



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

Processo nº	159830.00704/2007-18
Recurso nº	160.652 Voluntário
Acórdão nº	2301-002.278 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	24 de agosto de 2011.
Matéria	NFLD. Diferenças Folha de Salários e fornecimento de cestas básicas
Recorrente	LOMBARDI & LOMBARDI SÃO VICENTE LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2007

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer as disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito a prescrição e decadência.

Havendo pagamento antecipado do tributo exigido no lançamento, aplica-se o prazo quinquenal previsto no artigo 150, § 4º, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

ENQUADRAMENTO NO SIMPLES. DISCUSSÃO JUDICIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA CARF Nº 01.

Importa renúncia à esfera administrativa matéria que está sob o crivo do Poder Judiciário.

MULTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA CARF Nº 02.

Não cabe ao CARF analisar a constitucionalidade da multa aplicada face ao princípio constitucional do não confisco.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 08/2002, anteriores a 09/2002, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do Relator. Ausência: Mauro José Silva.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram, do presente julgamento, a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, bem como os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Adriano Gonzales Silvério, e Marcelo Oliveira (Presidente).

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 37.119.516-0, a qual foi dada ciência ao contribuinte em 27/09/2007, exigindo contribuições previdenciárias (folha de salários, SAT, Contribuintes Individuais e Terceiros) incidentes sobre:

6.1. Lev. FNG — (não declarado em GFIP, sem redução de multa). Remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios) apuradas através das Folhas de Pagamento e não declaradas em GFIP — referente à matriz - 49.202.344/0001-72.

Lev. FN2 — (não declarado em GFIP, sem redução de multa). Remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios) apuradas através das Folhas de Pagamento e não declaradas em GFIP — referente à filial - 49.202.344/0002-53.

Lev. FN3 — (não declarado em GFIP, sem redução de multa). Remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios) apuradas através das Folhas de Pagamento e não declaradas em GFIP — referente à filial - 49.202.344/0003-34.

(...)

6.2 Lev. CBN — (não declarado em GFIP, sem redução de multa).

De acordo com o relatório fiscal o levantamento CBN refere-se a “cesta básica fornecida habitualmente pela empresa aos empregados, conforme determinação prevista em Convenções Coletivas de Trabalho.” Apurou-se, ainda, que a empresa não estava inscrita no PAT.

Menciona o citado relatório que de “04/1999 a 05/2007 (exceto 09/2005 a 13/2005), o valor da remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios) não foi declarado em sua integralidade, pois a autuada informou indevidamente nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência — GFIP da matriz e das filiais que tratava-se de empresa optante pelo Simples — Lei n.º 9.317/96 (código 02 —empresa optante), quando o correto teria sido a declaração do código 01 — empresa não optante.”

De acordo com a fiscalização, compulsando o “Sistema de Vedações e Exclusões do Simples — SIVEX, a empresa foi excluída Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas- de pequeno Porte, com efeito a partir de 01/04/1999 — Ato Declaratório nº 0162975 no Lote 1, Ciclo 1”, razão pela qual a autuação parte da competência de abril de 1999.

A ora recorrente apresentou impugnação alegando a decadência quinqüenal do crédito tributário; requer o sobrerestamento do feito, uma vez que discute na ação judicial nº 2004.61.04.002132-0, o direito à sua permanência no Simples; no mérito alegou que cumpre os requisitos exigidos pela legislação para a sua permanência no Simples e que os juros aplicados são exorbitantes possuindo natureza confiscatória.

A DRJ de São Paulo manteve integralmente o lançamento.

Inconformada, a recorrente apresentou recurso voluntário o qual repisa os argumentos suscitados inicialmente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério, Relator

O recurso reúne as condições de admissibilidade e dele conheço.

DECADÊNCIA

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 e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

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.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212, de 24 de julho de 1991 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 5596664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8212/91.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 na respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita 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*”

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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; ou”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafo da Constituição Federal, que foram inseridos 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.

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser

provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.).”

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, nos termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilidade pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Afastado, pois, o prazo previsto originalmente no citado artigo 45, cabe agora verificar o prazo aplicável, se aquele do 150, § 4º ou 173, inciso I, ambos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Temos adotado a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que havendo **pagamento antecipado** por parte do contribuinte, em relação ao fato gerador posto em discussão, deve incidir o prazo decadencial quinquenal previsto no mencionado artigo 150, § 4º. Nesse sentido a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na sistemática de recurso repetitivo, nos autos do Recurso Especial 973.733/SC, a qual deve ser atendida, por força do disposto no artigo 62-A Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

“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 inocorre, 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", 3^a 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, inilvidavelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, 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", 3^a ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10^a ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3^a 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."

Aponta o relatório fiscal o seguinte:

10. As guias de recolhimento apresentadas à fiscalização, analisadas no decorrer da ação fiscal, foram consideradas, após consulta realizada junto aos sistemas informatizados institucionais. Saliente-se que as Guias da Previdência Social analisadas, em sua maioria, apresentavam o código de pagamento 2300, tendo em vista que a empresa efetuava os recolhimentos como se fosse optante pelo Simples, ainda que tivesse sido excluída do referido programa; no entanto, estas também foram consideradas pela fiscalização como se tivesse sido utilizado o código 2100. Foram também deduzidas das contribuições apuradas importâncias relativas a pagamentos efetuados pela empresa, relativos a salário família e salário maternidade.”

Houve, portanto, na ótica do fisco, o qual inclusive elaborou RADA às fl. 166 a 171, pagamento antecipado da contribuição previdenciária, porém parcialmente.

Sabendo-se que na espécie o período verificado está compreendido entre abril de 1999 a maio de 2007 e que a ora recorrente foi intimada da NFLD em 27 de setembro de 2007, verifica-se que está decaído o período compreendido entre abril de 1999 a agosto de 2002, incluindo-se esta última competência.

Mérito

Verifico que a preliminar de sobrerestamento do presente processo administrativo confunde-se com o mérito do próprio recurso, já que diz respeito à condição ou não da Recorrente de permanecer no Simples.

Como informado pela recorrente a discussão acerca da sua inclusão ou não no Simples, isto é, se reúne as condições necessárias para obter esse regime de tributação diferenciada está sob o crivo do Poder Judiciário, nos autos do processo nº 2004.61.04.002132-0.

Incide na espécie, portanto, a Súmula CARF nº 01 a qual veda à instância administrativa conhecer de matéria levada à apreciação do Poder Judiciário.

Não obstante, verifico que em consulta aos sítios do Augusto Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça os recursos interpostos pela recorrente (AI nº 717481 e Ag 1066657, respectivamente) foram negados pelas superiores instâncias, tendo ambos transitado em julgado e baixados à instância de origem.

Por fim, em relação à violação da multa aplicada ao princípio constitucional do não confisco ressalto que a esfera administrativa não é competente para analisar a sua constitucionalidade, nos termos da Sumula CARF nº 2.

Ante o exposto, **CONHEÇO** o recurso para no mérito **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, reconhecendo a decadência, nos termos do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, a fim de que sejam excluídos do lançamento as competências compreendidas entre abril de 1999 a agosto de 2002, incluindo-se esta última competência, sendo no mais mantida a autuação.

Adriano Gonzales Silvério - Relator

Conselheiro Mauro José Silva, Redator Designado.