



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

Processo nº 14041.001480/2007-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.436 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente FUNDAÇÃO EDUCATIVA APOIO FUNDAPOIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 01/10/2005

PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. REGRAS, ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. AUSÊNCIA.

O termo inicial será: (a) Primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

No caso dos autos, verifica-se que, em algumas competências, não houve antecipação de pagamento. Destarte, há de se aplicar a regra expressa no I, Art. 173 do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já se comprovada a ocorrência de pagamento parcial, como em outras competências constantes do lançamento, a regra decadencial expressa no CTN a ser utilizada deve ser a prevista no § 4º, Art. 150 do CTN, conforme inteligência da determinação do Art. 62-A, do Regimento Interno do CARF (RICARF), em sintonia com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial 973.733.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

São matérias sumuladas por este Conselho, sendo imperioso o seu acompanhamento por parte de seus membros.

Respectivamente as Súmulas 11 e 02 determinam que não se aplica prescrição intercorrente no PAF e a outra de que análise de matéria de inconstitucionalidade não se discute na Casa.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais não são matérias de ordem pública, não merecem ser analisadas e decididas.

Matérias de ordem pública são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso, pois a multa não é matéria de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado: I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, pela aplicação conjunta dos § 4º, Art. 150 e do I, Art. 173 do CTN, nos termos do voto da Redatora. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Wilson Antônio de Souza Correa e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram, em aplicar a regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; b) em não conhecer de ofício a análise sobre alteração da multa, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em conhece de ofício a questão. Redator ad hoc: Marcelo Oliveira.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira – Presidente/Redator ad hoc Designado

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio De Souza Corrêa - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José da Silva, Damião Cordeiro de Moraes e Wilson Antonio de Souza Corrêa.

Relatório

Crédito Previdenciário, relativo às contribuições destinadas à Seguridade Social, parte patronal, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais de trabalho e as destinadas a outras Entidades e Terceiros.

Segundo a Fiscalização o crédito foi apurado mediante a confrontação entre os valores declarados pela empresa nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações Previdência Social - GFIP e os correspondentes recolhimentos efetuados por meio de GPS - Guia da Previdência Social.

Constituem fatos geradores as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais, cujos valores encontram-se identificados, por competência, no RL -Relatório de Lançamentos , fl. 31/39. Na apuração do crédito, foram abatidos os recolhimentos efetuados por meio de GPS, conforme RADA - Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados, fl.43/44. e Discriminativo Analítico de Débito - DAD, fls. 4/21.

Os elementos examinados que serviram de base ao presente levantamento foram as Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, declaradas pelo contribuinte e Guias da Previdência Social –GPS.

Ao tomar ciência, tempestivamente aviou impugnação, cuja qual foi julgada improcedente, mantendo-se o crédito tributário.

Há nos autos, fls. 96 (pdf) do primeiro volume Carta nº 133 de encaminhamento de decisão, datada de 23/04/2008 e a fl. seguinte há o presente Recurso Voluntário, sendo ao final datado de 30 do mesmo mês e ano, com as seguintes argumentações: i) decadência; ii) prescrição intercorrente; iii) da inconstitucionalidade da apuração do crédito previdenciário com base no art. 45 da Lei 8.212/91.

Eis em apertada síntese o relato do necessário para julgamento do remédio recursal aviado.

Voto Vencido

Conselheiro WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA – Relator

O presente Recurso Voluntário acode os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual, desde já, dele conheço.

i) DECADÊNCIA

Trata-se de crédito previdenciário consolidado 05/12/2007 e, considerando-se que no próprio Relatório Fiscal a Autoridade Autuante informa que na apuração do crédito foram abatidos os recolhimentos efetuados por meio de GPS, cristalino está que houve antecipações.

Ademais, não olvidemos que a Recorrente é contribuinte geral, ou seja, aquela que de uma forma ou de outra, ainda que em outras rubricas, antecipa ou faz recolhimento mensalmente.

Desta forma, por conta das razões expostas acima o dispositivo legal a ser aplicado é o artigo 150, § 4º do CTN, ficando, portanto decadente os créditos previdenciários até dezembro de 2002.

Assim, quanto a este quesito, assiste razão a Recorrente.

ii) PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Trata-se de matéria sumulada por este Colegiado, cujo entendimento rendo-me, sem maiores delongas. *“In verbis”*:

Súmula CARF nº 11: Não se aplica a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal.

iii) DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APURAÇÃO DO CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO COM BASE NO ART. 45 DA LEI 8.212/91

Da mesma forma do quesito anterior, trata-se de matéria sumulada por este Conselho, e do seu imperioso entendimento sou seguidor. *“In verbis”*:

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

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais,

para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão ‘extra petita’, como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênha para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e

contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

dizer que: Para Andréia Lopes de Oliveira matéria de ordem pública implica

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

**AgRg no REsp 1203549 / ESAGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7**

**Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA
(1098)**

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL RECURSO

*ESPECIAL. SUSPENSÃO DE
LIMINARINDEFERIDA.
PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE
ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ
é firme no sentido de que, na instância
especial, é vedado o exame de questão não
debatida na origem, carente de pré-
questionamento, ainda que se trate
eventualmente de matéria de ordem
pública. Agravo regimental improvido.*

Acórdão

*Vistos, relatados e discutidos os autos em que
são partes as acima indicadas, acordam os
Ministros da Segunda Turma do Superior
Tribunal de Justiça, na conformidade dos
votos e das notas taquigráficas a seguir,
prossequindo-se no julgamento, após o voto-
vista do Sr. Ministro Mauro Campbell
Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar
Asfor Rocha, por unanimidade, negar
provimento ao agravo regimental, nos termos
do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs.
Ministros Castro Meira, Humberto Martins,
Herman Benjamin e Mauro Campbell
Marques (voto-vista) votaram com o Sr.
Ministro Relator.*

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmansini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, como o presente Recurso Voluntário atende os pressupostos de admissibilidade, dele conheço, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, somente para considerar decadentes os créditos lançados anteriores a dezembro de 2002, com aplicação do artigo 150 § 4º do CTN, haja vista a declaração da Fiscalização Autuante de existência de antecipações ainda na mesma exação e, quanto as demais questões levantadas no RV, julgo-as improcedentes.

É o voto.

(assinado digitalmente)

WILSON ANTONIO DE SOUZA CORRÊA - Relator

Voto Vencedor

Marcelo Oliveira– Redator ad hoc Designado

Quanto à decadência, divirjo do nobre relator.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Em algumas competências, fls. 040 e 041 dos autos, não há recolhimentos a homologar, devendo ser aplicada a regra do art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

CTN:

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.”

Já em outras competências, há recolhimentos a homologar, fls. 040 e 041 dos autos, devendo ser aplicada a regra do art. 150 do CTN.

CTN:

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 à homologação, será ele de 5 (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.

Essa definição, sobre a aplicação da regra decadencial acima, possui amparo em decisões do Poder Judiciário.

“Ementa: II. 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.” (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

.... 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.” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

No presente processo, há apuração de contribuições no período compreendido entre as competências 01/1999 a 10/2005, e o lançamento foi efetuado em 12/2007.

Portanto, devem:

1. ser excluídas do lançamento, pela aplicação da regra decadencial expressa no Art. 173 do CTN, todas as contribuições apuradas até 11/2001, anteriores a 12/2001;
2. ser mantidas no lançamento, pela aplicação da regra decadencial expressa no Art. 173 do CTN, devido a falta de recolhimento parcial, as contribuições apuradas nas competências 12/2001, inclusive, a 03/2002, anteriores a 04/2002;
3. ser excluídas do lançamento, pela aplicação da regra decadencial expressa no Art. 150 do CTN, pela presença de recolhimento parcial, as contribuições apuradas nas competências 04/2002, inclusive a 11/2002, anteriores a 12/2002.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso, pela aplicação conjunta dos § 4º, Art. 150 e do I, Art. 173 do CTN, nos termos acima, e acompanho o relator na negativa de proviementno dos demais itens do recurso.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Redator ad hoc na data da formalização