



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

Processo nº 35344.000423/2006-17
Recurso nº 147.979 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.787 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de abril de 2010
Matéria CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO
Recorrente ZULEIDE DAGOSTIN E FILHOS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1997 a 28/02/2006

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. NFLD. REQUISITOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

I - Contendo, a NFLD, todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária, estando demonstrados e comprovados os fatos que amparam a autuação, a base de cálculo, e a forma de apuração do valor constituído, não há que se falar em nulidade por cerceamento do direito de defesa.

NFLD. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS, HOMOLOGAÇÃO E DECADÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS FIXADAS NO CTN.

I - Segundo a súmula nº 8 do Supremo Tribunal Federal, as regras relativas a homologação e decadência das contribuições sociais, diante da sua reconhecida natureza tributária, seguem aquelas fixadas pelo Código Tributário Nacional; II - Em se tratando de tributo sujeito à homologação, a decadência rege-se pela regra do art. 150 § 4º do CTN, independente de ter havido ou não recolhimento por parte do contribuinte, salvo na hipótese da ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NFLD. TERCEIRIZAÇÃO. SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO. SEGURADO EMPREGADO.

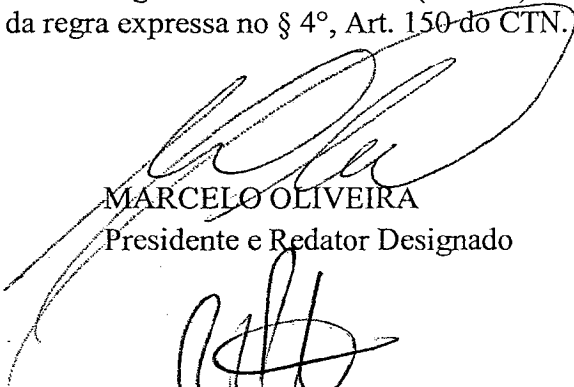
I - A fiscalização da RFB tem poderes para declarar a existência de pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, devendo apenas ter a cautela de demonstrar de forma inequívoca a existência dos seus elementos peculiares, ou a ocorrência de simulação; II - Exposta à situação fática, e verificada que há a presença de vínculo empregatício em suposta prestação por pessoa jurídica, ou a constatação de atos simulados, correto é o lançamento de ofício visando à exigência de contribuição previdenciária do verdadeiro empregador; III - A legalidade formal na constituição das empresas contratadas pela Notificada, não se sobrepõe à ilegalidade na prestação dos serviços propriamente ditos, que como visto apenas transferiam

formalmente os empregados a empresas que gozam do sistema simplificado de pagamento dos impostos federais, afastando-se assim do recolhimento da cota patronal das contribuições previdenciárias; IV - A liberdade constitucional de contratar, não permite a adoção de meios evasivos, objetivando a fuga da tributação imposta a todos.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

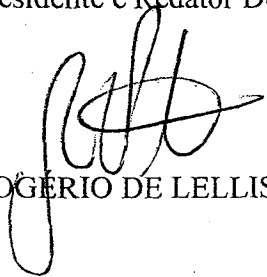
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos: a) nas preliminares, em negar provimento quanto à falta de clareza do lançamento, nos termos do voto do relator; b) no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do votos do relator. II) Por maioria de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do cálculo do lançamento, devido à decadência, os fatos apurados nas competências até 11/2000, anteriores a 12/2000, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto (Relator) e Maria da Glória Faria, que votaram pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN. Redator designado: Marcelo Oliveira



MARCELO OLIVEIRA

Presidente e Redator Designado



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Ronaldo de Lima Macedo e Maria da Glória Faria (Suplente). Ausente o Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa **ZULEIDE DAGOSTIN & FILHOS LTDA**, contra decisão exarada pela extinta Secretaria da Receita Previdenciária a qual julgou procedente a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD, lavrada em razão da existência de vínculo de emprego forjado com interpostas empresas.

Segundo o Relatório Fiscal fls. 125 e s., outras 02 empresas funcionavam no mesmo parque industrial da Notificada, sendo na verdade mera divisão formal desta, para fins de usufruir do tratamento simplificado para recolhimento dos tributos federais.

