poderá ser utilizado entre os estabelecimentos da empresa, exceto obras de construção civil, para compensação com contribuições sociais previdenciárias devidas, desde que a compensação seja declarada em GFIP.

Analisando-se as cópias das guias juntadas, verifica-se que todos os recolhimentos foram efetuados no CNPJ 0001, assim, os créditos retidos servem para exclusão do lançamento no mesmo CNPJ das competências 13/2002, 13/2003 e 13/2004.

Quanto às competências 01/2003 a 06/2003, as contribuições lançadas referem-se a fatos geradores ocorridos em obra de construção civil, não sendo possível o aproveitamento.

Relativamente às demais competências constantes da presente NFLD, o lançamento deve prevalecer, uma vez que, de fato, não há recolhimentos suficientes para que possam ser excluídas.

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

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para reconhecer que ocorreu a decadência relativa à competência 13/2000, bem como para excluir as competências 13/2002, 13/2003 e 13/2004, em razão do aproveitamento de retenções sofridas pela recorrente.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de fevereiro de 2010


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora





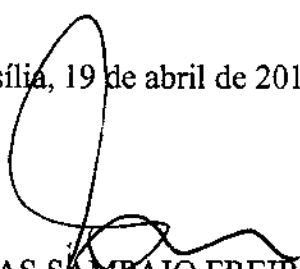
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

-Processo nº: 11330.000679/2007/04
Recurso nº: 160.326

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.534

Brasília, 19 de abril de 2010


ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional