



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

Processo n° 35301.000167/2007-45
Recurso n° 143.960 Voluntário
Acórdão n° 2401-00.009 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de março de 2009
Matéria PREVIDENCIÁRIO
Recorrente SOCIEDADE MICHELIN DE PARTICIPAÇÕES INDÚSTRIA E
COMÉRCIO LTDA
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/2001

Tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria.

Termo inicial: (a) Primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, se não houve antecipação do pagamento (CTN, ART. 173, I); (b) Fato Gerador, caso tenha ocorrido recolhimento, ainda que parcial (CTN, ART. 150, § 4º).

No caso, trata-se de tributo sujeito a lançamento por homologação e houve antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 150, § 4º do CTN.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) por unanimidade de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 11/2000; II) Por maioria de votos, em declarar a decadência das contribuições apuradas até a competência 08/2001. Vencidas as Conselheiras Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros (Relatora) e Ana Maria Bandeira, que votaram por declarar a decadência das contribuições apuradas somente até a competência 11/2000; e III) Por unanimidade de votos, no mérito, em negar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor, na parte referente à decadência, a Conselheira Cleusa Vieira de Souza.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Consta do Relatório da NFLD (fls. 93 a 98) que o fato gerador das contribuições lançadas é o pagamento, pela empresa a seus empregados, de verbas intituladas “Participação nos Resultados, Participação Lucros e Participação nos Resultados de Vendas”, em desacordo com a legislação específica, considerados pela fiscalização como remuneração indireta e sobre a quais a empresa não fez incidir contribuição previdenciária.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 120 a 377, e Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 17.403.4/0309/2006, fls. 379 a 391, julgou o lançamento procedente, defendendo que, a teor do disposto no art. 45 da Lei 8.212/91, não se operou a decadência em relação às competências do débito, e entendendo que a parcela paga a título de participação nos lucros, antes da regulamentação ou em desacordo com a norma regulamentadora, integra o conceito de remuneração para fins de incidência da exação previdenciária.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 147 a 175), repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação.

Preliminarmente, insiste na ilegitimidade passiva dos sócios da empresa, salientando que a responsabilidade dos sócios por obrigações tributárias somente se configura nas hipóteses de práticas de atos que constituam excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou estatutos, conforme disposto no art. 135, III, do CTN, o que não ocorreu no presente caso.

No mérito, alega que a decisão recorrida cometeu equívoco ao evocar o entendimento que vigorava antes do advento da MP 794/94, quando todos os fatos geradores sob exame ocorreram a partir do ano de 1998 e violou o princípio da motivação dos atos administrativos, pois não mencionou as supostas irregularidades que motivaram o lançamento e nem analisou quaisquer dos argumentos apresentados pela recorrente, além de, sem qualquer novo procedimento de fiscalização, suscitou outras irregularidades supostamente praticadas pela recorrente e não identificadas pelo agente lançador.

Reitera a regularidade dos pagamentos da PPLR durante o exercício de 1998 e 1999, reafirmando que foi celebrado acordo com os seus funcionários, não existindo a suposta irregularidade apontada pelo fiscal, não restando dúvida que tais pagamentos se encontram em perfeita harmonia com a legislação.

Faz um breve histórico sobre a desvinculação da PPRL da remuneração dos empregados para inferir que a participação nos lucros da empresa deixou de ser direta e passou a guardar estreita relação com a questão da produtividade, e conclui que a atual Carta Política



assegura ao trabalhador o direito de participar dos lucros ou resultados da empresa de forma desvinculada da remuneração.

Tece considerações sobre a interpretação do artigo 7º, XI, da CF na tentativa de demonstrar que a eventual inexistência de lucro não impede que o trabalhador receba valores atrelados à sua produtividade desvinculados da sua remuneração e que é evidente a improcedência da NFLD em debate, por expressa violação ao disposto no referido artigo 7º, da CF.

Assevera que é claramente ilegítima a pretensão do agente fiscal de restringir o alcance do termo “resultados” do art. 7º da CF para “resultados financeiros”, e aduz que se a própria Constituição não quis limitar a abrangência do termo “resultados”, sem dúvida não cabe à Administração Pública fazê-lo.

