



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

Processo nº 35464.001214/2005-43
Recurso nº 249.521 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.187 – 3ª Turma Especial
Sessão de 16 de agosto de 2010
Matéria ARBITRAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente C.I.A. CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO PAULO - SUL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1992 a 31/12/1998

DECADÊNCIA PARCIAL.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional de 5 (cinco) anos.

LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO. LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

É lícita a apuração por aferição indireta do salário de contribuição quando a documentação comprobatória é apresentada de forma deficiente, nos termos do § 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

Consoante art. 89, § 2º, da Lei nº 8.212/91, somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § único do art. 11 da referida Lei. Não se enquadram na hipótese legal as contribuições a Terceiros.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado, excluindo do lançamento as contribuições apuradas até a competência 09/1997, anteriores a 10/1997, em razão da regra decadencial

aplicada, mantendo a decisão de primeira instância para as demais competências. O Conselheiro Oseas Coimbra Júnior divergiu quanto ao indeferimento do pedido de restituição\compensação de Terceiros\ Outras Entidades, entendendo que o pedido não deva ser conhecido.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente). Esteve presente ao julgamento o advogado da recorrente Dr. Marcos Maia Júnior, OAB/DF 16.967.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário relativo às contribuições sociais de segurados e parte patronal, bem como à outras entidades (Terceiros: Salário Educação, INCRA, SENAI, Sesi e SEBRAE), lançado contra a empresa acima identificada cujos salários de contribuição foram apurados por aferição indireta, em razão do contribuinte não ter disponibilizado os documentos solicitados durante a Auditoria Fiscal, período de 03/1992 a 13/1998, conforme relatório fiscal às folhas 59/62, fundamentado no artigo 33, § 3º da Lei nº 8.212/91.

A Aferição foi efetuada com base nas informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, constante do banco de dados da DATAPREV/INSS: a) período de 1992 a 1994 - CNIS - fonte RAIS - massa salarial; b) período de 1995 a 1998 - CNIS - fonte FGTS - massa salarial. Foram deduzidos os valores recolhidos conforme guias de recolhimentos GRPS/GPS apresentadas e que constam do Conta Corrente - Sistema de Arrecadação - DATAPREV.

O Discriminativo Analítico do Débito - DAD, às fls. 04/22, traz todos os salários de contribuição apurados, as alíquotas aplicadas, as contribuições apuradas, os recolhimentos deduzidos e as contribuições devidas, por competência. O Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 23/29, demonstra, para cada competência, os valores devidos originários e o valor final devido. Complementam o relatório de Guias e Débitos Apresentados, às fls. 30/37, que relaciona todos os recolhimentos considerados e deduzidos pela fiscalização; o Relatório de Fatos Geradores, às fls. 38/41, que apresenta o salário de contribuição apurado, por competência, bem como, o Relatório Fiscal e o relatório de Fundamentos Legais do Débito - FLD, de fls. 42/52, onde consta toda a legislação que embasa o lançamento, por rubrica e por competência.

O contribuinte tomou ciência da notificação fiscal em 11/10/2002 (fls. 62/63). Dentro do prazo regulamentar apresentou impugnação, fls. 69/75, com juntada de cópias de Guias da Previdência Social – GPS.

Os autos foram convertidos em diligência para análise das guias de recolhimento. Houve retificação do lançamento, conforme planilha demonstrativa (fl. 108).

O Serviço de Análise de Defesas e Recursos fez juntada, às fls. 110/112, de cópias de documentos que comprovam que outro Auto de Infração -, AI nº 35.416.608-5,

lavrado na mesma ação fiscal por não apresentação de documentos foi pago dentro do prazo de defesa com redução de 50%.

Foi emitida a Decisão-Notificação, fls. 142/156, que julgou o Lançamento Procedente em Parte.

O contribuinte apresentou recurso tempestivo, fls. 277, sem depósito recursal, argumentando em síntese:

- que disponibilizou toda sua documentação ao fisco previdenciário quando de sua defesa administrativa, hipótese que retira a necessidade de juntar aos autos administrativos qualquer documento, mesmo que por amostragem;

- caso o INSS mantenha sua posição de evitar a realização de diligências, espera o contribuinte que o CRPS determine-as, evitando, assim, que um lançamento fiscal, lavrado com notórios exageros, alcance prosperidade ao arrepio do vigente ordenamento jurídico pátrio.

- extrapola as raízes da ousadia a afirmativa do INSS no sentido de que se houver recolhimento indevido a Entidades e Fundos Terceiros, o Contribuinte deverá reclamar seus eventuais créditos diretamente as entidades. Indiscutível que, em sendo o INSS o titular da cobrança, deve responder pela devolução. O INSS, nesta mesma NFLD, deveria abater dos recolhimentos cobrados os valores recolhidos indevidamente. Caberá ao e. CRPS determinar tal providências administrativa, vinculada, inclusive, ao princípio erigido a dogma constitucional da moralidade administrativa.

- por fim, requer diligência para análise de toda documentação da empresa e o abatimento dos recolhimentos indevidos, bem como, exclusão das cobranças efetivamente ilegítimas. Destaca o interesse em promover sustentação oral para tal requer que a intimação seja encaminhada para o escritório de seu representante, à rua Itápolis, nº 821, Pacaembu/SP, telefone 3663-6310.

O contribuinte apresentou o Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.013651-6, concedendo a antecipação de tutela, garantindo o direito de recorrer administrativamente, independentemente de recolher o valor de 30% da exigência, fls. 181/186.

A SRP SÃO PAULO – SUL apresentou Contra Razões, fls. 192/202, alegando em síntese:

- o pedido de diligência fiscal foi atendido após recurso protocolizado pela empresa contra a Decisão-Notificação nº 21.004/0733/2002, referente à NFLD nº 35.416.610-7, lavrada na mesma ação fiscal, também por aferição indireta, dando nova oportunidade à recorrente para apresentar os documentos que alega disponibilizar à fiscalização, e, no entanto, a empresa novamente não exibiu nenhum documento solicitado, sendo mais uma vez autuada através do AI nº 35.416.611-5, conforme consta da cópia da informação fiscal anexada à fl. 191, não se justificando, assim, nova diligência à empresa. Ratifica-se, portanto, o já exposto na Decisão recorrida, itens 29 a 34. O arbitramento é faculdade da fiscalização sempre que não estiverem presentes os elementos que viabilizem a apuração direta do total devido, conforme CTN e Lei nº 8.212/91.

- não assiste razão à recorrente ao afirmar que o INSS deveria ser o responsável pela devolução das contribuições indevidas a Terceiros (Outras entidades), pois o art. 89, § 2º da Lei nº 8212/91 determina que somente poderá ser restituído ou compensado, as contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS, não se enquadrando na hipótese legal as contribuições a Terceiros.

- no instrumento protocolizado às fls. 236/240, a empresa não apresenta novas razões de recurso, apenas defende que o recurso apresentado deve ser processado, pois está amparado por decisão judicial que a desobriga do depósito recursal.

- ao final, requer que seja negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão de primeira instância.

É o relatório.

Voto

Conselheiro HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA, Relator

O recurso é tempestivo, conforme fl. 277; pressuposto de admissibilidade superado, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

Da Preliminar

A decisão do Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.013651-6, concedendo a antecipação de tutela, garantindo ao contribuinte o direito de recorrer administrativamente, independentemente de recolher o valor de 30% da exigência, fls. 181/186, foi acatada nos termos da determinação judicial e na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF por intermédio da Súmula Vinculante do STF nº 21, DOU de 10/11/2009.

Quanto à questão relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser reconhecida.

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

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".

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 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 nº 8.212/1991, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Se não houver pagamento antecipado sobre a rubrica há que ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, em acórdão exarado em Recurso Especial - REsp 761908 / SC, 2005/0101012-8, T1 - PRIMEIRA TURMA, relator Ministro LUIZ FUX (1122), publicação DJ 18/12/2006 p. 322, prevê a aplicação de regras de contagem de decadência distintas em um mesmo lançamento de contribuições previdenciárias, cujo excerto transcrevemos:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. SEGURIDADE SOCIAL. PRAZO PARA CONSTITUIÇÃO DE SEUS CRÉDITOS. DECADÊNCIA. LEI 8.212/91 (ARTIGO 45). ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DA CF/88. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

11. In casu, a notificação de lançamento, lavrada em 31.10.2001 e com ciência em 05.11.2001, abrange duas situações (1) diferenças decorrentes de créditos previdenciários recolhidos a menor (abril e novembro/1991, março a julho/1992, novembro e dezembro/1992; setembro a novembro/1993, janeiro/1994, março/1994 a janeiro/1998; e março e junho/1998), e (2) débitos decorrentes de integral inadimplemento de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos (maio a novembro/1996; janeiro a julho/1997, setembro e dezembro/1997, e janeiro, março e dezembro/1998) e das contribuições destinadas ao SAT incidente sobre pagamentos de reclamações trabalhistas (maio/1993; abril/1994, e setembro a novembro/1995).

