



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

Processo n° 12267.000388/2008-62
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2402-01.634 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de abril de 2011
Matéria COOPERATIVA DE TRABALHO. DECADÊNCIA
Recorrente SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2000 a 30/09/2006

DECADÊNCIA. ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. SÚMULA VINCULANTE nº 08. ART. 173, I, DO CTN. SEM RECOLHIMENTO PARCIAL.

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

No caso de lançamento das contribuições sociais, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a Recorrente não efetuou qualquer antecipação de pagamento, deixa de ser aplicado o § 4º do art. 150, para a aplicação da regra geral contida no art. 173, inciso I, ambos do CTN.

O lançamento foi efetuado em 23/10/2007, data da ciência do sujeito passivo (fl. 416), e os fatos geradores das contribuições apuradas ocorreram no período compreendido entre 06/2000 a 09/2006. Com isso, ocorreu a decadência tributária até a competência 11/2001, inclusive. As demais competências posteriores a 11/2001 não foram abrangidas pela decadência, permitindo o direito do fisco de constituir o crédito tributário por meio de lançamento fiscal.

PAGAMENTOS EFETUADOS A COOPERATIVAS DE TRABALHO. ART. 22, IV, DA LEI 8.212/91. AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. O ajuizamento de ação para discutir o débito apurado em regular fiscalização importa em renúncia ao processo administrativo.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso e, na parte conhecida, por maioria de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período lançado, nos termos do artigo 173, I do CTN, vencido o conselheiro Igor Araújo Soares que entendeu pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN. No mérito, por unanimidade de votos, mantidos os demais valores. Apresentará voto vencedor o conselheiro Ronaldo de Lima Macedo.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Igor Araújo Soares - Relator.

Ronaldo de Lima Macedo – Redator Designado.

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

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI, irresignada com o acórdão de fls.514/522, por meio do qual fora mantida a parcialidade da NFLD n. 37.113.282-7, por meio da qual foram lançadas contribuições sociais parte da empresa, incidentes sobre pagamentos efetuados a cooperativas de trabalho.

O lançamento compreende as competências de 06/2000 a 09/2006, com a ciência do contribuinte acerca do lançamento efetivada em 23/10/2007 (fls. 416).

Depreende-se do relatório fiscal que o valor das contribuições fora apurado mediante consideração do montante pago e constante nas notas fiscais de prestação de serviços emitidas pelas cooperativas.

Em sua peça impugnatória (fls.), sustentou o contribuinte ter impetrado ação judicial (MS 2000.51.01.012825-4) com o fito de ver-se desobrigado do recolhimento das contribuições constantes no art. 22, IV, da Lei 8.212/91, tendo obtido medida liminar favorável e posterior sentença confirmando os seus efeitos, que atacada por apelação fora recebida em seu efeito suspensivo.

Por tais motivos, o v. acórdão de primeira instância conheceu da impugnação apenas na parte em que não se identifica com o objeto da ação judicial proposta.

Em seu recurso defende a recorrente que a decadência do direito de o fisco efetuar o lançamento deve ser contada com fundamento no art. 150, §4º do CTN, devendo ser afastado o entendimento do v. acórdão de primeira instância que considerou aplicável o art. 173, I, também do CTN.

Por fim, remeteu-se aos termos da impugnação apresentada na qual sustenta a inconstitucionalidade da contribuição prevista no art. 22, IV da Lei 8.212/91.

Sem contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, os autos foram enviados a este Eg. Conselho.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Igor Araújo Soares, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente, quanto a decadência, verifica-se, dos autos, que pelo v. acórdão de primeira instância fora determinada a aplicação do art. 173, I do CTN, na medida em que se constatou não ter a recorrente efetuado o pagamento, mesmo que parcial, das contribuições sociais devidas e incidentes sobre os pagamentos efetuados a cooperativas de trabalho.

Defende, ao contrário, que em se tratando de contribuições sociais parte da empresa, ao apresentar a GFIP contendo a discriminação de recolhimentos relativamente a parte da contribuição, esta deve ser considerada como pagamento parcial de modo a atrair a incidência do art. 150, § 4º do CTN.

Tenho que merece amparo o recorrente.