Defende que a interpretação restritiva conferida pelo agente fiscal no presente caso é desprovida de qualquer autorização legal expressa, de modo que representa flagrante violação ao princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 37, da CF/88.

Esclarece que a recorrente não efetuou o pagamento a título de participação nos lucros em uma periodicidade superior àquela autorizada em lei, conforme afirmou equivocadamente o fiscal, mas apenas distribuiu, para determinado grupo de funcionários, PR no mês de janeiro e, para outro grupo de empregados, PRV nos meses de fevereiro e agosto, sendo que os eventuais pagamentos tidos pela fiscalização como sendo realizados fora da periodicidade legal representam pagamento proporcional decorrente da rescisão do contrato de trabalho ou mero “acerto de contas”, não constituindo, em absoluto, novas distribuições de participações.

Alega decadência de parte do débito, defendendo a aplicação do prazo decadencial previsto no artigo 150, § 4º, do CTN e finaliza requerendo que seja conhecido e provido o presente recurso.

Em contra-razões, a SRP manteve a decisão recorrida.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Preliminarmente, a notificada alega ilegitimidade passiva dos sócios da empresa, salientando que a responsabilidade dos sócios por obrigações tributárias somente se configura nas hipóteses de práticas de atos que constituam excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou estatutos, conforme disposto no art. 135, III, do CTN, o que não ocorreu no presente caso.

Todavia, cumpre esclarecer que a inclusão do nome dos co-responsáveis é um dos requisitos necessários para a constituição do crédito, e visa principalmente o sucesso de futura execução fiscal, nos termos do art. 4º da lei 6830/80.

Vale ressaltar que os diretores e/ou sócios não estão sendo penalizados com a lavratura da NFLD em tela, já que a mesma foi lavrada contra a SOCIEDADE MICHELIN DE PARTICIPAÇÕES INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, que é o sujeito passivo da obrigação tributária. Conforme restou demonstrado na identificação da notificada, na folha 01, é SOCIEDADE EDUCACIONAL DO ESPÍRITO SANTO – SEDES/UVV e a empresa citada acima que foi notificada, e não os seus sócios. E, ao constatar o inadimplemento das obrigações previdenciárias, o agente notificante lançou corretamente o débito em nome do contribuinte inadimplente, fazendo constar os co-responsáveis nos relatórios da NFLD, consoante determinações contidas nos normativos legais que regem a matéria.

Rejeito, portanto, quanto à co-responsabilidade, as alegações trazidas pela recorrente em sede preliminar.

A recorrente alega, ainda, decadência de parte do débito, defendendo a aplicação do prazo decadencial previsto no artigo 150, § 4º, do CTN.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 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 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a 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. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda 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. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes 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; (g.n.)”

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 parágrafos 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 seja 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, no 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 responsabilização 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”

O fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de verbas que a empresa entendia como não integrante da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Assim, no caso em comento, trata-se de lançamento de ofício onde não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

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.

A NFLD foi consolidada em 28/09/2006, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 29/09/2006.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito apenas para as competências 01/1998 a 11/2000. Para a competência 12/2000, o lançamento poderia ter sido lançado em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima. Portanto, para as competências objeto da NFLD em comento, a Previdência Social se encontra ainda no direito de cobrar as contribuições devidas lançadas nas competências 12/2000 a 12/2001.

Assim, acato parcialmente a preliminar de decadência.

rsj

7

No mérito, a recorrente sustenta que a decisão recorrida cometeu equívoco ao evocar o entendimento que vigorava antes do advento da MP 794/94, quando todos os fatos geradores sob exame ocorreram a partir do ano de 1998 e que violou o princípio da motivação dos atos administrativos, pois não mencionou as supostas irregularidades que motivaram o lançamento e nem analisou quaisquer dos argumentos apresentados pela recorrente, além de, sem qualquer novo procedimento de fiscalização, suscitou outras irregularidades supostamente praticadas pela recorrente e não identificadas pelo agente lançador.

