



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

Processo nº 16095.000611/2007-61
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2803-002.959 – 3ª Turma Especial
Sessão de 22 de janeiro de 2014
Matéria CP: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OMISSÃO E OBSCURIDADE.
Embargante UMICORE BRASIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 01/01/2007

DECADÊNCIA RECONHECIDA E APLICADA. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DA COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

Embargos Acolhidos em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos em parte, de ofício, nos termos do voto do relator, para na parte acolhida dar efeitos infringentes a este reconhecendo a ocorrência da decadência para a competência 10/2002, inclusive, e as anteriores.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. - Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. – Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, - DEBCAD 37.052.973-1, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias não adimplidas pelo empregador, parte dos segurados, parte patronal, SAT/RAT e terceiros – outras entidades ou fundos, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores empregados, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 31 a 34, com período de apuração de 01/1997 a 12/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 26.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 29/11/2007, conforme Folha de Rosto da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões, acostada, as fls. 175 a 217, recebida, em 26/12/2007, estando acompanhada dos documentos, de fls. 218 a 299; 302 a 310.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 311 e 312.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 16-19.980 - 13ª Turma da DRJ/SPOI, em 23/12/2008, fls. 322 a 344, no qual o lançamento foi considerado procedente em parte.

O lançamento foi retificado pelo Discriminativo Analítico de Débito Retificado – DADR, de fls. 315 a 321, pois foram considerados decadentes *in totum* os levantamentos ABO; COC e PAT e o levantamento GRA até a competência 11/2001.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 22/01/2009, AR, fls. 348.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 350 e 351, recebida, em 20/02/2009, e razões recursais, as fls. 352 a 375, desacompanhado de qualquer documento, as teses recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Preliminarmente.

- que a decisão de primeiro grau excluiu do crédito os levantamentos ABO; COC e PAT em razão da decadência reconhecida até 11/2001, entretanto nada falou sobre o levantamento GRA que contém as competências 12/2000 e 01/2001, as quais não foram expressamente excluídas;
- que o acórdão *a quo* reconheceu a decadência até a competência 11/2001 porém o correto seria até a competência 11/2002, pois as contribuições previdenciárias que têm natureza tributária aplica-se a regra do artigo 150, § 4º, do CTN, sendo incorreta a aplicação do artigo 173, I, do CTN pelo acórdão guerreado;

Mérito.

- que quando da prolação do acórdão o relator estabeleceu presunções não aventadas no descritivo do débito, tentando inverter o ônus da prova, pois cabe ao fisco provar o seu direito;
- que a alegação de ser a gratificação verba pré-ajustada não procede, pois a empresa em momento algum e em nenhum documento estabeleceu tal gratificação, sendo a mesma mera liberalidade do empregador, sendo tais valores pagos uma única vez e apenas na ocasião da rescisão contratual;
- que a gratificação não era habitual, não tendo nenhuma vinculação com a remuneração mensal, uma vez que o empregado não mais prestaria serviços a recorrente, tendo em vista a rescisão de seu contrato, ao entender tal verba como salário de contribuição o fisco viola os princípios basilares da remuneração, bem como os previdenciários e trabalhistas, nos termos do artigo 28, da Lei 8.212/91 e do artigo 214, do Decreto 3.048/99;
- que ganhos eventuais não integram o salário de contribuição, sendo a habitualidade requisito obrigatório para tal caracterização, o que não ocorre com a verba paga, conforme consta da Consulta Técnica 536, de 12/04/2004, traz jurisprudência do STJ e do TST;
- que a taxa SELIC é inconstitucional, não podendo ser fixada por atos infralegais, violação aos princípios da estrita legalidade, indelegabilidade de competência e segurança jurídica, bem como ao artigo 161, § 1º, do CTN;
- que a contribuição para o SEBRAE é inconstitucional, estando a União autorizada pelo artigo 149, da CF/88 a instituir contribuição parafiscal, mas de certas categorias econômicas, de acordo com sua finalidade, não podendo estendê-la para além deste grupo em violação a própria contribuição;
- que tal contribuição não foi recepcionada pela CF/88, que as contribuições possíveis foram ressaltados pelo artigo 240, bem como as do artigo 62 do ADCT, o que não ocorreu com o SEBRAE, não podendo esta ser mantida após o advento das CF/88;
- que a contribuição destinada ao INCRA é inconstitucional, sendo incompreensível que se cobre de empresa urbana contribuição destinada a previdência rural, violando tal situação o princípio da isonomia, pois a empresa urbana recolhe previdência urbana e rural, mas a empresa rural só recolhe contribuição para a previdência rural, sendo tal impossibilidade reconhecida pelo STJ e STF;

- Nos pedidos, a recorrente requer: a) acolhimento integral do recurso; b) julgando o lançamento improcedente; c) protesta pela sustentação oral, com intimação prévia dos representantes legais.