12. No primeiro caso, considerando-se a fluência do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, encontram-se fulminados pela decadência os créditos anteriores a novembro/1996

13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre

pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT." Nosso grifo

No caso em concreto, no período do lançamento: 03/1992 a 12/1998, inclusive a competência relativa ao 13º. salário (13/1998), fls. 04 a 22, foram considerados recolhimentos a homologar, assim, deve ser observada a regra disposta no art. 150, § 4º, do CTN, cuja extinção do crédito ocorre em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. O contribuinte tomou ciência da notificação fiscal em outubro de 2002, (fls. 62/63).

Destarte, em preliminar, decido excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 09/1997, anteriores a 10/1997, em razão da regra decadencial aplicada, e passo ao exame de mérito.

No Mérito

Quanto ao pedido de diligência/perícia que o contribuinte pretenda que seja efetuada, deve vir acompanhados dos motivos expostos que o justifique, bem como, a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, nos termos do art. 16, inciso IV c/c §1º do Decreto nº 70.235/72, que disciplina o processo administrativo fiscal no âmbito federal, sob pena de invalidação do pedido. O recorrente não anexou aos autos a comprovação da existência dos documentos a serem analisados, mesmo que por amostragem. Ademais, já houve pedido de diligência fiscal atendido após recurso protocolizado pela empresa contra a Decisão-Notificação nº 21.004/0733/2002, referente à NFLD nº 35.416.610-7, lavrada na mesma ação fiscal, também por aferição indireta, dando nova oportunidade à recorrente para apresentar os documentos que alega disponibilizar à fiscalização, e, no entanto, a empresa novamente não exibiu nenhum documento solicitado, sendo mais uma vez autuada através do AI nº 35.416.611-5, conforme consta da cópia da informação fiscal anexada à fl. 191. Pelo exposto, indefiro novo pedido de diligência.

Quanto a eventuais créditos recolhidos indevidamente a Terceiros / Outras Entidades e Fundos pelo contribuinte, devem ser requeridos diretamente a respectiva entidade credora (Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE) em razão da receita federal ser mero órgão arrecadador repassando tais recurso as respectivas entidades. Assim, não pode restituir algo que não estar em seu poder ou não lhe pertence. Ademais, nos termos do art. 89, § 2º da Lei nº 8,212/91, somente pode ser restituído ou compensado as contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS decorrentes das parcelas referidas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 desta Lei, não se enquadrando contribuições a Terceiros na hipótese legal.

No mesmo sentido é o Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, que estabelece que o pedido de restituição de contribuições que envolver somente importâncias relativas a terceiros será formulado diretamente à entidade respectiva e por esta decidido, cabendo ao INSS prestar as informações e realizar as diligências solicitadas, nos termos do § 2º do art. 250 do referido regulamento. Nestes termos, nego o pedido de compensação/restituição de valores devidos a Terceiros/Outras Entidades.

O pedido formulado de citação pessoal dos procuradores da data do julgamento do processo com intuito de promoverem sustentação oral não encontra amparo na legislação vigente, pois a publicação ocorre no Diário Oficial da União e no sítio do CARF, com antecedência, informando o dia, local e horário das sessões de julgamento. A publicação da pauta de julgamento é normatizada pelo parágrafo único do art. 55 do regimento interno do CARF, aprovado pela portaria GMF no. 256, de 22 de junho de 2009, transcrito:

Art. 55

Parágrafo único. A pauta será publicada no Diário Oficial da União com 10 (dez) dias de antecedência e divulgada no sítio do CARF na Internet.

O arbitramento é faculdade da fiscalização sempre que não estiverem presentes os elementos que viabilizem a apuração direta do total devido, conforme art. 148 c/c art. 44 do CTN e art. 33, § 3º da Lei nº 8.212/91. Foi utilizado como base de cálculo para o arbitramento as informações fornecidas pelo próprio contribuinte extraídas do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, constante do banco de dados da DATAPREV/INSS. Destarte, depreende-se que o lançamento encontra-se revestido das formalidades, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o art. 33 da Lei nº 8.212/91, e demais dispositivos mencionados pela fiscalização no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 42/52), inclusive Relatório Fiscal, fls. 59/62, não havendo que se falar em improcedência ou extinção do lançamento.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso, para no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL, excluindo do lançamento as contribuições apuradas até a competência 09/1997, anteriores a 10/1997, em razão da regra decadencial aplicada, mantendo a decisão de primeira instância para as demais competências.

É como voto.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2010


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Relator