A contribuição objeto do lançamento foi aquela descrita no art. 22, IV da Lei 8.212/91, a seguir:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho

Ora, em se tratando de contribuição parte da empresa, uma vez apresentada a GFIP relativa ao período, na qual consta o recolhimento de contribuições também da empresa, incidentes sobre outras rubricas, ao exemplo, o pagamento de remuneração a segurados empregados, resta claro que, sobre a contribuição a cargo da empresa houve um recolhimento parcial, situação esta, que a meu ver, atrai a incidência do art. 150, §4º do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial, não sendo possível a segregação da decadência para cada uma das rubricas, pois a contribuição é da empresa.

No caso de ter havido antecipação, mesmo que parcial, deverá ser aplicado, para fins de contagem, o art. 150, §4º do CTN e quando não houve qualquer antecipação, deverá ser aplicado o art. 173, I.

Tal orientação acerca da aplicação das regras de contagem do prazo decadencial, já fora inclusive objeto de análise e confirmação pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 973.733, julgado em 12/08/2009, que se deu sobre o rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 543-B do Código de Processo Civil Brasileiro,

Assim, quanto a preliminar de decadência, entendo deva a mesma ser acolhida, no sentido de determinar-se a aplicação do art. 150, §4º determinando-se a extinção do lançamento das competências apuradas até 09/2002.

MÉRITO

No que se refere ao mérito, outra conclusão não é possível, senão manter-se incólume os fundamentos contidos no v. acórdão de primeira instância.

De fato, a matéria objeto de discussão no processo administrativo – inconstitucionalidade da contribuição devida pela empresa na contratação de cooperativas de trabalho -, é a mesma objeto de discussão na ação judicial, fato este confirmado pelo próprio contribuinte.

De tal modo, o recurso não merece conhecimento quanto a esta parte, já que a propositura de ação judicial na qual se veicule a mesma discussão travada nos autos do processo administrativo importa renúncia à instância administrativa, nos termos da Súmula n. 01 do CARF, a seguir:

Súmula CARF n. 01 - 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.

Mesmo que assim não o fosse, a análise de referidas alegações encontra-se outro óbice, objeto da Súmula n. 02 deste Eg. Conselho, pois, o afastamento da aplicação da Legislação referente, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Confira-se seu enunciado:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso voluntário, apenas para que, na parte conhecida, seja acolhida a preliminar de decadência para declarar extinto o lançamento das contribuições até a competência de 09/2002 e, no mérito, em **NÃO CONHECER** do recurso voluntário, mantendo os termos daquilo o que decidido no v. acórdão de primeira instância.

É como voto.

Igor Araújo Soares

Voto Vencedor

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Redator Designado

Com as devidas vênias, divirjo do entendimento do ilustre relator no que tange à decadência tributária e digo porquê.

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 nº 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 o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 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.

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 QÜINQÜENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

Verifica-se que o lançamento fiscal em tela refere-se a período compreendido entre 06/2000 a 09/2006 e foi efetuado em 23/10/2007, data da intimação e ciência do sujeito passivo (fl. 416).

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a Recorrente não efetuou qualquer antecipação de pagamento, conforme Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 04 e seguintes). Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I, do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/2001, inclusive, e também a competência 13/2001.

Logo, a recorrente não poderia ter sido autuada pelas competências anteriores a 12/2001, pois o direito potestativo do Fisco – nas competências até 11/2001, inclusive, e competência 13/2001 – já estava extinto pelo instituto da decadência tributária.

Esclarecemos que a competência 12/2001 não deve ser excluída do cálculo do lançamento fiscal ora analisado, porquanto a sua exigibilidade e a sua hipótese impositiva (situação fática da hipótese de incidência da contribuição) somente ocorrerão a partir de 01/2002, com a remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, durante o mês, aos segurados obrigatórios do RGPS, quando poderia ter sido efetuado o lançamento fiscal.

Com isso, acato parcialmente a preliminar de decadência tributária ora examinada, excluindo os valores apurados até a competência 11/2001, inclusive, e também na competência 13/2001.

Quanto aos demais pontos abordados pelo ilustre Relator, no que não colidem com a motivação supramencionada, alio-me às suas razões de decidir, tornando-as parte integrante deste voto.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, para acatar parcialmente a preliminar de decadência tributária, excluindo as contribuições apuradas até a competência 11/2001, inclusive, e na competência 13/2001, e no mérito negar-lhe provimento, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.