



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

Processo nº 18108.000653/2007-31
Recurso nº 271.995 Voluntário
Acórdão nº 2402-01.356 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria Decadência
Recorrente EXEMONT ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2001

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

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 o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, devido a aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto da Relatora. Os Conselheiros Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto acompanharam a votação por suas conclusões.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 118/122), a presente Notificação Fiscal de Levantamento de Débito NFLD contém as diferenças de contribuições devidas à Seguridade Social, provenientes de diferenças de Folhas de Pagamento em confronto com as GFIP DATAPREV CNIS, ou seja, valores de Folhas de Pagamento não declarados como devidos à Previdência Social em GFIP – Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social.

Os valores obtidos das GPSs do Estabelecimento 57.358.343/0001-40 foram obtidos diretamente no banco de dados CONTA CORRENTE – SAFIS. Tal recurso foi usado, porque a empresa fiscalizada não apresentou nenhuma de suas GPS, como nenhuma de suas GFIPs, motivo pelo qual foi autuada.

Também foi motivo de autuação, a notificada não informar em GFIP a totalidade dos fatos geradores constantes de sua folha de pagamento.

A notificada teve ciência do lançamento em **19/09/2007** e apresentou defesa (fls. 198/214 – Vol I) onde apresenta preliminar de cerceamento de defesa sob o argumento de que seria ilíquido e incerto todo o trabalho fiscal.

Aduz que não lhe foi concedido tempo suficiente para compilar a documentação solicitada, uma vez que não se tratava somente de documentos da empresa mas também de suas diversas obras.

Entende que o Agente Fiscal simplesmente presumiu de modo subjetivo que a Impugnante não estivesse recolhendo diferenças de contribuições sociais próprias e de terceiros, ou recolhendo muito "aquém" do efetivamente devido, o que seria um engano, pois a empresa Impugnante, nos exercícios de 1999 a 2003 efetuou o devido recolhimento, que inclusive serviram de base para seu programa de REFIS.

Alega que quando pairam dúvidas sobre a certeza da suposta infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária aplica-se o art 112 do CTN – Código Tributário Nacional.

Também considera cerceamento de defesa o fato de que do cotejo dos demonstrativos de Débito Sintético com o Analítico, não se consegue apurar com precisão quais sejam efetivamente as diferenças propugnadas pelos agentes previdenciários.

Afirma que o Sr. Fiscal também deixou de verificar que muitas das obras por ele apontadas não são de responsabilidade da Impugnante, que somente utilizou-se da CNE

para fazer algumas contribuições previdenciárias, posto que a contabilidade pertencia aos Tomadores de Serviço, que registraram a obra. Diga-se portanto que em muitos dos estabelecimentos levantados pelo Fiscal para a apuração do débito, os empregados utilizados eram da empresa principal ou seja da Exemont Engenharia Ltda, cujos recolhimentos obrigatórios foram feitos em sua folha principal o que causa duplo recolhimento, na apuração que foi efetuada. Por referido motivo, a Impugnante não tem qualquer diferença de contribuição devida a ser apurada.

Alega a falta do correspondente fundamento legal a ensejar a cobrança pretendida em patamares tão elevados do ponto de vista financeiro, ocasionando cerceamento do direito de defesa também, pois o preposto fiscal lavrou a indigitada NFLD com lastro em dispositivos de lei distintos daqueles que são pertinentes às infrações imputadas, violando desta feita o artigo 142 do CTN.

Aduz que não consegue sequer identificar e entender a vultosa exação que o INSS através de seus agentes está a lhe imputar, pois ao examinar os inúmeros papéis de trabalho não se consegue vislumbrar em momento algum a coerência e ligação entre referidos valores.

Entende que a aplicação da taxa de juros SELIC seria inconstitucional e que a auditoria fiscal esqueceu-se de observar que não foram efetuadas as devidas compensações de contribuições retidas da notificada.

Argumenta que não foi possível demonstrar que os mesmos empregados da empresa que figuram em sua folha de pagamento, são os mesmo que prestam serviços nas obras e por ter sido feito um levantamento por arbitragem tomando-se por base a folha, livro Razão e não os documentos compatíveis para esta finalidade poderia estar havendo um *bis in idem* para a incidência dos encargos sociais.

Requer perícia para o real levantamento da situação da empresa, que conforme restou demonstrado, não foi corretamente apontado pelo Sr. Fiscal., que inclusive, diga-se ,achou por bem não verificar a documentação da empresa, por estar a mesma em local diverso e obviamente demandariam em maior tempo para sua apresentação.

Afirma que O Sr. Auditor Fiscal, esqueceu-se de computar na base de calculo do suposto debito apontado na presente Notificação, os valores recolhidos ou a serem recolhidos para a Previdência Social referente as demandas trabalhistas.

Pelo Acórdão nº 16-18.162 (fls. 998/1019 – Vol V) a 12ª Turma da DRJ/São Paulo I (SP) considerou o lançamento procedente em parte para reconhecer a decadência parcial, restando no lançamento apenas a competência 12/2001, pela aplicação do art. 173, Inciso I do CTN.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 1029/1032) onde alega tão somente que a totalidade do lançamento estaria decadente

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ana Maria Bandeira

O recurso voluntário é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A decisão recorrida reconhece que ocorreu a decadência do crédito até a competência 11/2001.

O contribuinte, por sua vez, entende que a totalidade do lançamento estaria abrangida pela decadência.

Assevere-se que o lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo 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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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. (g.n.)

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

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **01/1999 a 12/2001** e foi efetuado em **19/09/2007**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“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.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições referentes à diferenças entre o apurado na folha de pagamento e o declarado em GFIP, ou seja, a recorrente não declarou em GFIP a totalidade dos fatos geradores constantes da folha de pagamento.

Nesse sentido, verifica-se que houve recolhimentos parciais em cada competência, levando a inferir que aplica-se o art. 150, § 4º do CTN e reconhece-se a decadência total do lançamento

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira - Relator