O órgão preparador não se pronunciou quanto a tempestividade do recurso.

Os autos foram remetidos ao 2º Conselho de Contribuintes, fls. 377.

O órgão julgador *ad quem* prolatou o Acórdão 2803-002.169, em 13/03/2013, fls. 378 a 389, no qual o recurso voluntário foi negado.

A empresa contribuinte foi cientificada dessa decisão pela AR, de fls. 386, recebido, em 16/05/2013.

O contribuinte postou os Embargos de Declaração, em 21/05/2013, envelope de remessa, de fls. 398, onde alega existir omissão e obscuridade no acórdão do recurso voluntário, que julgou seus pedidos, sendo esses seus argumentos sumariados.

- que o acórdão é omissos na aplicação da decadência pelo art. 150, §4º, do CTN, pois o TEAF faz menção expressa aos comprovantes de recolhimento, do período de 01/1997 a 12/2006;
- que o Relatório Fiscal, item 4, também, lista as GRPS/GPS como elementos analisados;
- que o acórdão recorrido é omissos quanto ao que está registrado no TEAD;
- que a CSRF no acórdão transcrito aplica o artigo 150, § 4º, do CTN no caso de antecipação de pagamento;
- que em relação a habitualidade das gratificações o acórdão incorre em obscuridade, pois não aclarou como identificou, que tais gratificações não são pagas apenas nas rescisões contratuais;
- Pedido: a) acolhimentos dos embargos para o saneamento dos vícios apontados; b) juntada de documentos adicionais; c) realização de sustentação oral, com intimação prévia dos causídicos que informa.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira - Relator.

Os Embargos de Declaração são tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado

DECADÊNCIA - OMISSÃO.

Inicialmente, consigno que o acórdão embargado deixou claro o porquê da fixação da regra decadencial pelo artigo 173, I, da Lei 5.172/66, uma vez que a recorrente se omitiu e não fez prova da realização do pagamento de qualquer contribuição, veja a transcrição.

No que se refere à aplicação incorreta do marco decadencial, isto é, aplicação do artigo 173, I ou 150, § 4º, ambos, da Lei 5.172/66. Tenho para mim, ainda, que com ressalvas, que o acórdão de primeiro grau está correto neste aspecto, pois para a aplicação de uma ou outra regra, nos termos do que decidiu o STJ o divisor d'água é a antecipação do pagamento, observe-se o julgado.

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Da observação dos elementos dos autos não se extrai a ocorrência da antecipação do pagamento, ainda, que parcial. O Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls. 04 a 11, não contém créditos considerados e nem lista Guia de Recolhimento da Previdência – GPS. De igual modo, não consta dos autos o Relatório de Documentos Apresentados – RDA, que relaciona os pagamentos deduzidos das contribuições levantadas, o que implica reconhecer a inexistência de pagamento considerado, bem como não foram anexados comprovantes da realização de tais pagamentos, ou seja, GRPS ou GPS ou equivalente, por quem quer que seja – fisco ou contribuinte e no caso de pagamento a prova é o recibo ou equivalente, artigo 320, da Lei 10.406/2002.

O Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, de fls. 31 a 34, item 13 deixa claro que na ação fiscal, também, foram emitidos os créditos AI DEBCAD 37.052.972-3 – CFL.68 e a NFLD DEBCAD 37.052.971-5 – FNDE, ou seja, não foi emitida na fiscalização notificação fiscal a exigir parte patronal, SAT, parte de segurados, o que pode ser indício de ter havido pagamento, mas não prova efetiva da ocorrência deste, aí reside minha ressalva.

O presente crédito foi lançado, em 29/11/2007, logo para a verificação do início do marco decadencial, aplica-se a regra do artigo 173, I, da Lei 5.172/66 ante a falta de prova de antecipação do pagamento, o que resultará em início da decadência a partir de 01/01/2002 como a competência 12/2001 só venceu em 02/01/2002, todas as competências a partir desta, inclusive, são aptas a cobrança.

A alegação da embargante, quanto a ocorrência de omissão na análise da decadência está equivocada e a razão é simples, o que a seguir esclareço.

A mera citação no Termo de Encerramento de Ação Fiscal – TEAF, de fls 31, do exame dos comprovantes de recolhimentos, bem como no Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 32 a 35, do exame das “Guia de Recolhimento à Previdência Social - GRPS/GPS”, são insuficientes para provar a ocorrência de pagamento, uma vez que não se sabe, o que foi pago? A que título foi pago? Dentro do período fiscalizado, qual ou quais competência(s) foi(oram) paga(s)? Uma competência do período fiscalizado, qual? Algumas competências, quais? Quem sabe?

Apenas para constar desconheço o relatório TEAD citado pela embargante.

A lei é clara em dizer que pagamento se prova como a apresentação do respectivo recibo, artigo 320, da Lei 10.406/2002, sendo obrigação do devedor sua prova, pois cuida-se de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do credor, artigo 333, II, da Lei 5.869/73, aliás, esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, observe-se a ementa transcrita.

..EMEN: DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA EM FACE DE MUNICÍPIO. CONTRATO DE DIREITO PRIVADO (LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS COM OPÇÃO DE COMPRA). AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS. INEXISTÊNCIA. PROVA DA EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIBIDA PELO AUTOR. PROVA DO PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS QUE CABIA AO RÉU. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCLUSÃO A QUE SE CHEGA INDEPENDENTEMENTE DA REVELIA. 1. Os efeitos materiais da revelia não são afastados quando, regularmente citado, deixa o Município de contestar o pedido do autor, sempre que não estiver em litígio contrato genuinamente administrativo, mas sim uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública. 2. Não fosse por isso, muito embora tanto a sentença quanto o acórdão tenham feito alusão à regra da revelia para a

solução do litígio, o fato é que nem seria necessário o apelo ao art. 319 do Código de Processo Civil. No caso, o magistrado sentenciante entendeu que, mediante a documentação apresentada pelo autor, a relação contratual e os valores estavam provados e que, pela ausência de contestação, a inadimplência do réu também. 3. A contestação é ônus processual cujo descumprimento acarreta diversas consequências, das quais a revelia é apenas uma delas. Na verdade, a ausência de contestação, para além de desencadear os efeitos materiais da revelia, interdita a possibilidade de o réu manifestar-se sobre o que a ele cabia ordinariamente, como a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II, CPC), salvo aqueles relativos a direito superveniente, ou a respeito dos quais possa o juiz conhecer de ofício, ou, ainda, aqueles que, por expressa autorização legal, possam ser apresentados em qualquer tempo e Juízo (art. 303, CPC). 4. Nessa linha de raciocínio, há nítida diferença entre os efeitos materiais da revelia - que incidem sobre fatos alegados pelo autor, cuja prova a ele mesmo competia - e a não alegação de fato cuja prova competia ao réu. Isso por uma razão singela: os efeitos materiais da revelia dispensam o autor da prova que lhe incumbia relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, não dizendo respeito aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito alegado, cujo ônus da prova pesa sobre o réu. Assim, no que concerne aos fatos cuja alegação era incumbência do réu, a ausência de contestação não conduz exatamente à revelia, mas à preclusão quanto à produção da prova que lhe competia relativamente a esses fatos. 5. A prova do pagamento é ônus do devedor, seja porque consubstancia fato extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), seja em razão de mezinha regra de direito das obrigações, segundo a qual cabe ao devedor provar o pagamento, podendo até mesmo haver recusa ao adimplemento da obrigação à falta de quitação oferecida pelo credor (arts. 319 e 320 do Código Civil de 2002). Doutrina. 6. Recurso especial não provido. ..EMEN:(RESP 200801926676, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:30/11/2012 ..DTPB:.) (o destaque é meu).

Destarte, com esses esclarecimentos deixo claro a inexistência da alegada obscuridade no acórdão, por mim prolatado, em razão da decadência, como, aliás, o fiz no despacho de admissibilidade dos embargos, fls. 273 a 275.

Da análise do acórdão proferido verificamos que não há razão na oposição dos embargos e em seus fundamentos, pois o acórdão não contém a omissão ou a obscuridade suscitada, uma vez que o acórdão esclareceu de forma objetiva, por que razão não aplicou a regra do artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66, bem como está esclarecida a questão da gratificação nos diversos parágrafos do acórdão que abordou o assunto.

Portanto, não procedem as alegações da embargante.

Todavia, como a decadência legal é matéria de ordem pública que pode e deve ser apreciada por qualquer órgão, em qualquer grau e em qualquer fase do processo, admito de ofício, os embargos, em vista dos documentos apresentados para melhor analisá-los.

No que tange, relativamente, a análise das GPS's apresentadas, esclareço, inicialmente, que o presente lançamento, conforme consta do Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls. 05 a 12; do Discriminativo Sintético de Débito – DSD, de fls. 13 a 15, e, do Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 16 a 19, e demais elementos dos autos, incluindo, o Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, de fls. 31 a 34, o lançamento se restringe ao CNPJ 96.206.313/0001-70.

Logo, apenas as GPS's identificadas e relativas a este estabelecimento serão objeto de apreciação as demais GPS's com outros CNPJ's são irrelevantes aos deslinde da questão, pois tais estabelecimentos não foram objeto de fiscalização é assim eventuais pagamentos para estes outros estabelecimentos, não são aproveitáveis para outra pessoa jurídica.

Verifiquei dos documentos, de fls. 421 a 474, a apresentação de GPS para o CNPJ 96.206.313/0001-70, nas competências discriminadas na tabela abaixo:

COMP.	CÓD. PAGMTO	CNPJ	FLS	OBSERVAÇÃO
11/2001	2100	96206313000170	421	N/C
12/2001	2100	962063130XX170	424	sem quitação – rasura no CNPJ
12/2001	2100	96206313000170	429	N/C
01/2002	2100	96206313000170	432	N/C
02/2002	2100	96206313000170	437	N/C
03/2002	2100	96206313000170	439	N/C
04/2002	2100	96206313000170	443	N/C
05/2002	2100	96206313000170	446	N/C
06/2002	2100	96206313000170	449	N/C
07/2002	2100	96206313000170	451	N/C
08/2002	2100	96206313000170	455	N/C
09/2002	2100	96206313000170	456	N/C
10/2002	2100	96206313000170	459	N/C
11/2002	2100	96206313000170	461	N/C

12/2002	2100	96206313000170	465	N/C
13/2002	2100	96206313000170	468	N/C
01/2003	2100	96206313000170	474	N/C

Da observação da tabela acima verifica-se que a embargante apresentou, na fase de embargos, as GPS's para o período de 11/2001 a 01/2003, incluindo, 13º/2002.

Dessa forma, no caso da ocorrência de antecipação de pagamento, deve incidir na decadência o artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66, conforme estabelecido no excerto citado, abaixo.

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

No caso em tela, o presente crédito foi lançado, em 29/11/2007, logo para a verificação do início do marco decadencial, aplicando-se, agora, em razão da demonstração da ocorrência da antecipação do pagamento, a regra do artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66, retroagindo-se cinco anos da data do lançamento, ter-se-á o marco decadencial iniciando-se a partir de 30/11/2002, logo todas as competências anteriores a 10/2002, inclusive, estavam decadentes quando da ocorrência do lançamento, todas as demais competências a partir de 11/2002, inclusive, são aptas a cobrança.

Quanto a alegação relativa as gratificações não me reportarei as eles em razão do que dito no despacho de admissibilidade dos embargos, que novamente, aqui reproduzo.

*Da análise do acórdão proferido verificamos que não há razão na oposição dos embargos e em seus fundamentos, pois o acórdão não contém a omissão ou a obscuridade suscitada, uma vez que o acórdão esclareceu de forma objetiva, por que razão não aplicou a regra do artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66, **bem como está esclarecida a questão da gratificação nos diversos parágrafos do acórdão que abordou o assunto.** (o realce é meu e nesses embargos).*

Portanto, não procedem as alegações da embargante.

O contribuinte deve observar, o que diz o artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72, quanto a apresentação de prova, sendo que nestes autos apesar da situação não estar

inscrita nas exceções a regra, o contribuinte já se aproveitou da faculdade de apresentação extemporânea de provas, em razão da matéria ser de ordem pública.

Por fim, indefiro o pedido de intimação para fins de sustentação oral, uma vez que o artigo 55, parágrafo único, da Portaria MF 256/2009 - Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais determina a publicação da pauta de julgamento no DOU e sua publicação no site do CARF, cabendo ao contribuinte ou a seu representante legal diligenciar a respeito.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo acolhimento parcial *de ofício* dos embargos, para na parte acolhida dar efeitos infringentes a este, reconhecendo a ocorrência da decadência para a competência 10/2002, inclusive, e as anteriores.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.