



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 19515.005979/2009-87
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-007.281 – 2ª Turma
Sessão de 23 de outubro de 2018
Matéria CPS - DECADÊNCIA
Recorrente LEVY E SALOMÃO ADVOGADOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. DECADÊNCIA. DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES. APLICAÇÃO DO ART. 150, §4º DO CTN. EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTOS POR COMPETÊNCIA.

A decadência deve ser apreciada a luz do art. 150, §4º do CTN quando constatado que trata-se de diferenças de contribuições e resta demonstrado nos autos a existência de recolhimentos antecipados para todas as competências.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, em dar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Patrícia da Silva, Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patricia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de retorno de diligência – Resolução nº **9202-000.169** (fls. 1.797/1.803), resultado do julgamento do Recurso Especial do Contribuinte na sessão plenária de 26/10/2017, com a seguinte decisão:

“Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento do recurso em diligência à unidade de origem, para levantamento das GFIP e da informação da destinação dada ao valor declarado nas competências de 2004, relativo às contribuições a terceiros, especificando o código (115 ou outros) e informações eventualmente constantes dessas GFIP sobre ação judicial que prejudique o recolhimento dessas contribuições, vencido o conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos (relator). Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Votou pelas conclusões o conselheiro Heitor de Souza Lima Júnior”.

No intuito de contextualizar o caso para reapreciação pelo Colegiado do Recurso Especial do Contribuinte, transcrevo, na íntegra, o relatório da Resolução, de relatoria do Dr. Luiz Eduardo de Oliveira Santos, seu voto que foi vencido, o voto vencedor de minha relatoria e complemento com as informações trazidas pela Delegacia Especial de Fiscalização da Receita Federal do Brasil em São Paulo – Defis/SPO (fls. 1.965/1.978) e com as informações trazidas pelo Contribuinte conjuntamente com uma petição do mesmo (fls. 2.006/2.008).

Relatório do Dr. Luiz Eduardo de Oliveira Santos:

“Do AI até a Decisão Recorrida

Trata o presente processo de auto de infração de obrigação principal NFLD DEBCAD nº 37.254.4517, à efl. 76, cientificado à empresa contribuinte em 16/12/2009, com relatório do auto de infração às efls. 90 a 101.

O lançamento é referente a contribuições devidas aos terceiros Sesc, Sebrae e Senac. De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, o débito apurado decorre de falta de inclusão na remuneração dos segurados empregados de pagamentos a título de auxílio educação, cursos e treinamentos, participação nos resultados e planos de saúde.

O crédito lançado atingiu, acrescido de juros e multa, o montante de R\$29.226,57, consolidado em 15/12/2009 e referindo-se ao período de apuração de janeiro a dezembro de 2004.

O auto de infração foi impugnado, às efls. 241 a 268, em 18/01/2010. Já a 13ª Turma da DRJ/SP1, no acórdão nº 1625.253, prolatado em 12/05/2010, às efls. 1529 a

1566, considerou, por unanimidade, improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Inconformada, em 02/07/2010, a contribuinte, interpôs recurso voluntário, às efls. 1576 a 1613. Essa contestação teve em resumo, o conteúdo abaixo extraído do relatório do acórdão de julgamento do mesmo recurso, às efls. 03 e 04:

Decadência parcial das obrigações tributárias; Que houve cerceamento do direito de defesa, pois a proposição da multa não está clara, de modo a permitir que o contribuinte entenda a penalidade que lhe está sendo aplicada e assim defender-se adequadamente; Que os valores lançados como auxílio-educação referem-se ao pagamento ou reembolso de mensalidades, taxas de matrícula, materiais, uniformes e transportes escolares para os filhos dos empregados, estando expressamente excluídos do salário de contribuição pela legislação previdenciária, conforme os artigos 201, §10 c/c 214, §9º, XIX do Regulamento da Previdência Social, com base no art. 28, §9º, "t" da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998.

