



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

Processo nº 16327.001745/2008-17
Recurso nº 16.327.001745200817 Voluntário
Acórdão nº **2803-003.255 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 15 de abril de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente PHONIEX EMPREEND IMOBIL PARTIC LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2003, 2004, 2005, 2006

EXTRAPOLAMENTO DE PRAZO DE ENCERRAMENTO DE FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pelo Decreto n. 3.969/2001, é apenas um instrumento de natureza jurídica administrativo-gerencial, que não afeta o ato de lançamento lavrado posterior ao final do prazo de encerramento de fiscalização. Tanto que o MPF não tem o condão de interromper a decadência, como faz a ciência da NFLD que consubstancia o ato de lançamento do crédito tributário

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL.

Em face da inconstitucionalidade declarada do art. 45 da Lei n. 8.212/1991 pelo Supremo Tribunal Federal diversas vezes, inclusive na forma da Súmula Vinculante n. 08, o prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador do tributo, nos termos do artigo 150, § 4º, ou do art. 173, ambos do Código Tributário Nacional, conforme o modalidade de lançamento.

Em atenção ao Auto de Infração em questão, tratar-se de lançamento de ofício conforme estipula o art. 142, II do CTN, em que há caracterização de retenção de terceiros mas não há o recolhimento, assim dolo, aplica-se a contagem do prazo de 5(cinco) anos na forma do artigo 173, inciso I, do CTN.

Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN.

Recurso Voluntário Negado - Crédito Tributário Mantido

Processo nº 16327.001745/2008-17
Acórdão n.º **2803-003.255**

S2-TE03
Fl. 186

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(Assinado Digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

(Assinado Digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira dos Santos, Paulo Roberto Lara dos Santos, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário que busca a reforma de decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento que manteve integralmente o lançamento do crédito tributário oriundo de retenções 11% sobre faturas de cessão de mão-de-obra, que foram efetivamente retidas, mas não recolhidas 01/06/2003 a 30/09/2006, a ciência do lançamento foi em 17.12.2008.

O recurso foi tempestivo, e alegou a extinção da decadência total dos créditos, em razão do prazo quinquenal do art. 150,§4º, do CTN, não ser cabível a representação fiscal para fins penais.

Os autos vieram a presente 3ª Turma Especial da 2ª Seção de Julgamento do CARF-MF para apreciação e julgamento do recurso voluntário.

Os autos vieram à turma especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Vettorato

O recurso é tempestivo, preenchendo os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

O Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pelo Decreto n. 3.969/2001, é apenas um instrumento de natureza jurídica administrativo-gerencial, que não afeta o ato de lançamento lavrado posterior ao final do prazo de encerramento de fiscalização. Tanto que o MPF não tem o condão de interromper a decadência, como faz a ciência do Auto de Infração que consubstancia o ato de lançamento do crédito tributário.

Ademais, é entendimento de ampla maioria dos julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, seguindo a orientação dos antigos Conselhos de Contribuintes, de que o Mandado de Procedimento Fiscal, instituído pelo Decreto n. 3.969/2001, é apenas um instrumento de natureza jurídica administrativo-gerencial, que não afeta o lançamento de ofício. Isso porque o lançamento de ofício é o ato administrativo vinculado para constituição do crédito tributário, baseado na competência do agente, objeto/conteúdo, forma, finalidade e motivo, conforme determinado pela lei tributária de natureza ordinária, que não pode ser afastado por ato infralegal, que não lhe atribui tais efeitos. Tudo isso em observância ao artigos 100, 142, 145 e 149 do CTN. (Precedente: Acórdão n. 202-19.208, de 03.06.2008, 2º CC/MF).

Ressalta-se o fato que os atos do processo administrativo tributário federal, somente serão nulos no caso estabelecidos no art. 59, do Decreto n. 70235/1972 (com força de lei ordinária) e ao art. 32 da Portaria MPS 520/2004, vigente à época da lavratura, em especial quando há prejuízo à defesa e contraditório do contribuinte. Ou seja, a nulidade somente seria decretada nos caso que os atos e termos fossem lavrados por pessoa incompetente, ou despachos e decisões que preterissem a defesa ou apresentassem outra nulidade material. No caso, não houve qualquer preterição de defesa. Defesa que foi oportunizada, bem como em face da constituição do crédito.

Em face à análise do Recurso e dos autos do processo, atenta-se à extinção dos créditos constituídos em razão da ocorrência de decadência.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado e obrigatório à administração pública, emitiu a Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, que pacificou o entendimento da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante nº 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 Código Tributário Nacional.

Observe-se a NFLD é referente às fatos geradores são dos períodos de 01/06/2003 a 30/09/2006, a ciência inaugural do lançamento ocorreu em 17.12.2008.

Apesar dos presente tributos serem tendentes a lançamento por homologação, as regras de decadência do crédito tributário a serem aplicadas não são as definidas para os casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação de pagamento (art. 150, § 4º e art. 156, VII, do CTN), observa-se que houve a demonstração de que o ato do contribuinte trata-se de tipo penal como apropriação indébita, prevista no art. 168-A, §1º, do Código Penal, como crime doloso. Assim, conforme a Súmula CARF nº 72: Caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo art. 173, inciso I, do CTN. Assim, ao caso, ser observado o disposto nos arts. 156, V, e 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o direito de constituição do crédito tributário será extinto ao termo de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Por fim, tal matéria foi submetida ao crivo da 1ª. Seção do Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial representativo de controvérsia – RESP 973.733, conforme art. 543-C do normativo processual e, segundo a nova redação do art. 62-A do Regimento interno do CARF, de reprodução obrigatória pelos Conselheiros. Reproduzimos excerto da ementa:

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 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(...) grifamos

Dessa forma, a decadência ao caso apenas atingiria as competências anteriores a 1º de janeiro de 2003, o que não apresenta-se nos autos.

Logo, neste ponto, não deve ser acolhido o Recurso Voluntário.

No que tange à ocorrência, em tese, do delito previsto no art. 337-A do Código Penal, insta registrar que o juízo valorativo jurídico-penal acerca da materialidade e autoria de crimes de qualquer espécie, sujeitos à ação pública, isto é, a opinio delicti, é da competência privativa do Ministério Público, órgão constitucionalmente legitimado para tanto, nos termos do disposto do art. 129, I, da CF. Não se pode conhecer da matéria, portanto, em sede de contencioso administrativo fiscal.

Isso posto, voto por conhecer o recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato – Relator