



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

Processo n° 11634.000346/2008-33
Recurso n° 000000 Voluntário
Acórdão n° **2402-002.405 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 07 de fevereiro de 2012
Matéria TERCEIROS
Recorrente PROTEC ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/03/1999 a 30/06/2005

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

MATÉRIA SUB JUDICE – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RENÚNCIA

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período lançado pelo artigo 150, §4º do CTN; no mérito, manter os demais valores

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes às contribuições as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA), bem como a contribuição incidente sobre valores pagos a contribuintes individuais depositadas em juízo.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 69/73), constituem fatos geradores das contribuições lançadas, as remunerações pagas aos segurados empregados através de Folhas de Pagamentos, Rescisões de Contrato de Trabalho, Recibos de Férias, (segurados empresários), e declaradas em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação a Previdência Social — GFIP.

É informado que a empresa fiscalizada esteve vinculada ao SIMPLES através de liminar — Processo 982010364-9, 2ª Vara Federal, de 01/1997 a 02/1999, após esse período, entrou com vários recursos, os quais foram indeferidos, no entanto, continuou informando em GFIP como se optante fosse e abstendo-se de recolher a parte patronal e a destinada aos terceiros.

A auditoria fiscal informa que foram deduzidos do débito, mês a mês, os recolhimentos efetuados em Guias de Recolhimento da Previdência Social- GRPS e Guias da Previdência Social-GPS, bem como os valores depositados em juízo, referente o período em que a empresa, reclamava judicialmente sua adesão ao SIMPLES.

A atuada teve ciência do lançamento em 06/06/2008 e apresentou defesa (fls. 79/90) onde alega que já teria havido a consumação da decadência do direito de lançar, e, ainda, a totalidade dos valores lançados teriam sido devidamente depositados em juízo e pagos, não havendo qualquer diferença a ser exigida.

Relativamente às competências de 12/2000 a 07/2002 — Pro Labore — informa tratar-se de valores integralmente depositados em juízo e as supostas diferenças apuradas no período são referentes à contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga aos administradores da impugnante a título de *pró-labore*.

A atuada informa que tais diferenças teriam sido integralmente depositadas em conta judicial vinculada aos autos nº 98.201.0364-9 da 2ª Vara Federal de Londrina.

Argumenta que o referido processo judicial é um mandado de segurança que foi movido pelo Sindicato das empresas de serviços contábeis de Londrina, por meio da qual pretendia garantir aos escritórios de contabilidade de Londrina o direito de optarem pelo SIMPLES, razão pela qual a impugnante efetuava o depósito em juízo das diferenças entre o sistema normal de tributação e o SIMPLES, efetuando o recolhimento normal daquilo que seria devido considerando-se o SIMPLES.

Alega que houve equívoco na base de cálculo na competência 08/2004 e que nas competências de 10/2004 a 06/2005 as diferenças apuradas pela fiscalização importam

em R\$ 0,01 (um centavo de real) em cada mês, conforme se vê do DAD, sendo, portanto, desprezíveis.

Quanto às diferenças de Salário Educação, informa que tais diferenças, relativas às competências de 03/1999 a 11/2000 foram depositadas integralmente em conta judicial vinculada aos autos nº 97.201.3678-2 da 2ª Vara Federal de Londrina, por meio do qual a impugnante contestava a constitucionalidade desta contribuição. Esses depósitos se deram até 11/2000 quando a Justiça entendeu ser a contribuição constitucional.

A partir de então, a atuada passou a depositar tais valores em juízo com base na ação pela qual discutia o direito de se vincular ao SIMPLES.

A atuada informa que calculava o valor das contribuições previdenciárias devidas pelo sistema normal, e também pelo SIMPLES, procedendo ao recolhimento do valor que entendia ser devido pelo SIMPLES, e depositando em juízo a diferença entre um sistema e outro.

Também a contribuição destinada ao INCRA foi recolhida em juízo em razão da mesma ação judicial que discutia a possibilidade de inclusão da empresa no SIMPLES.

