



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

Processo nº 11474.000152/2007-37
Recurso nº 252.498 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.669 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de abril de 2011
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - GRUPO ECONÔMICO
Recorrente CONTABILIDADE J. MAINHARDT LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/03/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

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 o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

Recurso Voluntário Provido

Processo nº 11474.000152/2007-37
Acórdão n.º **2402-001.669**

S2-C4T2
Fl. 2.795

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso para, na parte conhecida, dar provimento

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (Presidente), Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo e Igor Araújo Soares. Ausentes os Conselheiros Lourenço Ferreira do Prado e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA).

O contribuinte foi intimado do lançamento em 28/08/2006.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 104/112 – Vol I) constituem fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados das empresas PNP Informática e Cobranças Ltda, CNPJ 78.843.208/0001-60 - PNP, R. C. Cobrança e Informática Ltda, CNPJ 04.096,845/0001-8 - RC e K. Werner Serviços Ltda, CNPJ 03.702.939/0001-96 – K. WERNER, que efetivamente laboraram na notificada, caracterizados, pela fiscalização, para fins previdenciários, como empregados da empresa Contabilidade J. Mainhardt Ltda, CNPJ 82.765462/0001-64, discriminadas em folha de pagamento e GFIP daquelas empresas.

As contribuições dos segurados foram devidamente recolhidas pelas citadas empresas.

Foram considerados integrantes do mesmo grupo econômico de fato as empresas:

- K. Werner Serviços Ltda
- Mainhardt e Associados S/C Ltda
- Contabilidade J. Mainhardt Ltda.
- PNP Informática e Cobranças Ltda
- R. C. Cobrança e Informática Ltda

À exceção da K. WERNER, todas as empresas acima apresentaram impugnação e pelo Acórdão nº 07-10.657 (fls. 2310/2318 – Vol VIII), a 6ª Turma da DRJ – Florianópolis (SC), considerou o lançamento procedente.

De tal decisão, foi intimada, tão somente a empresa Contabilidade J. Mainhardt Ltda, a qual apresentou recurso tempestivo (fls. 2331/2384 – Vol IX) e posteriormente manifestação (fls. 2751/2756 – Vol XI), onde apresenta as seguintes alegações:

Que a decisão recorrida seria nula pelo indeferimento da perícia contábil, bem como da tomada a oitiva de testemunhas, procedimentos que a notificada entende serem fundamentais para comprovar a improcedência das alegações da auditoria fiscal.

Também alega nulidade sob o argumento de incerteza e iliquidez do crédito, uma vez que não foram abatidos os valores recolhidos pelas empresas optantes pelo SIMPLES.

Outra nulidade apontada pelo recorrente seria o fato de se consubstanciar em novo lançamento, o resultado da diligência efetuada antes da decisão de primeira instância.

Aduz que o lançamento foi pautado em meras presunções, aliás, menos do que isto, impressões da autoridade notificante. Esta, a bem da verdade, com todo o respeito, não se desincumbiu, nem de longe, de comprovar o que estava alegando.

Entende que com a emissão do Relatório Complementar houve modificação do lançamento sem amparo nos arts 145 ou 149 do Código Tributário Nacional – CTN.

Alega a decadência dos valores relativos à competência de agosto de 2001 e anteriores e que o INSS não tem competência para estabelecer vínculo empregatício.

Argumenta falta de competência do INSS para proceder à cobrança de tributos em relação a empresas enquadradas no SIMPLES.

Alega que a então Secretaria da Receita Federal anuiu sobre o enquadramento das empresas em questão no SIMPLES e que a tributação retroativa de valores fora do sistema simplificado ofende o primado da irretroatividade tributária e também do ato jurídico perfeito.

Aduz que as empresas Contabilidade J. Mainhardt (notificada), PNP Informática e Cobranças, R. C. Cobrança e Informática e K. Werner Serviços, bem como J. Mainhardt & Associados S/S, pessoas jurídicas autônomas, distintas e independentes uma das outras, estando todas elas em plena atividade, cada qual possuindo contrato, quadro social, faturamento e funcionários próprios, estando ainda devidamente registradas nos órgãos competentes, inclusive INSS e Secretaria da Receita Federal, e arcando em dia, e em nome próprio, com todas as obrigações comerciais, fiscais e trabalhistas assumidas, infere-se, data venha, que as conclusões emanadas no processo não passam de meros indícios e presunções.

Argumenta que não há grupo econômico entre as empresas em questão e que a transferência de empregados entre as empresas é irrelevante para a configuração do grupo.

Alega que não há os requisitos da relação de emprego entre a notificada e os empregados e que a PNP Informática e Cobranças, a R. C. Cobrança e Informática e a K. Werner Serviços é que são sucessoras e responsáveis pelos vínculos trabalhistas assumidos com as transferências de funcionários procedidas pela Contabilidade J. Mainhardt, e não o contrário.

