



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

Processo nº 35301.010572/2005-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-006.009 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SENDAS S/A E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1995 a 31/12/1996

INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE DINHEIRO OU BENS PARA ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA VINCULANTE Nº 21 DO STF.

O Recurso Administrativo apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do artigo 126 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.727/2008, após reiteradas decisões do STF no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa. O entendimento da Egrégia Corte restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (artigo 103-A da Constituição Federal). Ademais, o contribuinte obteve provimento judicial autorizando o processamento do recurso voluntário.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8. PAGAMENTO ANTECIPADO. DEFERIMENTO.

Declarada pelo STF, sendo inclusive objeto de súmula vinculante, a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que estabeleciam o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 31 DA LEI 8.212/1991. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TOMADOR DE MÃO-DE-OBRA. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.711/1998.

NECESSIDADE DE PRÉVIA FISCALIZAÇÃO DO PRESTADOR DE SERVIÇO, A FIM DE CERTIFICAR A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A responsabilidade do tomador do serviço pelas Contribuições Previdenciárias é solidária, conforme consignado na redação original do art. 31 da Lei 8.212/1991, não comportando benefício de ordem. Todavia, no período pretérito à edição da Lei 9.711/1998, há necessidade de prévia aferição na contabilidade do prestador dos serviços, cedente de mão-de-obra, para certificar a ausência do reconhecimento da Contribuição Previdenciária, sendo incabível a aferição indireta nas contas do tomador dos serviços antes de tal providência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, dar provimento ao recurso voluntário para declarar a decadência do crédito tributário lançado. Declarou-se impedido de participar do julgamento o conselheiro Matheus Soares Leite, substituído pela conselheira Fernanda Melo Leal (Suplente Convocada).

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier (Presidente), Cleberson Alex Friess, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Sheila Aires Cartaxo Gomes e Fernanda Melo Leal. Ausente a Conselheira Marialva de Castro Calabrich Schlucking.

Relatório

Tratam os presentes autos de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD (DEBCAD 35.566.209-4 – fls. 02/15), lavrado contra as empresas SENDAS S/A e ENGISCOR ENGENHARIA DE SISTEMAS LTDA., sucedida por ARAÚJO ABREU ENGENHARIA DE INSTALAÇÕES LTDA., no valor total de R\$ 140.497,23 (cento e quarenta mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e três centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 34/38) o crédito constituído é referente às contribuições sociais arrecadadas pelo INSS e destinadas à Seguridade Social,

correspondente à contribuição dos segurados empregados e a contribuição da empresa, inclusive para o custeio das prestações decorrentes de acidente de trabalho ou do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos do Ambiente de Trabalho – GILRAT, em razão da responsabilidade solidária entre a empresa tomadora (Sendas S/A) e a empresa prestadora (Engiscom Engenharia de Sistemas Ltda.), decorrente da contratação de prestação de serviços de construção civil no período de 11/1995 a 12/1996.

Às fls. 39/40 consta tabela indicando os percentuais usados para o cálculo para o salário de contribuição, correspondendo tais valores a 20% sobre o valor bruto da nota fiscal, uma vez que não estavam discriminados nas respectivas notas os valores correspondentes ao material fornecido pela prestadora para a execução da obra.

Devidamente cientificada, a Interessada SENDAS S/A apresentou Defesa Prévia (fls. 45/58), com as seguintes considerações:

(i) Da decadência. Se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário. É ilegal o lançamento efetuado pelo INSS, materializado na NFLD em tela, diante da extinção dos alegados créditos, já homologados, operando-se a decadência do direito da Fazenda.

Apesar do caput do artigo 45 da Lei 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Isto porque não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Conclui-se, portanto, que foram ilegalmente constituídos na NFLD em tela todos os valores lançados pelo INSS relativos às competências de novembro de 1995 a agosto de 1997, inclusive, posto que já homologada tacitamente, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, ocorrendo assim a preclusão do prazo da Fazenda Pública para constituir eventual crédito mediante lançamento.

(ii) Da ilegalidade *in totum* do lançamento. As competências a que se refere o lançamento em apreço nesta lide são anteriores ao advento da Lei nº 9.711, de 20.11.98. Logo, a presente discussão não trata da obrigação do tomador de serviços de reter o percentual de 11% (onze por cento) sobre os valores de notas fiscais de seus prestadores de serviço, instituída posteriormente aos fatos geradores em tela nesta demanda.

Argumenta que somente pode existir o instituto da solidariedade se houver dívida, a fim de que o credor possa imputá-la a qualquer um dos devedores solidários, e para existir dívida é necessário que haja inadimplência do devedor originário.

Cita os artigos 124 e 142 do Código Tributário Nacional para defender a sua ausência de responsabilidade.

Conclui que o instituto da solidariedade somente pode ser efetivado nos casos em que a Fiscalização, preliminarmente, determine junto ao contribuinte praticante do fato gerador a devida e efetiva contribuição não recolhida, para, só então, cobrar-se do co-responsável pela obrigação.

(iii) As formas de calcular o montante do tributo devido. No caso presente, realizou o Fisco uma indubitável aferição indireta, ao apurar o pseudo débito através de percentuais sobre os valores das notas fiscais de prestação de serviços, ignorando, não se sabe porquê, a contabilidade do devedor originário, o que não é aceitável.

Argumenta que é dever, e não mera faculdade, da Autarquia fiscalizar junto à empresa contribuinte (devedora originária) a sua folha de pagamento, cuja obrigação de manter em consonância com as normas legais é unicamente da empresa que paga ou credita tais remunerações (prestadora de serviços).

Alega que o Fisco contrariou o artigo 33, § 6º da Lei nº 8.212/91, uma vez que este dispositivo estabelece as situações que dão margem à aferição indireta por parte da Fiscalização.

(iv) Da ausência de qualquer infração por parte da impugnante. Assevera que constituir o crédito tributário contra a responsável solidária mediante a aplicação de percentual sobre as notas fiscais detidas pela impugnante, sem prévia comprovação da idoneidade dos registros contábeis do prestador de serviços, é ilegal, contrariando claramente o § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

(v) Ilegal incidência de juros e multa. Sobre o tema, a impugnante defende que os valores são excessivos, configurando confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, que não pode ser ofendida por legislação ordinária.

Por sua vez, devidamente cientificada da presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, a sociedade prestadora protocolou defesa tempestiva (fls. 67/136), juntando também os seguintes documentos: cópias simples das Alterações do Contrato Social (fls. 68/105); cópias de Guias de Recolhimento da Previdência Social - GRPs e Notas Fiscais (fls. 106/136).

Alega que A sociedade inicia sua defesa referindo que a Engiscom e a Sendas S/A firmaram contrato de serviços para reforma da sede do supermercado Sendas de Nova Iguaçu e Largo do Bicão - Penha.

Refere que conforme acordado no contrato firmado entre as duas sociedades, os pagamentos à Engiscom somente seriam efetuados depois de comprovados por ela os recolhimentos dos tributos devidos e assim foi feito.

Dessa forma, anexa aos autos cópias de Guias de Recolhimento e requer a revisão do débito.

Considerando a divergência entre os salários-de-contribuição lançados no DAD e aqueles expressos nas tabelas elaboradas pelos AFPS notificantes e também as GPS juntadas aos autos, os mesmos foram encaminhados à fiscalização, em diligência, que se manifestou pela Informação Fiscal de fls. 145/147 com trechos abaixo transcritos:

“2 - Com relação a solicitação da Seção de Análise de Defesas e Recursos esclarecemos que:

- quanto à divergência dos salários-de-contribuição lançados no DAD - Discriminativo Analítico de Débitos (fls. 04/06) e aqueles expresso nas tabelas (fls. 39/40) e quanto aos valores discriminados no DAD - Discriminativo Analítico de Débitos, porém que não constam das tabelas (fls. 39/40) = estamos anexando planilha da obra da Av. 28 de Setembro, 431 - Vila Izabel – CEI 17.051 .01517/70, que por lapso de nossa parte, deixou de ser anexada à época do levantamento de débito e cópias das notas fiscais.

- quanto ao enquadramento legal do presente levantamento:

Informamos que os serviços de instalações elétricas e hidráulicas (fls. 39/40) consta do Anexo II da IN nº 69(...), e por essa razão foi caracterizado como construção civil.

- Quanto aos documentos _juntados pela empresa prestadora:

OBRA - LARGO DO BICAO (FLS. 39)

A empresa apresentou GRPS referente às competências 11/95 e 03/96 - fls. 104 e 107.

OBRA NOVA IGUAÇU (fls. 40)

A empresa apresentou GRPS que já constam da planilha as fls. 109/114 e 118.

A empresa apresentou diversas GRPS das fls. 120/127 relacionadas a notas fiscais que não constam do levantamento de débito.

Com relação à GRPS da fls. 111 - referente às notas fiscais 520/521 a mesma não consta da planilha - salário-de-contribuição de 5.200,00.

Tendo em vista o acima exposto, das GRPS apresentadas pela empresa informamos que:

- As competências 11/95 e 03/96 = devem ser excluídas.

- A competência 08/96 = o valor deve ser retificado de 85.356,00 para 80.156,00 (deduzida o valor da GRPS de 5.200,00)

- As demais competências de débito permanecem inalteradas.”

A fim de assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa dos contribuintes, a Seção do Contencioso Administrativo, encaminhou aos mesmos, Despacho, deixando claro e inequívoco que o enquadramento legal que embasou o lançamento fiscal, e informando também acerca do resultado da diligência fiscal, reabrindo prazo de 15 (quinze) dias para que os mesmos se manifestassem por meio de nova defesa (se desejassem).

Cientificada, dentro do prazo legal, a empresa Sendas S/A apresentou Defesa Adicional (fls. 162/173), em suma, com o mesmo conteúdo da defesa anteriormente apresentada.

Por sua vez, a empresa ENGISCOR ENGENHARIA DE SISTEMAS LTDA apresentou Impugnação às fls. 175/216, da seguinte forma:

(i) Que o débito se encontra atingido pela decadência;

(ii) Que no período dos fatos geradores não existia nenhuma legislação que obrigasse à empresa arquivar GRPSs e Folhas de Pagamento, desta forma a lavratura da presente NFLD afronta ao princípio da legalidade, pois tal exigência (se guardar documentação) se deu a partir de 1999;

(iii) Que o INSS não tem legitimidade para exigir ainda que solidariamente, o crédito previdenciário da Impugnante, sem comprovar que procedeu diligências junto ao sujeito passivo direto desta relação tributária afim de comprovar que este não tenha efetuado o recolhimento;

(iv) Discute acerca da Lei nº 8.212/91 em seu artigo 31, § 2º ter alargado o conceito de cessão de mão-de-obra de forma a extrapolar os conceitos dados pelo Direito Civil e pelo Direito de Trabalho, chegando tal artigo da Lei Previdenciária a englobar como exemplo os serviços prestados pela Impugnante. Daí tal artigo ser ilegal;

(v) Discute acerca da necessidade de que seja entregue a autuação fiscal nas mãos do próprio devedor e não de terceiros tais como zelador, porteiro, síndico de prédio ou mesmo por meio de pessoa da família. referindo que é nula a autuação que não seja entregue ao devedor.

(vi) Discute acerca da ilegalidade do arbitramento ser um percentual de 40% sobre o valor do serviço prestado, uma vez que não existe correlação entre o preço do serviço prestado e a remuneração do empregado. E que somente a Lei pode autorizar a obtenção da base de cálculo, o que não aconteceu no presente caso;

(vii) Salienta que é necessário que a fiscalização primeiro se dirija ao estabelecimento do sujeito passivo e contribuinte originário, tendo em vista ser o meio adequado para se chegar ao correto montante da contribuição em questão e somente proceder aferição indireta em casos extremos;

(viii) Ao final pede que a presente NFLD seja anulada uma vez que o INSS não procedeu qualquer ação fiscal junto à empresa Araújo Abreu Engenharia de Instalações Ltda., a fim de verificar o efetivo recolhimento da contribuição previdenciária.

Sobreveio Decisão Notificação nº **17.422.4/0181/2006 da Secretaria da Receita Previdenciária – Unidade Descentralizada de Duque de Caxias/RJ**, às fls. 248/267, julgando procedente em parte o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido em parte. Confira-se:

“EMENTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ELISÃO. ARBITRAMENTO. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. JUROS. MULTA. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

O proprietário, o dono da obra ou condômino da unidade imobiliária, qualquer que seja a forma de contratação da construção, reforma ou acréscimo, são solidários com o construtor, e estes com a subempreiteira, pelo cumprimento das obrigações para com a Seguridade Social, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou contratante da obra e admitida a retenção de importância a este devida para garantia do cumprimento dessas obrigações, não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem, Lei 8.212/91, art. 30, VI.

Somente será elidida a responsabilidade solidária existente entre o tomador e prestador de serviços se atendidos os critérios estabelecidos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

É lícita a apuração por aferição indireta do salário de contribuição na ocorrência de recusa, sonegação ou apresentação deficiente de documentos (Art. 33, § 3º da Lei nº 8.212/91).

É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e constituição do crédito previdenciário, conforme artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Conforme estabelece o artigo 34 da Lei nº 8.212/91, com a redação alterada pela Lei nº 9.528/97, sobre as contribuições sociais recolhidas em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC.

A multa pelo recolhimento em atraso das contribuições arrecadadas e administradas pelo INSS incide de forma automática, conforme percentuais, prazos e formas de pagamento do débito previstos na Lei nº 8.212/91, artigo 35, na redação restabelecida pelo artigo 1º da Lei 9.528/97, e alterada pela Lei 9.876/99.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre matéria relativa a constitucionalidade de lei.

LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE”

Do resultado do julgamento, a contribuinte Sendas S/A foi intimada em 02/08/2006 (fl. 276) e a Araújo Abreu Engenharia de Instalações Ltda. (Engiscom) em 28/07/06 (fl. 277).

Em seguida, foi anexado aos autos (fls. 292/299) mandado de intimação referente ao Mandado de Segurança (Processo nº 2006.51.10.005688-0), onde a Recorrente (Sendas S/A) questiona a exigência do depósito de 30% do crédito como condição para interposição de recurso voluntário, o qual foi parcialmente deferida a medida liminar para determinar ao Chefe da Seção do Contencioso Administrativo Previdenciário da Secretaria da Receita Previdenciária de Duque de Caxias/RJ, que dê seguimento ao recurso administrativo já interposto pela empresa com respeito às NFLD's nº 35.566.217-5 e 35.566.252-3, e que receba e processe os recursos que aquela venha, eventualmente, a interpor com respeito às NFLDs nºs

35.566.181-0, 35.566.182-9, 35.566.209-4 e 35.566.213-2, desde que atendido pela Recorrente o requisito do arrolamento de bens, na forma do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972 e observadas as demais condições de admissibilidade dos referidos recursos.

O **Recurso Voluntário** apresentado pela Recorrente (Sendas S/A) se encontra encartado às fls. 321/336, cujas razões apresentadas são, em síntese, as seguintes:

(i) Afirma a tempestividade do seu recurso.

(ii) Da garantia recursal. Consoante dispõe o §2º do art. 15 do Decreto 3.142/99, a interposição de recurso em processo de natureza tributária depende de garantia de instância.” Assim, com vistas ao regular prosseguimento do presente feito, oferece a Recorrente em garantia, os bens listados no Termo de Arrolamento em anexo.

Ressalte-se ainda que o procedimento ora adotado encontra-se respaldado em decisão judicial válida, vigente e eficaz, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.51.10.005688-0, em trâmite perante a 2ª Vara Federal de São João de Meriti, que, em sede liminar, determinou a substituição *in casu* da exigência do depósito prévio pelo arrolamento de bens, consoante atestam os documentos em anexo.

(iii) Da decadência. Apesar do *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Isto porque não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário. É ilegal o lançamento efetuado pelo INSS, materializado na NFLD em tela, diante da extinção dos alegados créditos, já homologados, operando-se a decadência do direito da Fazenda.

Conclui-se, portanto, que foram ilegalmente constituídos na NFLD em tela todos os valores lançados pelo INSS relativos às competências anteriores a abril de 1998, inclusive, posto que já homologada tacitamente, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, ocorrendo assim a preclusão do prazo da Fazenda Pública para constituir eventual crédito mediante lançamento.

(iv) Da previsão da responsabilidade solidária. Contestando a aplicação do artigo 30, VI, da Lei 8.212/91, afirma que um credor não pode tentar receber do devedor solidário algo inexistente, ou mesmo algo claramente não configurado. Nesse sentido, para o recebimento do devedor solidário, por óbvio, há que existir uma dívida configurada, documentada e fundamentada, advinda de inadimplência do devedor originário.

Apenas com um crédito regularmente constituído em seu devedor originário, terá o credor a possibilidade de imputá-la a quaisquer um dos devedores solidários.

Deste modo, defende que sendo o prestador o real contribuinte, neste deve ser constituído eventual crédito tributário, e, caso existente, poderá este ser exigido dos responsáveis solidários nos termos da legislação vigente.

Inexistindo o crédito tributário não há o objeto ao qual é atribuída a responsabilidade do terceiro, e, conseqüentemente, falta o seu pressuposto para o chamamento à relação jurídica.

(v) Formas de calcular o montante do tributo devido. No caso presente, realizou o Fisco uma indubitável aferição indireta, ao apurar o pseudo débito através de percentuais sobre os valores das notas fiscais de prestação de serviços, ignorando, não se sabe porquê, a contabilidade do devedor originário, o que não é aceitável.

Argumenta que é dever, e não mera faculdade, da Autarquia fiscalizar junto à empresa contribuinte (devedora originária) a sua folha de pagamento, cuja obrigação de manter em consonância com as normas legais é unicamente da empresa que paga ou credita tais remunerações (prestadora de serviços).

Alega que o Fisco contrariou o artigo 33, § 6º da Lei nº 8.212/91, uma vez que este dispositivo estabelece as situações que dão margem à aferição indireta por parte da Fiscalização.

(vi) Da ausência de qualquer infração por parte da Recorrente. Assevera que constituir o crédito tributário contra a responsável solidária mediante a aplicação de percentual sobre as notas fiscais detidas pela impugnante, sem prévia comprovação da idoneidade dos registros contábeis do prestador de serviços, é ilegal, contrariando claramente o § 6º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

(vii) Ilegal incidência de juros e multa. Sobre o tema, a impugnante defende que os valores são excessivos, configurando confisco tributário, o que é vedado pela Constituição Federal, que não pode ser ofendida por legislação ordinária.

Adiante (fls. 272/274), a 2ª Vara Federal de São João de Meriti comunicou ao Chefe da Seção do Contencioso Administrativo Previdenciário da Secretaria da Receita Previdenciária de Duque de Caxias/RJ o inteiro teor da sentença proferida no Mandado de Segura nº 2006.51.10.005688-0, que revogou a liminar anteriormente deferida, julgou improcedente o pedido da empresa e denegou a segurança.

Em razão disso, a Delegacia da Receita Previdência em Duque de Caxias lavrou o Despacho nº 17.422.4/0003/2007 (fls. 385/387), considerando o recurso deserto em face da ausência do depósito de 30%, considerado obrigatório para o seguimento do processo, de acordo com o artigo 126, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 10.684/2003.

Devidamente cientificada em 22/02/2007, a Recorrente se manifestou através da petição de fls. 391/394, argumentando que o seguimento do Recurso Voluntário foi ordenado em sede de liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.51.10.005688-0. Alega que a Autoridade Notificante não observou que a sentença proferida naquele *writ* não se encontrava vigente e eficaz ante a oposição dos Embargos de Declaração, motivo pelo qual, ainda que contrária à liminar anteriormente deferida, a aludida sentença não possui eficácia imediata, tendo em vista que a oposição dos aclaratórios suspende a eficácia da decisão embargada.

Assim, entende que o Despacho guerreado deve ser tido como sem efeito.

Em razão disso, os autos foram encaminhados para apreciação das alegações apresentadas (fl. 418).

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, conforme se observa do Despacho de fl. 418, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

2. DO MÉRITO

a. Da exigência de depósito para admissibilidade do recurso

O presente Recurso Voluntário foi apresentado, TEMPESTIVAMENTE, conforme se observa do Despacho de fl. 418, razão pela qual CONHEÇO DO RECURSO já que presentes os requisitos de admissibilidade.

Conforme relatado, a Recorrente tem a seu favor ação própria (Mandado de Segurança nº 2006.51.10.005688-0), inicialmente em trâmite perante a 2ª Vara Federal de São João de Meriti, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, discutindo a exigibilidade do depósito recursal de 30% para seguimento do recurso voluntário. Em sede de antecipação de tutela, a Recorrente obteve liminar favorável para determinar ao Chefe da Seção do Contencioso Administrativo Previdenciário da Secretaria da Receita Previdenciária de Duque de Caxias/RJ, que dê seguimento ao recurso administrativo já interposto pela empresa com respeito às NFLD's nº 35.566.217-5 e 35.566.252-3, e que receba e processe os recursos que aquela venha, eventualmente, a interpor com respeito às NFLDs nºs 35.566.181-0, 35.566.182-9, 35.566.209-4 e 35.566.213-2, desde que atendido pela Recorrente o requisito do arrolamento de bens, na forma do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972 e observadas as demais condições de admissibilidade dos referidos recursos. (fls. 292/299), tendo o mandado de intimação sido recebido em 31/08/2006.

Todavia, sobreveio sentença proferida no referido Mandado de Segura (fls. 372/374), revogando a liminar anteriormente deferida, e julgou improcedente o pedido da empresa, denegando a segurança.

Em razão disso, a Delegacia da Receita Previdência em Duque de Caxias lavrou o Despacho nº 17.422.4/0003/2007 (fls. 385/387), considerando o recurso deserto em face da ausência do depósito de 30%, considerado obrigatório para o seguimento do processo,

de acordo com o artigo 126, § 1º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 10.684/2003.

Devidamente cientificada, a Recorrente se manifestou através da petição de fls. 391/394, argumentando que o seguimento do Recurso Voluntário foi ordenado em sede de liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.51.10.005688-0. Alega que a Autoridade Notificante não observou que a sentença proferida naquele writ não se encontrava vigente e eficaz ante a oposição dos Embargos de Declaração, motivo pelo qual, ainda que contrária à liminar anteriormente deferida, a aludida sentença não possui eficácia imediata, tendo em vista que a oposição dos aclaratórios suspende a eficácia da decisão embargada.

Assim, entende que o Despacho guerreado deve ser tido como sem efeito.

Compulsando o sítio eletrônico do TRF da 2ª Região (WWW.trf2.jus.br), em consulta processual ao referido Mandado de Segurança (Processo 2006.51.10.005688-0), tendo como apelante a empresa Sendas S/A e apelado a União Federal, consta a informação de que no dia 27/05/2008, *“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator”*.

Não fosse isso o suficiente, cumpre destacar que o Recurso Voluntário apresentado tempestivamente deve ser processado normalmente, mesmo sem o Depósito Prévio preconizado no § 1º do artigo 126 da Lei nº 8.213/91, uma vez que o mencionado dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.727/2008, após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que era inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio para admissibilidade de remédio recursal na seara administrativa.

O entendimento do Excelso Supremo restou pacificado pela Súmula Vinculante nº 21, de observância obrigatória pelos órgãos da Administração Pública (artigo 103-A da Constituição Federal)

Ademais, conforme demonstrado linhas volvidas, o contribuinte obteve provimento judicial favorável, razão pela qual o Despacho nº 17.422.4/0003/2007 (fls. 385/387) deve ser considerado nulo, conhecendo-se do Recurso Voluntário tempestivamente apresentado.

b. Da decadência.

As Recorrentes arguíram a decadência das contribuições lançadas nestes autos. Argumentam que apesar do *caput* do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 estabelecer um prazo de 10 anos para a Seguridade Social apurar e constituir débitos, este dispositivo é manifestamente inconstitucional, além de violar também o CTN, e por isso a sua aplicação vem sendo sistematicamente rejeitada pelos Tribunais.

Defendem que não há dúvidas de que o prazo decadencial, estabelecido pelo Código Tributário Nacional, não pode ser revogado ou alterado por mera lei ordinária, que porventura pretenda estabelecer prazo diverso.

Nesse passo, argumentam que se a Fazenda Pública não se pronunciar sobre o recolhimento no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do fato gerador, opera-se

automaticamente a homologação tácita do recolhimento. É o que impõe expressa e inequivocamente o artigo 150, § 4º do CTN, e assim dá-se a preclusão do prazo da Fazenda Pública para a constituição do crédito tributário.

Sobre o tema, no que se refere à prescrição decenal, cumpre chamar a atenção para o fato de que na sessão plenária de 12/06/2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 8 (D.O.U. de 20/06/2008), e consagrou o entendimento há muito estabelecido pelo STJ de que prescrição e decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar, na forma do artigo 146, III, "b", da Constituição Federal, declarando, em consequência, a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que versavam sobre o tema. Eis o seu teor:

“SÚMULA VINCULANTE Nº 08: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

Portanto, o prazo decenal para constituição e cobrança dos créditos relativos às contribuições sociais previdenciárias, a matéria passa a ser regida pelo Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário.

Ao verificar os requisitos para aplicação do critério de contagem do prazo decadencial, pela análise dos autos, não constam recolhimentos na prestadora para o período 11/1995 a 12/1996 (fl. 9). Assim, o critério para a contagem do prazo decadencial é o previsto pelo artigo 173, inciso I, do CTN, dessa forma, como o contribuinte foi notificado do Auto de Infração no dia 19/05/2003 (fl. 05), os lançamentos estão fulminados pela decadência.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **CONHEÇO** do Recurso Voluntário, para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO** em face da decadência verificada, nos termos do relatório e voto.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.