Relativamente às contribuições destinadas ao SESC, SENAC e SEBRAE, a atuada inicialmente efetuou os depósitos em juízo com base na ação de inclusão da empresa no SIMPLES, especificamente até a competência 12/2001.

No entanto, das competências de 01/2002 até 07/2004 estas contribuições passaram a serem depositadas no processo judicial no qual a impugnante contestava a constitucionalidade destas, autos nº 2001.70.01.005722-0 da 1ª Vara Federal de Londrina.

Considera ilegal o lançamento face à existência do depósito integral dos valores e que os créditos estariam com a exigibilidade suspensa.

Após análise da defesa, a 5ª Turma da DRJ Curitiba (PR) elaborou despacho (fls. 279) onde solicitou que a empresa apresentasse comprovação de que efetivamente fazia parte do Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis de Londrina e que, em obediência ao art. 16 do Decreto 70.235/72, juntasse nos autos cópias das petições iniciais de todos os processos por ela citados (98.201.0364-9, 2001.70.01.005722-0 e 97.201.3678-2 - da Justiça Federal em Londrina).

A recorrente atendeu à solicitação e pelo Acórdão 06-24.155 (fls. 384/386) a 5ª Turma da DRJ/Curitiba (PR) manteve o lançamento em sua integralidade.

Contra tal decisão, a atuada apresentou recurso tempestivo (fls. 390/404) onde efetua a repetição das alegações de defesa.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência que deve ser observada.

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 **03/1999 a 06/2005** e foi efetuado em **06/06/2008**, 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 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 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, verifica-se que entre as competências 11/2002 e 05/2003, interregno entre o período decadencial estabelecido pelo art. 173, inciso I e art. 150, = 4º, ambos do CTN, houve aproveitamento de valores em todas as competências, caracterizando a antecipação de pagamento e por consequência a aplicação do § 4º do art. 150 do CTN para o cálculo da decadência.

Assim, considera-se que ocorreu a decadência até a competência **05/2003**.

Com o reconhecimento da decadência parcial, o levantamento CDJ relativo às diferenças de contribuições que teriam sido depositadas em juízo incidentes sobre os valores pagos a título de pró-labore, restando no lançamento os valores relativos a terceiros.

No mérito, verifica-se que a recorrente discute perante o Poder Judiciário obrigatoriedade de recolhimento das contribuições destinadas aos terceiros, Salário Educação, INCRA, SENAC, SESI e SEBRAE.

Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário entendo importante tecer algumas considerações.

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.”

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (*trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública*):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

"Art.126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

No entanto, a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

Nesta instância administrativa, tal questão já se encontra definida na Súmula nº 01 do CARF, publicada no DOU de 07/12/2010

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

A recorrente alega que na competência 08/2004 houve equívoco por parte da auditoria fiscal na apuração da base de cálculo, uma vez que esta teria considerado um valor de R\$ 28.837,43, quando a folha de pagamento informa R\$ 26.837,43.

Das cópias juntadas pela recorrente, verifica-se que a folha de pagamento de 08/2004 realmente contém o valor de R\$ 26.837,43. No entanto, em GFIP, a recorrente teria declarado um valor de R\$ 29.050,76, valor superior ao apurado pela auditoria fiscal.

Assevere-se que a auditoria fiscal apurou a base de cálculo com base nas folhas de pagamento e outros documentos como Rescisões de Contrato de Trabalho e Recibos de Férias.

Portanto, se a própria recorrente declara em GFIP base de cálculo superior ao considerado pela auditoria fiscal, não se comprova o alegado equívoco que teria sido cometido por esta.

Quanto à existência de depósitos judiciais, estes não impedem a realização do lançamento.

O depósito suspende a exigibilidade do crédito tributário mas não obsta a sua constituição.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso apenas no que se refere às meterias não submetidas ao Poder Judiciário e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 05/2003.

É como voto.

Ana Maria Bandeira