Informa a autoridade fiscal que a Notificada e as empresas Joelma Martins Virtuozo ME e Mônica Nunes da Silveira Virtuozo ME, tem como sócios membros da mesma filha (mãe e filhos), sendo que atualmente a administração de todas elas tem se concentrado apenas nas mãos dos filhos.

Afirma que as empresas funcionam todas no mesmo endereço, com o mesmo objetivo social, e que em visita as empresas pode constatar que todos os funcionários, independente da empresa em que estivessem formalmente vinculados, laboram de fato para a Notificada.

Sustenta ainda que constatou-se nos procedimentos de fiscalização uma gestão empresarial atípica, caracterizada por uma confusão total nas atribuições de seus empregados, que ora assinam documentos de uma das empresas ora de outras. Da mesma forma, existiram empregado que tendo sido contratada por uma empresa (Mônica), foi formalmente demitida pela Notificada, e ainda que existiriam várias ações trabalhistas onde o verdadeiro empregador (Notificada) foi chamado a responder pelos créditos laborais.

Coloca que todo o patrimônio que compõe o parque industrial ocupado pelas três empresas seria de propriedade exclusiva da Notificada, e que todas as despesas de manutenção são por ela suportada, informando por fim que teria sido celebrado contratos de locação e prestação de serviços, visando justificar a intricada situação vivida na prática pelas empresas, de forma que o vínculo de todos os “empregados formais” das empregados das duas outras empresas, seriam de fato para com a Notificada.

A empresa em seu recurso sustenta que a NFLD seria nula uma vez que não considerou os valores recolhidos pelas empresas desconsideradas por meio do SIMPLES, que abrange também contribuições previdenciárias, acreditando não teria havido razão a correta identificação da base de cálculo.

Coloca que parte do débito teria sido alcançado pela decadência, já que transcorrido o quinquênio legal fixado pelo CTN, aplicável as contribuições previdenciárias.

No mérito afirma que as empresas constituídas e desconsideradas pela fiscalização não teriam existência simulada, mas existiriam de fato, afirmando que o

lançamento parte de presunções baseadas em meros indícios, sem qualquer evidência contundente de que haveria qualquer ato simulado.

Sustenta que o fato de funcionarem todas as empresas em mesmo local não encontra qualquer óbice legal, sendo perfeitamente lícito as empresas em atuarem de forma conjunta. Aduz que os atos de gestão que cita a fiscalização, na verdade não teriam o alcance que lhe tenta imprimir, representando meros atos administrativos corriqueiros, e ainda que a empresa Mônica comercializaria com vários outros clientes.

Afirma que não houve qualquer simulação de atos, e que as reclamações trabalhistas que cita o REFISC, na mesma apenas teriam gerado solidariedade de responsabilidade trabalhista, e não vínculo de emprego direto.

Segue alegando que não teria ocorrido simulação alguma, conquanto não houve sequer negócio aparente que escondesse a existência de um outro negócio simulado, sendo que as empresas em tela foram formalmente constituídas e existem de fato.

Diz que o ônus de comprovar a existência de simulação seria da fiscalização, não lhe cabendo prova daquilo que não existiu, e ainda que os trabalhos da auditoria fiscal, teria se baseado no parágrafo único do art. 116 do CTN, que ainda dependeria de regulamentação para ser aplicado, para na sequência encerrar requerendo o provimento do seu recurso.

A própria SRP apresentou resposta ao recurso, onde pugna pela manutenção do débito.

Eis o necessário ao julgamento.

É o relatório. *a*



Voto Vencido

Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade conheço do recurso interposto.

Inicialmente argumenta a Recorrente que o lançamento seria dada à suposta imprecisão da base de cálculo, especialmente em razão de não ter sido considerado os valores recolhidos pelas empresas desconsideradas no SIMPLES, onde, contudo, não posso lhe conferir razão.

É certo que a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, como atividade administrativa vinculada, exige do Fisco a estreita observância à legislação de regência, de forma que todo o procedimento fiscal instaurado abarque os requisitos legais exigidos. Não é menos certo, que a inobservância a legislação que rege o lançamento fiscal, ou ainda de seus requisitos, implica invariavelmente em nulidade do procedimento administrativo, eis que na maioria das vezes sugere cerceamento do direito de defesa, impondo o seu reconhecimento pela própria Administração. Ocorre que não é o caso do lançamento em espeque, já que se reveste de todas as formalidades legais.

A ampla defesa não se mostra agredida no caso destes autos, na medida em que o procedimento fiscal traz em seu bojo todos os elementos necessários para a perfeita compreensão do débito, sua origem, seus valores e seus fundamentos legais.

No que tange especificamente a questão relacionada à base de cálculo, veja que esta encontra-se perfeitamente demonstrada nos relatórios DSD, DAD e outros, tendo sido, inclusive, apuradas pelos documentos das próprias empresas envolvidas, não havendo qualquer indicação de que haja inexatidão no valor constituído, sendo que não houve apropriação dos valores recolhidos por meio do sistema simplificado, porque não poderiam ser compensadas neste momento.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade por vício formal.

Na seqüência o contribuinte afirma que o presente crédito fiscal teria sido parcialmente extinto, tendo em vista o transcurso do quinquídio legal fixado no CTN, onde lhe confiro razão.

Nesse ideal, sabemos que a questão do prazo decadencial das contribuições sociais foi objeto de constantes e ácidas discussões tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Analisando a matéria, o E. STJ, por meio de seu plenário, fixou seu entendimento, em decisão unânime, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, que fixa o prazo de 10 anos para a decadência das contribuições sociais, determinando a prevalência do prazo quinquenal previsto no CTN.

Na esteira do entendimento exarado pelo STJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, e também de forma unânime, reconheceu o mesmo vício de constitucionalidade que pairava sobre as diretrizes insertas no art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, entendendo que os prazos decadenciais das contribuições sociais, onde se incluem as previdenciárias, devem respeitar os limites temporais do CTN, norma geral a quem a Constituição atribui a prerrogativa de tratar o tema.

Eliminando as divergências interpretativas que pudessem impedir a aplicação prática dos prazos decadenciais fixados na norma Codificada em relação às contribuições previdenciárias, o STF acabou por editar a súmula vinculante nº 8, impondo a sua observância pelas demais instâncias judiciais e administrativas. A referida súmula restou vazada nos seguintes termos:

“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”.

Assim é que, hoje, resta inequívoca que a decadência das contribuições previdenciárias, encontram-se reguladas pelas normas e prazos fixados pelo Código Tributário Nacional, não devendo, portanto, qualquer observância às inconstitucionais previsões do art 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

Se encontra resolvida à aplicação do CTN no que tange a decadência das contribuições previdenciárias, o mesmo não se pode dizer em relação a qual regra deve ser aplicada, ou seja, em todas as situações a do § 4º do art 150, cuja contagem (para fins de homologação) se dá a partir da ocorrência do fato gerador, ou se o art. 173, I, que diz que o referido cálculo se inicia a partir do 1º dia do exercício seguinte aquele em que o débito poderia ser constituído.

Em verdade, as contribuições previdenciárias são inegavelmente tributos sujeitos a homologação por parte do Fisco, na medida em que a legislação previdenciária confere ao próprio contribuinte o dever de antecipar o recolhimento dos valores que lhe são reputados, justamente a situação definida no *caput* do art 150 do CTN.

Vale mencionar que mesmo em se tratando de tributos ditos homologáveis, parte da doutrina vem reconhecendo, na esteira da jurisprudência do próprio STJ (Resp 757922/SC), que a regra prevista no § 4º do art 150 do CTN, somente se aplicaria naquelas situações onde o contribuinte efetivamente tenha efetuado algum recolhimento, sobre o qual caberia então ao Fisco pronunciar-se em 05 anos, sob pena de, transcorrido esse prazo, não mais poder constituir o débito remanescente.

Para os defensores dessa tese, portanto, a contagem do prazo para que a Fazenda Pública efetue a referida homologação a partir da ocorrência do fato gerador, somente ocorre naquelas hipóteses em que o contribuinte tenha efetuado algum recolhimento. Do contrário, não havendo antecipação alguma por parte do contribuinte, não haveriam valores a serem homologados, e por consequência, incidindo a partir de então regra geral de decadência fixada no art. 173 do *Códex*.