Que a Recorrente efetuou também pagamentos relativos a cursos treinamentos em línguas, informática, mensalidades e taxa de matrícula de cursos de nível superior aos seus empregados, não havendo fundamento legal ou mesmo regulamentar que respalde o procedimento fiscal; Quanto à participação nos lucros, alega que a diferença apurada deveuse ao fato da Fiscalização ter considerado que não houve atrasos, já que não constam descontos por atrasos nas folhas de pagamento apresentadas; Que em relação à PLR paga em janeiro/2004, a alegação da Fiscalização de que não foram apresentadas as avaliações individuais referentes ao período de 07 a 12/2003 é inverídica, pois as referidas avaliações foram, sim, devidamente entregues e inclusive com protocolo assinado pela fiscalização; Que o Contrato de Seguro Grupal de Assistência à Saúde, firmado entre a Impugnante e a Sul América Aetna Seguros e Previdência S.A., era extensivo a todos os funcionários da empresa; Que não haveria responsabilidade dos sócios indicados no relatório de vínculos; Que existe a possibilidade de juntada de novos documentos.

O recurso voluntário foi apreciado pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento em 30/11/2011, resultando no acórdão 230201.445, às efls. 01 a 62, que tem as seguintes ementas:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRAZO
DECADENCIAL. CINCO ANOS. ART. 173, I DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento exarado na Súmula Vinculante nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91. Incidência do preceito inscrito no art. 173, I do CTN.

Todos os fatos geradores apurados pela fiscalização houveram por ocorridos em período ainda não vitimado pela alegoria do instituto da decadência tributária.

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. IRREGULARIDADES MATERIAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A simples inclusão, no Relatório Fiscal, de informações pertinentes a outro Auto de Infração lavrado na mesma ação fiscal, configura-se, quando muito, mera irregularidade material, a qual poderá ser objeto de sanatória caso importe em prejuízo ao sujeito passivo.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUXÍLIO EDUCAÇÃO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Integra o conceito legal de Salário de Contribuição, o auxílio educação custeado pela empresa em benefício dos dependentes de seus empregados, bem como aquele concedido aos empregados para o custeio de cursos de nível superior, eis que não se enquadram em nenhuma hipótese de renúncia de receita disposta taxativamente no art. 28, §9º da Lei nº 8.212/91.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PAGAMENTOS DE PLR EM DESACORDO COM A LEI. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

O pagamento, a título de PLR Participação nos Lucros e Resultados, quando realizados em desacordo com a Lei nº 10.101/2000, integra o conceito legal de Salário de Contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PLANO DE SAÚDE NÃO EXTENSÍVEL A TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Integra o conceito legal de Salário de Contribuição o valor concedido a título de Plano de Saúde/assistência médica não extensível à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, nos termos do art. 28, § 9º, alínea "q" da Lei 8.212/91 combinado com o art. 214, § 9º, inciso XVI do Decreto nº 3.048/99.

CORESP. RELATÓRIO OBRIGATÓRIO DA NOTIFICAÇÃO FISCAL.

A inclusão dos Dirigentes estaduais na Relação de Corresponsáveis - CORESP não tem o condão de os inserir no pólo passivo da relação jurídica tributária. Presta-se apenas como subsídio à Procuradoria, caso se configure a responsabilidade pessoal de terceiros, na hipótese encartada no inciso III do art. 135 do CTN.

PRODUÇÃO DE PROVAS. MOMENTO PRÓPRIO. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS APÓS PRAZO DE DEFESA. REQUISITOS OBRIGATÓRIOS.

A impugnação deverá ser formalizada por escrito e mencionar os motivos de fato e de direito em que se fundamentar, bem como os pontos de discordância, e vir instruída com todos os documentos e provas que possuir, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo nas hipóteses taxativamente previstas na legislação previdenciária, sujeita a comprovação obrigatória a ônus do sujeito passivo.

O acórdão teve o seguinte teor:

ACORDAM os membros da 2ª TO/3ª CÂMARA/2ª SEJUL/CARF/MF/DF, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. O Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa divergiu, pois entendeu que se aplicava o artigo 150, §4º do CTN. Quanto ao mérito não houve divergência.

No voto vencedor há alentada tese que conclui ser o lançamento de contribuições previdenciárias declaradas em GFIP lançamento por declaração, por isso, é aplicável o art. 173, inc. I, para determinação do dies a quo da contagem do prazo decadencial de cinco anos.

Embargos de declaração da contribuinte Intimada (efl. 65) do acórdão acima em 29/03/2012 (efl. 66), a contribuinte manejou embargos de declaração, em 03/04/2012, às efls. 67 a 70, afirmando a existência de omissão naquele aresto porque não teria observado o art. 62-A do seu Regimento Interno, proferindo decisão contrária ao acórdão do STJ prolatado nos autos do Resp nº 973.733, que, na sistemática do artigo 543C do CPC, consolidou a jurisprudência nacional a respeito das contribuições previdenciárias, definindo que o lançamento se dá por homologação e que a contagem do prazo decadencial deve ser feita com base no artigo 150, §4º, do CTN, se o contribuinte antecipou pagamentos, mesmo que em valor inferior ao devido.

