



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

Processo nº 13839.005324/2007-16
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-002.719 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria Decadência
Recorrentes CATHO ONLINE LTDA
FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Previdenciárias

Período de Apuração: 01/01/2001 a 30/06/2006

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos: a) em não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso de Ofício, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira - Presidente

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator

Presentes à sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzáles Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva e Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/09/2012 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 1

8/09/2012 por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES, Assinado digitalmente em 26/09/2012 por MARCELO OLIVEIR

A

Impresso em 26/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD de nº 37.032.985-6, lavrada em face de CATHO ONLINE LTDA., do qual foi notificado em 29/10/2007, em razão de ação fiscal iniciada com o Mandado de Procedimento Fiscal — Fiscalização — MPF-F no 09313024, de 09/06/2006, e complementares, em cumprimento à solicitação do Departamento de Polícia Federal — MJ — Superintendência Regional em S. Paulo-SP — Delegacia de Repressão a Crimes - Previdenciários, conforme Ofício nº 15.721/2006, visando apurar, se for o caso, a ocorrência de crime contra a Seguridade Social e a autoria de prática delituosa, conforme denúncia formalizada noticiando o registro de empregados e o não recolhimento de contribuições previdenciárias referentes a empregados e prestadores de serviço.

Afirma o Relatório Fiscal (fls. 166 e seguintes) que a Recorrente foi intimada a apresentar uma série de documentos e informações. Todavia, não apresentou a totalidade dos documentos solicitados. Após a emissão de vários Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, com relação à contabilidade não foi apresentada parte dos documentos solicitados. Desta forma, foi emitido o Auto de Infração no 37.032.982-1 em razão da falta de apresentação dos mencionados elementos.

Com base na documentação apresentada (cerca de 30% dos lançamentos selecionados), a fiscalização analisou os lançamentos contábeis e encontrou uma série de atos praticados em desconformidade com a legislação previdenciária e também várias ocorrências de fraude e precarização do contrato de trabalho, tais como diferenças significativas entre os valores pagos pela empresa na prestação de serviço sem vínculo empregatício: serviço prestado por pessoa física (sócios) em relação a serviço prestado por pessoa jurídica, Irregularidades em várias contas descritas.

O Relatório Fiscal descreve ainda outras evidências referentes ao desvirtuamento de "Empresas Prestadoras de Serviços — e - "empresas-laranjas", com o objetivo de ilidir o recolhimento de contribuições previdenciárias e demais tributos.

Assim, a fiscalização constatou que a empresa Catho Online Ltda. constituía "empresas" com o objetivo de evitar, reduzir ou retardar as obrigações fiscais tributárias e previdenciárias. Para isso adota os seguintes paradigmas: patrocínio de "empresas", pessoas jurídicas, com a finalidade de encobrir ou dissimular uma relação de emprego, conforme verificado nos processos trabalhistas analisados, ou por meio da constituição de "microempresas coletivas" por diversos funcionários para receber salários; empresas prestadoras sem empregados registrados, sem entrega de GFIP, ou de entrega de GFIP sem movimento ou apenas com Pro Labore dos sócios; empresas localizadas no mesmo endereço fictício.

Por fim, conclui no Relato que foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais para encaminhamento ao Ministério Público Federal, pelos indícios, em tese, de condutas de fraude à legislação trabalhista, bem como dos dispostos nos artigos 203 e 297, III do Código Penal, pela utilização de "empresas-laranjas", constituição e patrocínio de "microempresas" para uso coletivo, e outras modalidades de "empresas" como forma de mascarar a relação empregatícia, além de sonegação de contribuição previdenciária nos termos do art. 337-A, I, II e III do Código Penal, e crime contra a Ordem Tributária, nos termos do art. 1º, II, e III, e do art. 2º, I, da Lei no 8.137/90, em face das condutas expostas nos itens 12, 13 e 14 do Relatório Fiscal.

Igualmente foi efetuada Representação Administrativa ao Ministério do Trabalho e Emprego em face das irregularidades constatadas na formalização do Contrato de Trabalho.

Para fins de regularização, foi imputado à Recorrente o pagamento do valor de R\$ 46.581.801,30 (quarenta e seis milhões, quinhentos e oitenta e um mil, oitocentos e um reais e trinta centavos).

Irresignada, apresentou a Recorrente impugnação (fls. 1020 e seguintes), no escopo de desconstituir o lançamento pelo Fisco realizado, o qual, após o julgamento em primeira instância, foi considerado apenas parcialmente procedente, consoante o extraído da ementa abaixo transcrita:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIARIAS. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF. CONTESTAÇÃO GENÉRICA SOBRE FATOS GERADORES INCLUÍDOS EM CONFISSÃO DE DÍVIDA. INADMISSIBILIDADE POR FALTA DE PROVA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE - DEFESA. LANÇAMENTO POR AFERIÇÃO INDIRETA. INOCORRÊNCIA DE ARBITRARIEDADE. CO-RESPONSABILIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS. PROVAS INSUFICIENTES. JUROS SELIC.

Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei no 8.212/91 expresso na Súmula – nº 8 do STF, aplica-se o prazo decadencial quinquenal do Código Tributário Nacional.

A contestação genérica sobre fatos geradores incluídos em Confissão de Dívida, e desacompanhada de prova em contrário, não ilide o lançamento.

O Relatório Fiscal e seus anexos esclarecem suficientemente os fatos geradores e a fundamentação legal dos levantamentos efetuados, conforme determinação legal, e afastam o cerceamento de defesa.

O lançamento por aferição indireta é previsto legalmente diante da falta apresentação de documentos e informações solicitadas, não se constituindo em arbitrariedade.

A responsabilidade dos sócios de fato está embasada em documentos apreendidos, não sendo pertinente sua discussão na fase administrativa. As provas apresentadas para contestar a desconsideração de pessoas jurídicas e caracterização de vínculo empregatício devem conter alto valor probante para formar a convicção do julgador. Os elementos trazidos aos autos não possuem força persuasiva suficiente. Devidos os juros com base na taxa Selic, conforme o art. 34 da Lei no 8.212/91, e demais dispositivos legais descritos no anexo Fundamentos Legais do Débito - FLD.

Lançamento Procedente em Parte

Nos termos do voto do Relator, foram afastadas do lançamento as competências de 01/2001 a 11/2001 em face da decadência, razão pela qual foi interposto Recurso de Ofício.

Não satisfeita com a decisão proferida, a empresa também apresentou Recurso Voluntário (fls. 1944 e seguintes), alegando em suma:

- a) A nulidade da NFLD em virtude de cerceamento de defesa de vício formal e de constituição;

- b) A decadência das contribuições previdenciárias e das contribuições destinadas a terceiras entidades;
- c) A impossibilidade da utilização dos valores indicados nas Contas 5.1.1.02.0004 — Representantes Comerciais — PJ/Serviço de Capacitação de Vagas, 5.1.1.02.0006 — Assessoria Contábil e Jurídica — PJ, 5.1.1.02.0008 — Comissões S/ Vendas e 5.1.1.03.0006 — Limpeza e Manutenção da Notificada;
- d) A ilegalidade da aplicação da SELIC no caso, como critério de atualização monetária;
- e) Que, em 23/11/2009, efetuou o pagamento à vista de parte dos débitos previdenciários, por meio do Parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09 (REFIS IV), referente ao período de dezembro de 2001 a junho de 2002, conforme se depreende da Guida de Previdência Social devidamente quitada e juntada aos autos (DOC. 2)
- f) Que os débitos previdenciários remanescentes, correspondentes aos lançamentos denominados “LA1 – Lançamento por aferição A1” e “LA2 – Lançamento por aferição A2”, relacionados às competências de janeiro a novembro de 2001, não foram objeto de pagamento, pois estão abrangidos pela decadência quinquenal e, portanto, continuarão a ser objeto de apreciação no Recurso Voluntário interposto.

Através da petição de fls. 2.062 e seguintes, a empresa comprovou o recolhimento dos valores devidos relativos às competências que não teriam sido atingidas pela decadência, juntando a respectiva GRU (fls. 2.238).

Considerando, ainda, que o Recurso Voluntário abarcava apenas os períodos não abrangidos pela decadência, exatamente os que foram pagos pela recorrente, deve ser considerada a perda do objeto deste.

Assim, vieram os autos a este Conselho de Contribuintes por meio de Ofício.

Sem Contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Uma vez pago os débitos não abrangidos pela decadência, ponto a que se limitava o recurso voluntário do contribuinte, deixo de conhecê-lo em face da sua perda do objeto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso de Ofício e passo ao seu exame

Da Decadência

No caso em apreço, quando da autuação, o prazo de decadência de que gozava o INSS para constituir seus créditos era de 10 (dez) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 45 da Lei 8.212/1991.

Ocorre que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto.

Ocorre que este Código prevê a aplicação de duas regras, aparentemente conflitantes, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

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.

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.

Harmonizando as normas acima transcritas, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

- 1) Quando não tiver havido pagamento antecipado;
- 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação;
- 3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumpre transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias”.

No caso dos autos, poderia ser questionado sob a qual regra decadencial se submeteriam as competências ora lançadas. Contudo, uma vez que o contribuinte recolheu as contribuições nos moldes do art. 173, I do CTN, afastou da presente NFLD, através do pagamento, alguns períodos que poderia também ter sido atacados pela decadência, caso aplicado o art. 150, §4º do CTN.

Ocorre que, uma vez pagos os valores das competências específicas e a sua exclusão da NFLD, não cabe mais qualquer exame acerca do prazo decadencial.

Assim, deve ser mantido o acórdão recorrido, que reconheceu a decadência do período de 01/2001 a 11/2001, com base na inconstitucionalidade reconhecida pelo STF do art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Da Conclusão

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO DO RECURSO VOLUNTÁRIO e CONHEÇO DO RECURSO DE OFÍCIO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de abril de 2012.

Leonardo Henrique Pires Lopes