



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

Processo nº 13302.000051/2007-63
Recurso nº 157.500 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.076 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de fevereiro de 2010
Matéria NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO
Recorrente COMPESCAL COMERCIO DE PESCADO ARACATIENSE LTDA
Recorrida DRJ-FORTALEZA/CE

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/05/2005

PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. CONTAGEM A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO.

Não se verificando antecipação de pagamento das contribuições, aplica-se, para fins de contagem do prazo decadencial, o critério previsto no inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

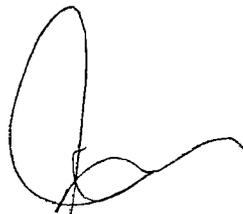
PERÍCIA - DESNECESSIDADE - Não restando comprovada a sua necessidade e os requisitos a ela ensejadores, a perícia não se justifica.

ARROLAMENTO DE BENS - Lei 9.532/97- O arrolamento previsto na Lei 9532/97 é apenas uma averbação nos registros competentes sobre a existência do arrolamento promovido pelo fisco, ocorre sempre que o valor dos créditos tributários lançados superar 30% do patrimônio conhecido da empresa e não se confunde com o arrolamento como condição de seguimento de recurso.

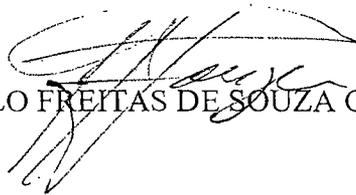
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por maioria de votos, em declarar a decadência até a competência 11/2001. Vencidos os Conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa (relator) e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a decadência até 05/2002. III) Por unanimidade de votos, em rejeitar as demais preliminares suscitadas. IV) Por unanimidade de votos, no mérito, em dar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à decadência, o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA – Relator



KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Ausente justificadamente a Conselheira Cleusa Vieira de Souza.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada contra o contribuinte acima identificado por descumprimento de obrigação principal contida na Lei 8212/91 no art. 25, incisos I e II.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 148/152, a NFLD foi lavrada em face a não retenção das contribuições sociais incidentes sobre a comercialização da produção rural (camarão, peixe e lagosta) por segurado especial e produtor rural pessoa física no período compreendido entre janeiro de 2001 a maio de 2005.

Inconformada com a Decisão de fls. 211/218 a empresa apresentou recurso à este conselho onde alega em síntese:

Em sede preliminar a recorrente alega excesso no arrolamento de bens para garantir os supostos débitos bem como a desnecessidade do depósito prévio de 30 % para o seguimento do recurso.

No mérito insurge-se contra o lançamento por estar discutindo judicialmente a legalidade da cobrança das contribuições objeto da presente notificação cuja exigibilidade está suspensa conforme a própria autoridade notificante reconhece no Relatório Fiscal.

Por fim, pugna pela improcedência do lançamento com o provimento do recurso.

A DRJ de Fortaleza não apresentou contra razões.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, Relator

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

DAS PRELIMINARES.

Da Decadência

Embora não tenha sido suscitado pela recorrente, há nos autos uma preliminar que deve ser conhecida de ofício por este colegiado que é a questão do prazo decadencial.

Quanto a este aspecto, trazemos a baila a decisão do STF, proferida recentemente. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, razão assiste ao contribuinte nos termos abaixo expostos.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008 declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n.º 8, senão vejamos:

Súmula Vinculante n.º 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”.

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

No presente caso o lançamento foi efetuado em 21/06/2007, fl. 01, tendo os fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2001 a maio de 2005, o que fulmina em parte o direito do fisco de constituir o lançamento.



Para a contagem do lapso de tempo alguns julgadores vem lançando mão do art. 150, § 4.º, para os casos em que há antecipação do pagamento (mesmo que parcial) e do art. 173, I, para as situações em que não ocorreu pagamento antecipado. É o que se observa da ementa abaixo reproduzida (REsp nº 1034520/SP, Relatora: Ministra Teori Albino Zavascki, julgamento em 19/08/2008, DJ de 28/08/2008):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. QÜINQUÊNAL. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. DECISÃO ULTRA PETITA. INVIABILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO.

No caso vertente, a ciência do lançamento deu-se em 21/06/2007 e o período do crédito é de 01/2001 a 05/2005. Considerando-se que para todas as competências envolvidas houve depósito judicial das contribuições, deve-se, para aferir o termo inicial do prazo decadencial, lançar mão do § 4.º do art. 150 do CTN, que será contado a partir da ocorrência do fato gerador. Pelo mencionado critério, então, a decadência se operou para as contribuições relativas às competências até 05/2002, mesmo para aqueles que entendem ser relevante a antecipação do pagamento.

As demais preliminares suscitadas pela recorrente não merecem ser acolhidas.

Com relação ao depósito prévio de 30% a MP 413/2008 revogou os dispositivos legais que exigiam a comprovação do referido depósito como condição de prosseguimento do recurso administrativo.

Já o arrolamento de bens previsto no art. 64 da Lei 9.532/97 é apenas uma averbação nos registros competentes sobre a existência do arrolamento promovido pelo fisco e ocorre sempre que o valor dos créditos tributários lançados superar 30% do patrimônio conhecido da empresa, com o intuito de a Receita Federal do Brasil acompanhar a evolução patrimonial desta, de modo a garantir uma eventual execução fiscal.

Conforme já esclarecido na decisão guerreada, o arrolamento acima mencionado não se confunde com o arrolamento como condição de acesso do recurso à segunda instância administrativa.

Portanto, correto o procedimento fiscal adotado, razão pela qual rejeito estas preliminares.

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



5
Handwritten signature

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;

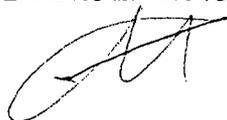
Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

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 foi definida na Súmula nº 01 do então 2º CC do Ministério da Fazenda, publicada no DOU de 26/09/2007, que demonstra a posição pacífica dos órgãos julgadores no âmbito administrativo

"Súmula 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

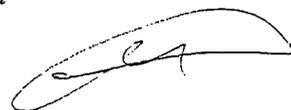
Como já argüido a discussão judicial não impede que o fisco constitua o crédito por meio do lançamento, nesse sentido, o que se verifica é que houve a arrecadação das contribuições dos segurados empregados, as quais não foram vertidas aos cofres previdenciários e, a respeito, assim dispõe o art. 30, incisos I e II, da Lei nº 8.212/1991:

"Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência"



Assim, não verificados os pagamentos, correto o procedimento da auditoria fiscal em realizar o lançamento.

DO MÉRITO

No mérito a recorrente apenas se limita a dizer que recolheu todos os tributos referenciados na NFLD e que tal fato seria comprovado pela sua escrituração contábil-fiscal a ser oportunamente periciada pelo órgão competente.

Contudo, não trouxe aos autos qualquer elemento que demonstrasse a veracidade das afirmações e a perícia também não se justifica no presente caso já que não se vislumbra fato controvertido que justifique sua realização e o seu pedido não veio acompanhado de indicação de perito e formulação de quesitos.

Porém, a questão da sub-rogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de empregadores pessoas naturais, foi matéria de decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, que em caso idêntico ao presente, julgou inconstitucional o artigo 1º da Lei 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII; 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91 (Lei geral da Previdência), com redação atualizada até a Lei 9.528/97.

Embora a decisão não vincule este órgão colegiado, entendo ser aplicável o entendimento da Corte Superior ao caso sob análise, desobrigando a recorrente da retenção e do recolhimento da contribuição social ou de seu recolhimento por sub-rogação sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural de produtores pessoas físicas, fornecedores de camarão, peixe e lagosta.

Tal previsão encontra respaldo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, mais precisamente no art. 62, § único, inciso I, *in verbis*:

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;

Da mesma forma é a interpretação contida no Decreto 70235, art. 26-A, § 6º, inciso I, com redação dada pela Lei 11941/2009:

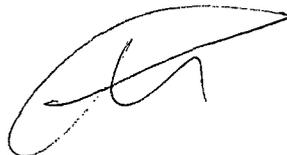
“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).



§ 5º (Revogado).

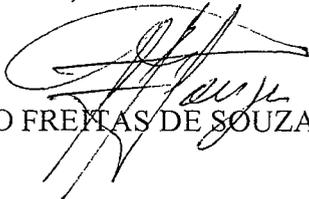
§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

Amparado pelos dispositivos legais acima transcritos e considerando tudo mais que dos autos constam;

VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO, ACOLHER DE OFÍCIO A PRELIMINAR DE DECADÊNCIA PARCIAL para excluir da notificação os valores lançados em período até 05/2002, REJEITAR AS DEMAIS PRELIMINARES e NO MÉRITO DAR-LHE PROVIMENTO

Sala das Sessões, em 24 de fevereiro de 2010


MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Em que pese a corriqueira diligência com que o ilustre Conselheiro relator elabora os seus votos, ousou discordar do seu posicionamento quanto à contagem do prazo decadencial.

Analisando detidamente os autos da NFLD em questão, constatei que não se verifica na espécie a antecipação do pagamento parcial do tributo, motivo pelo qual, deve ser lançado mão, para fins de aferição do lapso de decadência, o dispositivo encartado no inciso I do art. 173 do CTN.

Nesse sentido, tendo-se em conta que a ciência do lançamento deu-se em 21/06/2007, entendo que devam ser afastadas por decadência as contribuições relativas às competências de 01/2001 a 11/2001, incluindo aquela concernente ao décimo terceiro salário.

Diante do exposto, voto pelo reconhecimento de ofício da decadência para o período de 01/2001 a 11/2001, incluindo aquela concernente ao décimo terceiro salário.

Sala das Sessões, em 24 de fevereiro de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Redator Designado



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

-Processo nº: 3302.000051/2007-63
Recurso nº: 157.500

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 2401-01.076

Brasília, 26 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