Através do Despacho nº 2302-140, às efls. 275 a 278, em 16/05/2012, o Presidente da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento rejeitou os embargos por não entender existente omissão alegada e vendo nestes embargos apenas ataque aos fundamentos da decisão, para o que tal recurso é inservível.

RE da contribuinte

Intimada (efl. 1687) da denegação dos embargos em 29/10/2012 (efl. 1689), no dia 13/11/2012 a empresa manejou recurso especial de divergência (efls. 1690 a 1698) ao citado acórdão, entendendo que o aresto diverge de entendimento firmado no CARF quanto a contagem do prazo decadencial.

Entende dever tal prazo ser contado nos termos do disposto no art. 150 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966 CTN, para os lançamentos por homologação, ao passo que o voto condutor do recorrido se utilizou do hiato temporal estabelecido pelo art. 173, inc. I, do mesmo

Código, considerando o lançamento das contribuições previdenciárias como lançamento por declaração. Apresenta como paradigma para essa divergência, o acórdão nº 920201.738.

Além disso, o voto do acórdão a quo entendeu inexistirem pagamentos relativos às contribuições previdenciárias lançadas, o que não se coaduna com os fatos, o que procura deixar suficientemente claro com as seguintes afirmações:

30. Por fim, para que não haja dúvidas, o Recorrente esclarece ter realizado pagamentos antecipados das contribuições em comento no período contemplado pela autuação. Esse fato foi comprovado por meio das guias de recolhimento anexadas ao recurso voluntário e pelos comprovantes dos depósitos judiciais realizados nos autos do Mandado de Segurança n. 2001.61.00.0035664 (fls. 1.420/1.425), que, nos termos da jurisprudência do STJ, têm idêntico efeito constitutivo do crédito tributário.

31. O próprio auto de infração fez menção a tais recolhimentos, tanto que sua lavratura pretendeu a constituição do crédito correspondente apenas à diferença entre os valores recolhidos e aqueles supostamente devidos.

(Sublinhado no original)

Houve uma primeira apreciação do recurso especial de divergência da contribuinte em 19/08/2013, no Despacho nº 2300477/2013, às efls. 1713 a 1719, dando-lhe seguimento. Contudo, houve elaboração de novo despacho, após constatação de lapso manifesto em sua fundamentação por se referir a paradigmas não colacionados pela contribuinte no tocante a uma das matérias abordadas.

O recurso especial de divergência da contribuinte foi novamente apreciado, agora em 01/06/2017, pelo atual Presidente da 3ª Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF, que, nos termos dos arts. 67 e 68 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais RICARF, aprovado pela Portaria nº 343 de 09/06/2015, no despacho de efls. 1743 a 1747, deu seguimento ao recurso para que sejam rediscutidas as matérias decadência: lançamento por homologação e critério para verificação do pagamento antecipado .

Contrarrazões da Fazenda Cientificada do RE em 01/06/2017, a Fazenda Nacional apresentou contrarrazões em 16/06/2017, às efls. 1755 a 1759. Sua argumentação reitera a inexistência de antecipação de pagamentos para o lançamento em testilha, devendo essas antecipações serem consideradas em relação a fatos geradores da mesma natureza.

Havendo antecipações relativas a fatos geradores diversos, ainda que do mesmo tributo, descabe a aplicação da contagem com fulcro no § 4º do art. 150 do CTN.

Pelas razões expostas, requer que seja negado provimento ao recurso especial de divergência da contribuinte para manter a aplicação da regra de contagem do prazo decadencial posta no art. 173, inc. I do CTN.

É o relatório.”

Voto Vencido do Dr. Luiz Eduardo de Oliveira Santos:

“Considerando que a maioria do colegiado resolveu converter o julgamento em diligência, e tendo restado vencido quanto essa questão, deixo de apresentar meu voto com relação ao mérito, que será apresentado no momento oportuno.

Registro que ficou designada para redigir a resolução a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.”