Entretanto, verifica-se que o julgador monocrático não apenas “evocou” o entendimento que vigorava antes do advento da MP 794/94, como trouxe o histórico da legislação que rege a matéria, a exemplo do que fez a notificada em sua peça recursal e colacionou, ainda, a jurisprudência administrativa sobre a matéria, conforme os julgados do CRPS citados na DN recorrida, transcrevendo o Parecer da Consultoria Jurídica nº 1.748, que concluiu pela incidência de contribuição previdenciária sobre o pagamento de Participação nos Lucros e reconheceu a eficácia limitada do inciso XI, do art. 7º, da CF, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente, a decisão recorrida analisou os argumentos apresentados, não havendo violação do princípio da motivação, já que as irregularidades que motivaram o lançamento se encontram devidamente demonstradas no Relatório Fiscal da NFLD.

Ademais, vale ressaltar que o órgão julgador não está obrigado a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento
em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150*

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA
FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE.
REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO.
DESNECESSIDADE.*

*1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré
questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado
omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não
está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das
partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para
fundar a decisão.*

2. Recurso não conhecido.

*REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258*

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. (g.n.)

Constata-se que a Decisão-Notificação demonstra a convicção do julgador diante dos fatos e argumentos que lhe foram apresentados, seja pela auditoria fiscal, seja pela notificada.

Portanto, não se verifica equívocos na fundamentação da decisão recorrida.

A notificada tenta demonstrar a regularidade dos pagamentos da PPLR durante o exercício de 1998 e 1999. Contudo, os argumentos utilizados para esse fim não serão objeto de análise por esta Conselheira, tendo em vista o reconhecimento da decadência para o referido período.

A fiscalização observou o pagamento de verbas intituladas PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS (verba 160), PARTICIPAÇÃO LUCROS (verba 002) e PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DE VENDAS (verba 161), sobre as quais a empresa não fez incidir a contribuição previdenciária.

A verba 161, conforme verificado pela autoridade notificante, reveste-se da natureza de prêmio, pois essa participação era paga a um reduzido número de empregados, e o seu pagamento estava vinculado ao cumprimento de metas estabelecidas pela empresa para determinada área.

E, segundo Amauri Mascaro Nascimento: "*A natureza jurídica do prêmio não sofre, praticamente, contestações. É uma forma de salário vinculado a um fator de ordem pessoal do empregado ou geral de muitos empregados, via de regra a sua produção. Daí falar-se, também, em salário por rendimento ou salário por produção. Caracteriza-se, também, pelo seu aspecto condicional. Uma vez verificada a condição de que resultam, devem ser pagos*". (In "*Teoria Jurídica do Salário*", Editora LTR, 1994, pg. 256).

Assim, prêmio é remuneração. Esse também é o entendimento do TST:

“Prêmio é gratificação, e gratificação é salário, se ajustada expressa ou tacitamente, porque a CLT não exige o ajuste expresso” TST pleno E-RR 1943/82 - DJU 06/12/85 - pág. 22644”.

Dessa forma, os valores pagos pela recorrente a seus empregados a título de “Participação nos Resultados de Vendas”, por possuir a natureza de prêmio, integram o salário de contribuição, conforme inciso I, art 28, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.596-14/1997, convertida na Lei 9.528/97.

A fiscalização constatou, ainda, que a empresa distribuiu lucros em 2001, mesmo tendo apresentado prejuízo no ano base de 2000.

A notificada se defende argumentando que a eventual inexistência de lucro não impede que o trabalhador receba valores atrelados à sua produtividade desvinculados da sua remuneração e que é evidente a improcedência da NFLD em debate, por expressa violação ao disposto no referido artigo 7º, da CF.

No entanto, entendo que não é possível a distribuição de lucros, quando esses são inexistentes. Não se distribui uma coisa que não existe.

A empresa aduz que se a própria Constituição não quis limitar a abrangência do termo “resultados”, sem dúvida não cabe à Administração Pública fazê-lo e defende que a interpretação restritiva conferida pelo agente fiscal no presente caso é desprovida de qualquer autorização legal expressa, de modo que representa flagrante violação ao princípio da legalidade estrita, previsto no artigo 37, da CF/88.