Entende que devem ser abatidos da presente notificação os valores recolhidos pelas empresas optantes pelo SIMPLES.

Argumenta que a contribuição do INCRA deve ser excluída da presente NFLD.

Posteriormente, a notificada se manifesta alegando que com a edição da Medida Provisória nº 449/2008, que alterou o art. 35 da Lei nº 8.212/91, e incluiu o art. 35-A nesta Lei, a multa no âmbito das contribuições previdenciárias e a terceiros deve ficar limitada

a 20%, quando declaradas em GF1P, e a 75%, quando houver lançamento de ofício, por aplicação dos arts. 44 e 61 da Lei nº 9.430/96, pela aplicação do art. 106 do CTN.

O recurso teve seguimento por força de decisão judicial.

Os autos foram encaminhados a este Conselho que pela Resolução nº 2402-00.076 (fls. 2759/2761 – Vol XI) converteu o julgamento em diligência para que as demais empresas integrantes do grupo econômico que tiveram impugnação julgada em primeira instância fossem intimadas do acórdão proferido para apresentação de recurso.

As empresas PNP Informática e Cobranças Ltda, RC Cobrança e Informática Ltda, K. Werner Serviços Ltda e J. Mainhardt & Associados Ltda apresentaram única manifestação (fls. 2765/2766 – Vol XI) onde alegam que, conforme demonstra o documento em anexo, em 26 de fevereiro de 2010, a Contabilidade J. Mainhardt apresentou requerimento de desistência parcial, nos moldes do Anexo I, da Portaria RFB-PGFN nº 6/2009.

Dessa feita, remanesce a discussão da dívida apenas e tão somente em relação às competências de julho de 2001 e anteriores, para as quais pleiteia o reconhecimento da decadência, conforme impugnações interpostas e recurso apresentado pela Contabilidade J. Mainhardt, ao qual, as demais empresas aderem integralmente na parte em que não foi objeto de desistência.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

Os recursos são tempestivos e não há óbice ao seu conhecimento.

Observa-se que consta dos autos, à folha 2.767 – Vol XI, formulário de Requerimento de Desistência ou Impugnação de Recurso Administrativo, formulado pela Contabilidade J. Mainhardt Ltda, no qual apresenta a desistência parcial do recurso interposto no presente processo administrativo.

A desistência parcial refere-se às competências de 08/2001 a 03/2006 e segundo a empresa esta continuaria a discutir os valores relativos à competência 07/2001 e anteriores que no seu pensar estariam decaídas.

Nesse sentido, conhece-se parcialmente do recurso da Contabilidade J. Mainhardt Ltda apenas quanto à discussão da decadência.

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 07/2000 a 03/2006 e foi efetuado em 28/08/2006, 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, trata-se da caracterização de empregados, originalmente vinculados a empresas optantes pelo SIMPLES, os quais a auditoria fiscal considerou estarem verdadeiramente vinculados à empresa Contabilidade J. Mainhardt Ltda.

Assevere-se que a auditoria fiscal informa que as empresas optantes pelo SIMPLES teriam efetuado o recolhimento das contribuições dos segurados empregados, razão pela qual não foram objeto de lançamento.

A empresa em seu recurso também alega que as empresas optantes pelo SIMPLES teriam sido constituídas dentro da legalidade e procediam ao recolhimento dos tributos devidos.

O SIMPLES é um sistema de tributação simplificado que permite que as empresas a ele vinculadas possam recolher um valor único que substitui uma série de tributos, dentre os quais a cota patronal da contribuição previdenciária.

Ora, se as empresas optantes pelo SIMPLES fizeram seus recolhimentos de acordo com o determinado pela legislação, no montante recolhido está compreendido o valor da contribuição relativa ao serviço prestado pelos segurados empregados que foram caracterizados como sendo da empresa Contabilidade J. Mainhardt Ltda.

Assim, verifica-se que ainda que por intermédio dos recolhimentos efetuados pelas empresas optantes pelo SIMPLES, pode-se considerar que os valores recolhidos a título de contribuição previdenciária, representa antecipação do pagamento de contribuições incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados em questão.

Nesse sentido, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até **07/2001**, inclusive, uma vez que o lançamento ocorreu em 28/08/2006.

Como houve a desistência expressa da empresa Contabilidade J. Mainhardt Ltda do recurso apresentado relativamente às competências 08/2001 a 03/2006, nada mais há a ser enfrentado.

Processo nº 11474.000152/2007-37
Acórdão n.º **2402-001.669**

S2-C4T2
Fl. 2.803

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

Voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DOS RECURSOS e na parte conhecida DAR-LHES PROVIMENTO para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 07/2001, inclusive.

É como voto.

Ana Maria Bandeira