Meu voto vencedor:

“Peço licença ao ilustre conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos para divergir do seu entendimento em relação ao encaminhamento dado, por entender ser necessário esclarecimentos por parte da unidade preparadora, para só então realizar o presente julgamento.

Conforme descrito no relatório deste voto, trata-se o presente processo de auto de infração de obrigação principal NFLD DEBCAD nº 37.254.4517, referente a contribuições devidas aos terceiros Sesc, Sebrae e Senac, decorrente de falta de inclusão na remuneração dos segurados empregados de pagamentos a título de auxílio educação, cursos e treinamentos, participação nos resultados e planos de saúde, ou seja, salários indiretos.

Cinge-se a discussão sobre a análise do prazo decadencial a luz do art. 150, §4º ou art. 173, I do CTN.

Contudo, em relação a decadência, encaminho pela conversão do julgamento em diligência, tendo em vista a impossibilidade de comprovação nos autos, da existência de recolhimento para terceiros sobre a folha de pagamento para todas as competências possivelmente abrangidas pelo período decadente (01/2004 a 11/2004).

Note-se que, embora o pano de fundo da autuação seja a existência de ação judicial em relação a parte da contribuição para terceiros, com a alegação de existência de depósitos judiciais, certo é que o julgador para análise do caso, deve ter acesso a todas as informações pertinentes. Não constam os relatórios RADA Relatórios de documentos apresentados, que especifica, por competência, os recolhimentos sobre folha de pagamento, nem tampouco existe informação sobre constar na GFIP, campo próprio, a existência da referida ação judicial e de depósitos judiciais. Essa informação poderá balizar uma decisão mais profícua acerca do tema.

Dessa forma, entendo necessário converter o julgamento do recurso em diligência à unidade de origem, para levantamento das GFIP e da informação da destinação dada ao valor declarado nas competências de 2004, relativo às contribuições a terceiros,

especificando o código (115 ou outros) e informações eventualmente constantes dessas GFIP sobre ação judicial que prejudique o recolhimento dessas contribuições,”

Conclusão

“Face o exposto, voto por converter o julgamento do recurso em diligência à unidade de origem, para levantamento das GFIP e da informação da destinação dada ao valor declarado nas competências de 2004, relativo às contribuições a terceiros, especificando o código (115 ou outros) e informações eventualmente constantes dessas GFIP sobre ação judicial que prejudique o recolhimento dessas contribuições.

É como voto.”

A Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil em São Paulo – Defis/SPO – Divisão de Fiscalização II, em atendimento à Resolução **9202-000.169**, apresentou informações de fls. 1.965/1.978, nos seguintes termos:

“Ref. Processo 19515.005979/2009-87

A resolução 9202-000.169, da 2ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais solicita esclarecimentos relativos aos códigos e informações sobre processos judiciais declarados em GFIP e recolhimentos sobre as folhas de pagamentos.

1. Quanto aos dados da GFIP:

1.1. O código de terceiros informados foi o código 0115 – correspondente ao SESC (Serviço Social do Comércio), SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio a Pequena e Microempresa), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), INCRA (Instituto Nacional da Colonização e reforma Agrária) e Salário Educação.

1.2. Não há na GFIP a informação sobre a existência de ação judicial ou de depósitos judiciais.

1.3. Em anexo, cópia das telas das consultas efetuadas, na época, aos arquivos da DATAPREV, sistema CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, Relatórios DNA – Demonstrativo de Normatizações e Agregações onde constam os códigos e valores informados na GFIP, por competência.

2. Quanto aos recolhimentos sobre a folha de pagamento:

2.1. Constam recolhimentos em GPS (Guia da Previdência Social), no código 2100 – empresas em geral, com recolhimentos relativos a contribuições para o INSS e terceiros.

2.2. No quadro abaixo estão relacionados os recolhimentos por competência e rubrica. Verifica-se que constam recolhimentos para o INSS em todas as competências e para terceiros não constam recolhimentos nas competências 09 e 10/2004.