Não obstante esse raciocínio, filio-me aqueles que acreditam que o fator preponderante para a aplicação da regra contida no mensurado § 4º do art. 150, diz respeito ao próprio regime jurídico do tributo, de forma que o fato da legislação conferir o dever de antecipação do recolhimento do tributo ao contribuinte, sem qualquer prévia verificação do Fisco, nos é suficiente para a incidência do mencionado dispositivo legal, sendo, em verdade, regra a regular a situação telada.

Desta feita, temos que a nosso ver, e na linha do que diz o abalizado professor Alberto Xavier, in *Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro*, 3ª Ed. Pág. 100, “o que é relevante, pois, é saber se, em face da legislação, o contribuinte tem ou não o dever de antecipar o pagamento,” (...) “a linha divisória que separa o art. 150 § 4º do 173 do CTN está, pois, no regime jurídico do tributo (...)”.

Sendo assim, e aplicando-se a regra do art. 150 § 4º, nos termos anteriormente expostos, tendo o lançamento sido levado ao conhecimento do contribuinte em **04/05/2006** (fls. 01), entendo que as contribuições até a competência de 03/2001 estão extintas, face sua homologação tácita.

No mérito, a pretensão aqui aduzida diz respeito à existência simulada de 02 (duas) empresas, cuja única finalidade seria centralizar a maior parte dos segurados empregados de um mesmo empreendimento industrial, visando o recolhimento dos tributos federais pelo sistema simplificado, deixando-se assim de recolher a cota patronal das contribuições previdenciárias.

Convém afirmarmos de início que o fenômeno da incidência do tributo efetivamente não nasce da vontade da fiscalização ou do contribuinte, ou ainda da nomenclatura que se dê à relação supostamente firmada. Somente a ocorrência do fato descrito na norma tributária material, é justificadora do nascimento da obrigação de pagar o tributo, e a sua existência ou não, deve ser apurada através dos elementos descritos na legislação específica, e, se for o caso, demonstrados e comprovados nos autos de um lançamento fiscal.

Apurar se um fato corresponde à hipótese de incidência (descrição legal) é uma das tarefas da fiscalização, que no desenrolar de sua atividade, não está necessariamente vinculada aos elementos formais apurados no contribuinte, sendo-lhe mais do que faculdade, mas um dever aquilatar a verdade material, levantando e descortinando vícios e fraudes, procedendo com o enquadramento de situações fáticas à moldura legal, sempre que assim lhe restar convicto, ainda que abstraindo-se do eventual tratamento conferido pelo contribuinte aquela relação, e independente de provocação Judicial.

Deve-se dizer aqui que o parágrafo único do art. 116 do CTN, não foi citado no REFISC, simplesmente porque não tem realmente aplicação prática alguma, enquanto não for devidamente regulamentado, o que, todavia, não quer dizer que não seja a autoridade fiscal detentora do poder/dever de desconstituir ou desmascarar atos simulados. Em verdade, nada há que se discutir que essa atuação não representa violação à competência jurisdicional, na medida em que a legislação tributária expressamente confere atribuição à autoridade fiscal para impor “sanções” sobre os atos ilícitos e viciados verificados no contribuinte, permitindo a aplicação da norma tributária material (arts. 142 e 149, IV do CTN), ainda que alheia à formalidade da situação encontrada.

É certo, portanto, que a autoridade do Fisco-Previdenciário, no intuito de aplicar a norma previdenciária ao caso em concreto, detém autonomia ou poderes para caracterizar um pacto laboral onde o contribuinte entendia ou simulava não haver, e para tanto, está perfeitamente autorizada a desconsiderar atos, negócios e personalidade jurídica, onde se vislumbra manobras e condutas demonstradamente ilegais, com intuitos inequivocamente evasivos, devendo apenas ter a cautela de trazer evidências firmes que permitam a visualização de uma situação forjada ou irreal.

Produzir elementos probatórios diretos, visando à tributação de determinado ato simulado, não é, por certo, tarefa das mais fáceis, já que a simulação tem justamente o intuito de impedir o conhecimento da realidade jurídica ocultada. Por isso, a prova indiciária ganha relevância no contexto de lançamentos como o presente, posto que somente através dela

se pode superar as dificuldades de conhecimento dos fatos jurídicos realmente ocorridos¹, e dessa forma serem tributados corretamente.

No entanto, a comprovação de determinada situação através de indícios que, mediante a adoção de um raciocínio implicativo/dedutivo/lógico, conduz ao conhecimento de um fato ocultado, somente terá força probante suficiente se forem todos graves, precisos e convergirem para o mesmo resultado².

In casu, e segundo a pormenorizada narrativa dos fatos averiguados em ação fiscal e lançados no relatório de fls. retro, as empresas Mônica e Joelma, teriam existência meramente formal, que a pretexto de usufruir do sistema simplificado de recolhimento dos tributos federais, estaria “absorvendo” ilegalmente a maior parte dos segurados empregados da empresa Notificada, funcionando todas no mesmo endereço, e sobre o mesmo domínio econômico. A Recorrente por sua vez, contesta de forma veemente os indícios apontados pela fiscalização, que a seu ver não conduziria a existência de qualquer ato simulado, como aliás, teria sido atestado por outros Órgão Públicos.

Em que pese os louváveis argumentos do contribuinte, me parece que os elementos apontados pelo autor do lançamento, para justificar a existência meramente simulada das empresas Joelma e Mônica, são suficientemente robustos, precisos e indicativos da verdade que se tentava esconder, e muito bem comprovados pela vasta documentação carreada às autos, de forma que creio estar correta a autuação fiscal em apreço.

Dos elementos trazidos à tona no detalhado relatório fiscal, por considerar alguns mais contundentes que outros, prendo-me naqueles que me parecem mais graves e consistentes, e os quais o Contribuinte não logrou êxito em afastar.

De tudo o que está contido nos presentes autos, percebo de que, de fato, há uma relação no mínimo “estranha” entre as três empresas envolvidas, que ao que vejo executam suas atividades empresariais não apenas como parceiras, mas muitas vezes confundindo-se entre si, sendo que sequer se pode identificar adequadamente onde começa e termina a função de cada uma.

Veja que pela análise dos documentos trazidos pela fiscalização, há empregados que foram contratados pelas 02 empresas optantes do SIMPLES, e quando do seu desligamento, em razão de demissão ou dispensa, todos os trâmites foram realizados pela Notificada, ou seja, pessoas que foram desligadas de suas funções por uma empresa que formalmente sequer detinham vínculo empregatício. No mesmo sentido, houve empregados das empresas em questão, cujos exames admissionais e médicos foram feitos sob a responsabilidade da Zuleide, fatos esse que não se justificam por parceira ou processo de terceirização que seja.

Outro dado que nos traz uma atenção maior, situa-se no fato de que a empresa ora Recorrente é, entre todas as 03 (três), aquela que detém o maior faturamento, sem, no entanto, ter que utilizar-se de mão-de-obra assalariada compatível para a consecução da sua finalidade, e isso num seguimento de indústria e confecção de malhas em geral (fls. 155), onde não me parece provável que isso possa ocorrer, ao menos não nível em que foi constatado.

Noto ainda que as despesas do empreendimento industrial sob nossa análise recaem maciçamente sobre a Notificada, que além de ser detentora ou proprietária de todo o

¹ FERRAGUT, Maria Rita, Presunções no Direito Tributário, 2ª Ed. Quartier Latim, São Paulo, pág. 195

² NEDER, Marcus Vinicius, Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado, 2ª Ed, Dialética, São Paulo, pág. 173.

maquinário, arca com ônus de toda a manutenção da atividade ali executada, de forma que todo o risco decorrente dessa atividade empresarial parece-nos recair sobre a Recorrente.

Importante ressaltar que os indícios apontados pela douta autoridade lançadora, se analisados isoladamente não são suficientes para nos trazer um juízo de probabilidade seguro quanto ao que de fato se passa entre as 03 empresas envolvidas nesta NFLD. Sem embargos, a regularidade de um processo de terceirização não passa necessariamente pela análise da atividade-fim das companhias envolvidas, ou de determinados achados que muito bem se explicariam numa situação de parceria.

Contudo, se cotejados todos os dados e juntadas as peças a nós apresentadas, o que temos no presente caso é um panorama totalmente diverso de uma parceira ou uma terceirização regular, que aponta em direção a uma realidade diametralmente oposta ao que a singeleza formal constatada quer fazer crer, onde, embora três empresas estejam legalmente constituídas, a atividade empresarial não está subdividida, mas sim concentrada numa única pessoa jurídica, que é a que realmente assume todo o risco do empreendimento e o dirige.