Contudo, ressalte-se que a observância ao ordenamento jurídico infraconstitucional não agride as garantias constitucionais previstas no art. 7º, da Constituição Federal, vez que se encontra inculpada, em toda a Constituição, o respeito ao princípio da legalidade. Dessa forma, a observância das disposições legais, em especial, as inseridas na Lei 8.212/91, não implica afronta ao art 37 da CF, como entendeu equivocadamente a recorrente.

E a Constituição Federal assim estabelece: “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. (CF, art. 201, § 11).

A Lei 8.212/91 consubstanciou o disposto na Constituição Federal, ao estabelecer: “Entende-se por salário de contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, **os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ...**”.

As verbas em tela pagas pela empresa aos empregados representam uma vantagem econômica para o trabalhador e integram o salário-de-contribuição.

”

Ademais, é oportuno lembrar que, conforme art. 176 do CTN, “a isenção, ainda que prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão...”.

No presente caso, não resta dúvida que as verbas pagas sob o título PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS, PARTICIPAÇÃO LUCROS e PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DE VENDAS não estão incluídas nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, acolher parcialmente a preliminar de decadência, para excluir do lançamento os valores correspondentes ao período de 01/1998 a 11/2000, rejeitar as demais preliminares suscitadas e, no mérito, **NEGAR-LIHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 3 de março de 2009



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

Voto Vencedor

Conselheira Cleusa Vieira de Souza, Redatora Designada

Ouso divergir da ilustre Conselheira Relatora no que se refere à decadência argüida pela Recorrente e acolhida pela relatora com fulcro no artigo 173 inciso I do CTN.

Com relação à qual, vale esclarecer que até a Seção do mês de maio/2008, esta Câmara de julgamento, bem como esta Conselheira mantinha o entendimento de que a constituição do crédito previdenciário, aplicava-se as disposições contidas na Lei nº 8212/91, art. 45 que determina: *"o direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se em após dez anos a contar do 1º dia do exercício seguinte àquele que o crédito poderia ter sido constituído"*.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal - 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".

No REsp 879.058/PR, DJ 22.02.2007, a 1ª Turma do STJ pronunciou-se nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO SOBRE FUNDAMENTAÇÃO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. TRIBUTÁRIO.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º).PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. omissis

2. omissis

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

4. 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 da 1ª Seção: ERESP 101.407/SP, Min. Ari Pargendler, DJ de 08.05.2000; ERESP 278.727/DF, Min. Franciulli Netto, DJ de 28.10.2003; ERESP 279.473/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 11.10.2004; AgRg nos ERESP 216.758/SP, Min. Teori Zavascki, DJ de 10.04.2006.

5. No caso concreto, todavia, não houve pagamento. Aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

6. Recurso especial a que se nega provimento."

E ainda, no REsp 757.922/SC, DJ 11.10.2007, a 1ª Turma do STJ, mais uma vez, pronunciou-se nos termos da ementa colacionada:

“EMENTA CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO.

1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. 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: 1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado "

3. *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.*

4. *No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN.*

5. *Recurso especial a que se nega provimento.*

É a orientação também defendida em doutrina:

“Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Nos parece claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que chancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos.” (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 6ª ed., p. 1011)

“Ora, no caso da homologação tácita, pela qual se aperfeiçoa o lançamento, o CTN estabelece expressamente prazo dentro do qual se deve considerar homologado o pagamento, prazo que corre contra os interesses fazendários, conforme § 4º do art. 150 em análise. A consequência — homologação tácita, extintiva do crédito — ao transcurso in albis do prazo previsto para a homologação expressa do pagamento está igualmente nele

*consignada” (Misabel A. Machado Derzi, Comentários ao CTN,
Ed. Forense, 3a ed., p. 404)*

No caso em exame, como não houve a demonstração por parte da fiscalização que não houve a antecipação de pagamento, para a aplicação da regra contida no artigo 173, entendo que há que se manter a regra geral e aplicar-se ao caso a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir do fato gerador.

Portanto, na data da ciência da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, que se deu em 29/09/2006, as contribuições apuradas referentes ao período de 01/1998 a 08/2001 já se encontravam fulminadas pela decadência, razão porque acolho a preliminar suscitada para excluir do presente lançamento, as contribuições relativas ao período mencionado.

Sala das Sessões, em 3 de março de 2009



CLEUSA VIEIRA DE SOUZA - Redatora Designada