(Quadro com informações relacionadas acima)

3. O resultado desta diligência está sendo encaminhado ao sujeito passivo, para ciência, com a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, caso desejado, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto n. 7.574, de 29/09/2011, publicado no DOU de 30.09.2011. “

O contribuinte foi cientificado da Resolução **9202-000.169** e das informações prestadas pela Defis/SPO, em 08/05/2018, mas já havia apresentado, em 20/03/2018, documentos comprobatórios que julgou necessários para atendimento da citada resolução, que foram reiterados em 27/04/2018 (fls. 1.813/1.964), como também GFIPS do período 01 a 12/2004 (fls. 2.009/2.023) e uma petição (fls. 2.006/2.008) com o seguinte teor:

LEVY & SALOMÃO ADVOGADOS (REQUERENTE), já qualificado nos autos em referência, por seus advogados, vem respeitosamente à presença de V.Sa., em atenção a Resolução n. 9202-000.169 de fls. 1.797/1.803 da C. 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, expor e requer o quanto segue.

1. Por meio da referida Resolução, a C. 2ª Turma converteu o julgamento do recurso especial do Requerente em diligência para que essa C. Delegacia apurasse a destinação dada às contribuições recolhidas às entidades terceiras (“outras entidades” – Salário-Educação, INCRA, SENAC, SESC, SEBRAE) nas competências de 2004.

2. Objetivando colaborar com essa C. Delegacia na execução dessa diligência, o Requerente pede a juntada das anexas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP/SEFIP) das referidas competências.

3. Como se vê desses documentos, o código do Fundo da Previdência e Assistência Social (FPAS) do Requerente era o 515. Por essa razão e nos termos do Anexo II da Instrução Normativa INSS/DC n. 100/2003 (“Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS”), o Requerente contribuía às seguintes entidades de acordo com as seguintes alíquotas: Salário-Educação, 2,5% (código 1); INCRA, 0,2% (código 2); SENAC, 1% (código 16); SESC, 1,5% (código 32); e SEBRAE, 0,6% (código 64) (total: 5,8%)¹.

4. Para que a Receita Federal desse correta destinação aos valores recolhidos, o Requerente informava em sua GFIP/SEFIP a soma dos códigos correspondentes a cada uma dessas entidades (1 + 2 + 16 + 32 + 64 = 115), como se vê da seguinte reprodução da declaração de fevereiro de 2004:

5. Nos termos do Manual da GFIP/SEFIP², quisesse o Requerente deixar de contribuir especificamente a alguma entidade terceira, ele deveria excluir o respectivo código da soma. Nesse sentido, exemplo do próprio Manual para quando há convênio para recolhimento direto:

“2.5 - CÓDIGO DE OUTRAS ENTIDADES (TERCEIROS)

Informar o código de outras entidades e fundos para os quais a empresa está obrigada a contribuir, de acordo com a tabela de alíquotas por FPAS constante dos anexos da Instrução Normativa que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais administradas pela RFB.

O código de outras entidades e fundos deve estar vinculado ao FPAS informado.

O código a ser informado neste campo é encontrado somando-se os códigos correspondentes a cada entidade para a qual há contribuição.

Exemplo:

A empresa possui FPAS 507, devendo contribuir para o Salário-Educação, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE. Na tabela de alíquotas por FPAS, observe que são para essas entidades que há alíquota de contribuição no FPAS 507. Observe também que abaixo de 'Salário-Educação' há o código 0001, abaixo de 'INCRA' há 0002, abaixo de 'SENAI' há 0004, e assim por diante. Somando-se os códigos existentes abaixo de cada entidade, para a qual há contribuição no FPAS 507, chega-se ao código 0079 (0001 + 0002 + 0004 + 0008 + 0064)."

Havendo recolhimento direto à(s) entidade(s) e/ou a o(s) fundo(s), o código da entidade para a qual há convênio não deverá ser somado.

Exemplo:

No exemplo anterior, se a empresa possuir convênio com o SENAI, recolhendo diretamente para essa entidade, deverá somar os códigos existentes abaixo de cada entidade, não adicionando o código referente ao SENAI 004, resultando assim no código 0075 (0001 + 0002 + 0008 + 0064)."

6. Como se percebe das GFIP/SEFIP juntadas à presente petição, não foi isso o que o Requerente fez. Ele informou em suas declarações o código 115.

7. A partir desse fato, constata-se que os valores recolhidos sob o título "outras entidades" foram distribuídos a todos os terceiros do FPAS 515 (Salário-Educação, INCRA, SENAC, SESC, SEBRAE). Eventual recolhimento a menor dessas contribuições impactou todos os terceiros.

8. Por fim, o Requerente informa que as Guias da Previdência Social (GPS) das competências de 2004 se encontram juntadas às fls. 1.625/1.643."

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Pressupostos de Admissibilidade

O Recurso Especial interposto é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial a fls. 1713. Assim, não havendo qualquer questionamento acerca do conhecimento e concordando com os termos do despacho proferido, passo a apreciar o mérito da questão.

Do mérito

Cinge-se a controvérsia na aplicação da decadência quinquenal, questionamento a aplicação da regra prevista no art. 150, §4º do CTN dada a existência de recolhimento antecipado.

Da decadência

Quanto ao acatamento da preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD/AIOP, antes mesmo de apreciar a correta aplicação da regra decadencial no acórdão recorrido, passemos a considerações acerca do tema que norteiam o entendimento dessa relatora.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de nº 8, senão vejamos:

***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”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Assim, prescreve o artigo em questão:

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.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, nos casos de lançamentos em que não houve antecipação do pagamento assim estabelece em seu artigo 173:

"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 se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, Senão vejamos o dispositivo legal que descreve essa assertiva:

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.*

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 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. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173, I ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias, bem como sua subssunção aos termos da súmula nº 99 do CARF.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Nesse ponto, importante identificarmos as informações constantes no acórdão recorrido, bem como a análise dos relatórios constante no auto de infração.

No caso, por não constar informações no processo que pudessem destacar a existência de recolhimentos para aplicação do art. 150, §4º do CTN, o julgamento foi convertido em diligência, tendo sido prestadas as seguintes informações:

“Ref. Processo 19515.005979/2009-87 A resolução 9202-000.169, da 2ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais solicita esclarecimentos relativos aos códigos e informações sobre processos judiciais declarados em GFIP e recolhimentos sobre as folhas de pagamentos.

1. Quanto aos dados da GFIP:

1.1. O código de terceiros informados foi o código 0115 – correspondente ao SESC (Serviço Social do Comércio), SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio a Pequena e Microempresa), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), INCRA (Instituto Nacional da Colonização e reforma Agrária) e Salário Educação.

1.2. Não há na GFIP a informação sobre a existência de ação judicial ou de depósitos judiciais.

1.3. Em anexo, cópia das telas das consultas efetuadas, na época, aos arquivos da DATAPREV, sistema CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, Relatórios DNA – Demonstrativo de Normatizações e Agregações onde constam os códigos e valores informados na GFIP, por competência.

2. Quanto aos recolhimentos sobre a folha de pagamento:

2.1. Constam recolhimentos em GPS (Guia da Previdência Social), no código 2100 – empresas em geral, com recolhimentos relativos a contribuições para o INSS e terceiros.

2.2. No quadro abaixo estão relacionados os recolhimentos por competência e rubrica. Verifica-se que constam recolhimentos para o INSS em todas as competências e para terceiros não constam recolhimentos nas competências 09 e 10/2004.

(Quadro com informações relacionadas acima)

3. O resultado desta diligência está sendo encaminhado ao sujeito passivo, para ciência, com a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para manifestação, caso desejado, nos termos do parágrafo único do artigo 35 do Decreto n. 7.574, de 29/09/2011, publicado no DOU de 30.09.2011. “

Na informação fiscal destaca a existência de recolhimentos para todas as competências, mas aduz que em relação às competências 09 e 10/2004 não existe a indicação de que se tratam de diferenças de contribuições destinadas a terceiros.

Após devidamente cientificado dos termos da diligência, o sujeito passivo traz aos autos em contraponto às conclusões apresentadas pela RFB de que na verdade foram, sim efetivos recolhimentos nas referidas competência em relação à terceiros. Senão vejamos o detalhamento por ele trazido, que entende reflete perfeitamente a existência de início de recolhimento (mesmo não o sendo em sua totalidade) destinado a terceiros. Ressalte-se, ainda,

que nas GPS apresentadas na pétção às fls. 1536/1538, ratificadas às fls. 2142 e seguintes, consta expressamente recolhimentos à terceiros e essas GPS refletem as GFIP citadas na informação fiscal.

No lançamento em questão a lavratura do AI deu-se em 16/12/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 17/12/2009. Os fatos geradores sob reapreciação envolvem as competência 01/2004 a 12/2004, dessa forma, a luz do art. 150, §4º do CTN considerando a existência de recolhimentos deve ser DADO PROVIMENTO ao recurso.

Conclusão

Face o exposto, voto por CONHECER do Recurso Especial do contribuinte, para , no mérito DAR-LHE PROVIMENTO

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.