Dessa forma, sopesados todas os fatos e provas trazidos pela fiscalização, contrastados por aqueles argüidos pelo nobre defensor da Recorrente, me parece realmente que não existia divisão alguma entre empresas Zuleide, Joelma e Mônica, formando todas um mesmo empreendimento empresarial, fracionado apenas formalmente, e num intuito claro de afastar a tributação da massa salarial da folha de pagamento para o sistema simplificado, de forma que correto se encontra o lançamento.

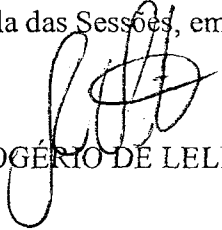
Não se pode olvidar ainda que a legalidade formal na constituição das empresas contratadas pela Notificada, não se sobrepõe à ilegalidade na prestação dos serviços propriamente ditos, que como visto mascaravam uma realidade totalmente diversa. Com efeito, não é a observância da formalidade na constituição de uma empresa, que vai qualificar a sua situação jurídica, mormente quando se verifica que a realidade é totalmente diversa da que sustenta, ou seja, de nada adianta uma existência formal regular, se a empresa apenas encobre um vínculo de emprego numa suposta prestação de serviços, ou em atos simulados.

O contribuinte tem efetivamente, a teor do texto Constitucional que entre nós vigora, a liberdade em contratar pessoas jurídicas para prestar os serviços que lhe forem necessários, ainda que isso represente uma minoração no seu custo fiscal. Mas não tem, a pretexto de fazer uso do seu direito, a mesma liberdade quando seu objetivo ou o resultado prático da sua contratação, resultar em atos viciados na sua essência, mascarando uma realidade diversa da formalmente narrada, é dizer, a liberdade constitucional de contratar, não permite a adoção de meios evasivos, objetivando a fuga da tributação imposta a todos.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade, e acatar a extinção das contribuições até a competência de 04/01, e no mérito negar-lhe provimento.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2010


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Oliveira, Redator Designado

Com todo respeito ao excelente trabalho realizado pelo nobre relator, divirjo de suas conclusões quanto à aplicação da regra decadencial.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante n.º 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n.º 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Por não haver recolhimentos a homologar consignados no lançamento, a regra relativa à decadência - que deve ser aplicada ao caso - encontra-se no art. 173, I: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

CTN:

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."

Esse posicionamento possui amparo em decisões do Poder Judiciário.

"Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN." (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

"Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

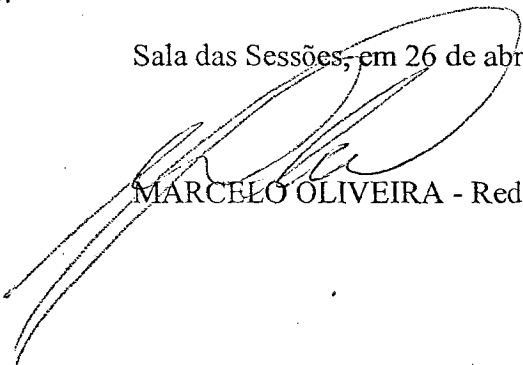
.... Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN." (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Destarte, como no lançamento, a ciência do sujeito passivo, momento da constituição do crédito, ocorreu em 05/2006 e o período do lançamento refere-se a fatos geradores ocorridos nas competências 02/1997 a 02/2006, todas as contribuições apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, devem ser excluídas do presente lançamento.

Esclarecemos que a competência 12/2000 não deve ser excluída, pois a exigibilidade das contribuições constantes em fatos geradores que ocorreram nessa competência somente ocorrerá a partir de 01/2001, quando poderia ter sido efetuado o lançamento.

Por todo o exposto, acato, parcialmente, a preliminar ora examinada, no que tange à decadência, excluindo às contribuições apuradas anteriormente a 12/2000, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2010


MARCELO OLIVEIRA - Redator Designado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 35344.000423/2006-17

Recurso nº: 147.979

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.787.

Brasília, 30 de junho de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

- ☐ Apenas com Ciência
- ☐ Com Recurso Especial
- ☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional