



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

Processo nº 35464.003446/2004-55
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.437 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA
Recorrente WHIRLPOOL S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONSTRUÇÃO CIVIL - DECADÊNCIA - SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF

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

PRAZO DECADENCIAL EXISTÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO OU IMPOSSIBILIDADE DE SE VERIFICAR ESSE FATO. APLICAÇÃO DO § 4. DO ART. 150 DO CTN.

Constatando-se antecipação de recolhimento ou quando, com base nos autos, não há como a se concluir sobre essa questão, deve-se aferir o prazo decadencial pela regra constante do § 4. do art. 150 do CTN.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, declarar a decadência do lançamento. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que declarava a decadência até a competência 11/1998. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo.

Elias Sampaio Freire, Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

A presente NFLD, lavrado sob n. 35.745.296-8, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo do segurados, da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e a destinada aos Terceiros, levantadas a título de responsabilidade solidária pela mão de obra utilizada por trabalhadores em cessão de mão de obra na construção civil no período de 07/1998 a 12/1998.

Durante o procedimento fiscal, no exame dos registros contábeis a fiscalização verificou que a empresa, no período mencionado, contratou os serviços de trabalhadores no seu estabelecimento, mais especificamente da prestadora Construção e Gerenciamento de Obras Construção Ltda, CNPJ n. 48.600.142/0001-16; tendo sido lançado o presente débito, em razão de não terem sido apresentados, pela empresa contratante as cópias autenticadas das Guias de Recolhimento quitadas (GRPS) e respectivas Folhas de Pagamento específicas conforme dispunha o artigo 31 e parágrafos da Lei Nº 8.212/91. Os valores foram apurados de acordo com os dados lançados no Razão e em notas fiscais e faturas disponibilizados pelo contribuinte.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 15/10/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo - tomadora dos serviços - ocorrido no dia 21/10/2004.

A empresa prestadora foi devidamente cientificada em 20/05/2005, tendo apresentado defesa fls. 72 a 75.

Inconformada, a empresa - tomadora - notificada apresentou impugnação à fls. 31 a 48.

Foi exarada Decisão que determinou a procedência do lançamento, fls. 96 a 110.

Não conformado com o resultado proferido a tomadora apresentou recurso, fl. 122 a 142. Em síntese alega:

1. Ausência de fiscalização da empresa contratada: Afirma ser um imprescindível a fiscalização do outro responsável que é o sujeito passivo da relação face a constatação de que foi realizado o recolhimento do crédito tributário correspondente ao presente processo.
2. Necessária conversão do julgamento em diligências: Alega que em decorrência da ausência de averiguação pela fiscalização da regularidade fiscal da empresa contratada pela Impugnante para a prestação de serviços, requer a realização de diligência para verificar a existência do crédito, nos termos do art. 9º, inciso IV e 11 da Portaria n. 520/04. A DRFB encaminhou o processo para julgamento.

3. Necessidade de verificação da natureza dos serviços prestados: Diz que é necessária a realização de diligência para verificação da natureza dos serviços prestados.
4. Impossibilidade de aplicação do art. 45 da lei 8212/91.
5. Inaplicabilidade da Taxa SELIC: Alega que embora o parágrafo 1 .do art 161 do CTN contemplar a hipótese de lei dispor de modo contrário à alíquota de 1% dos juros de mora, tal permissão não implica em que a taxa de juros possa ultrapassar o percentual de 1% ao mês, posto que o item "a" do art 4 .da lei nº 1.521/51 proíbe a cobrança de juros superiores à taxa permitida em lei, sob pena de cometimento do crime de usura pecuniária. Cita a vedação imposta pela CF/88 .expressa em seu § 3., art 195, à cobrança de taxa de juros acima de 1 % ao mês para operações de crédito.
6. Inexistência da responsabilidade tributária apontada: Imputou, injustamente, pelos argumentos que entendeu cabíveis, a responsabilidade aos sócios e responsáveis da notificada pelo presente lançamento;
7. Requer seja convertido o julgamento em diligências, anulado o presente lançamento ou, subsidiariamente, excluída a aplicação da taxa SELIC e os sócios e demais responsáveis como corresponsáveis.

Foi proferido despacho com a indicação da intempestividade do recurso, fl. 147, bem como negativa de seguimento do recurso, fl. 150.

Foi anexado as folhas 152 a 159 recurso da prestadora de serviços.

O recorrente manifestou-se às 184 e seguintes, considerando ter requerido cópia do processo onde restou descrita a intempestividade do mesmo. Em sua manifestação requer o recorrente seja afastada a intempestividade do recurso uma vez que o AR com a Decisão de 1 instância foi recebida por pessoa incompetente, senão vejamos:

Todavia, quando da intimação por Aviso de Recebimento - AR, esta não se deu na pessoa de um dos representantes legais devidamente constituídos nos autos do processo administrativo em tela pela Requerente, mas sim na pessoa de um vigia, que não t em autonomia nem poderes para receber correspondências, o Sr. Milton Salvador, de modo que a Requerente teve efetiva e eficaz intimação somente quando da chegada de referido documento às mãos de um dos seus representantes legais, o que aconteceu alguns dias depois da assinatura do "AR" pelo citado vigia. Logo, o prazo para interposição de recurso somente se iniciou corretamente a partir desta efetiva ciência. I Neste sentido, inexistiu a regular notificação da decisão proferida no auto de infração, visto que a pessoa a qual foi entregue o aviso de recebimento não tem poderes para representar a empresa perante o Fisco, não possuindo[nenhum conhecimento a respeito da relevância da comunicação fiscal então efetuada, de maneira que o cômputo do prazo para apresentação do recurso não pode ser de forma alguma realizado a partir do aludido recebimento postal.

É evidente, pois, que deve ser afastado qualquer entendimento equivocado de que o Recurso ofertado teria sido intempestivo. Ora, ao se entender e proceder desta forma, a conclusão não será outra senão a de cercear injusta I e indevidamente o direito de defesa da ora Requerente de ver o seu Recurso processado e

apreciado pelo Egrégio Conselho de Recursos da Previdência Social.

Nesse sentido, conforme disposto no artigo 1022 combinado com o artigo 1018, ambos do Novo Código Civil, as sociedades são representadas pelos seus respectivos sócios, os quais a obrigarão perante terceiros, exceto na existência de procuradores com poderes expressamente concedidos pelos sócios:

*É fundamental atentar para o fato de que o "AR" não foi entregue nem sequer a um porteiro, auxiliar de escritório ou secretária. Ao contrário, o documento foi recebido por um **vigia** semi-alfabetizado, que se limita a olhar os 'carros estacionados no local de entrega dos "AR's", no sentido de evitar furtos e roubos numa cidade massacrada pela violência, como São Paulo.*

Nesse sentido, não se trata nem mesmo de uma recepcionista ou de alguém responsável pela portaria. Trata-se de pessoa não habilitada para dar eficácia ao ato de receber intimações pela Requerente, haja vista que, pelas funções que desempenha e pelo grau de instrução que possui, não pode jamais criar obrigações da Requerente perante terceiros e muito menos perante a fiscalização previdenciária, cuja atuação se reveste de muita responsabilidade não só para si como para com as pessoas físicas e jurídicas deste País.

O recorrente foi cientificado do termo de Transito em Julgado, porém apresentou petição no sentido de que o recurso fosse encaminhado ao CRPS, para que o presidente da câmara do CRPS, a qual seja distribuído o processo, manifeste-se acerca da validade do direito então vindicado pelo contribuinte, qual seja, afasta-se a intempestividade do recurso, pela razões trazidas em momento posterior

Foram apresentadas contrarrazões, fls. 198 a 199, onde foi requerida a descon sideração do transito em Julgado, uma vez que a prestadora apresentou recurso tempestivo.

O processo foi apreciado inicialmente pelo Conselheiro Daniel Ayres Kalume Reis na 4 Câmara do CRPS, donde restou anulada a decisão notificação, fl. 204 a 209.

A SRP entrou com pedido de Revisão do Acórdão, fls. 215 a 218, tendo a empresa sido devidamente cientificada, fl. 222, bem como apresentado manifestação, fls. 229 a 238.

Foi proferido novo acórdão por parte do CRPS, no sentido de não conhecer do pedido de revisão, fl. 241, em que se destaca a impossibilidade de revisão, posto tratar-se de rediscussão de matéria.

À fl. 258, o processo foi baixado em diligência para manifestação da autoridade fiscal, acerca dos documentos apresentados.

Foi emitida nova Decisão, que determinou a procedência parcial do lançamento, tendo mantido apenas a competência 12/1998, face a aplicação da decadência quinquenal, fl. 277 a 297.

Novamente, inconformado com o resultado proferido em sede de nova decisão, o recorrente apresentou recurso, em que alega basicamente: a decadência total do crédito, a impossibilidade de responsabilidade dos administradores e inaplicabilidade da SELIC, fl. 315 a 318.

O processo foi encaminhado para julgamento no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme já apreciado a fl. 320. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Quanto a preliminar referente ao prazo de decadência para o fisco constituir os créditos objeto desta NFLD, entendo cabível a sua apreciação, considerando que o recorrente entende que todo o crédito encontra-se decadente.

Nesse sentido, quanto a aplicação da decadência quinquenal, subsumo todo o meu entendimento quanto a legalidade do art. 45 da Lei 8212/91 (10 anos), outrora defendido à decisão do STF, proferida recentemente. Dessa forma, quanto a decadência de 5 anos, profiro meu entendimento.

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

***Súmula Vinculante nº 8** “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.*

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

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

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade

previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias. Cite-se o posicionamento do STJ quando do julgamento proferido pela 1ª Seção no Recurso Especial de nº 766.050, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 25 de fevereiro de 2008, nestas palavras:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. ALEGADA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VALIDADE DA CDA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENQUADRAMENTO DE ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. FIXAÇÃO. OBSERVAÇÃO AOS LIMITES DO § 3.º DO ART. 20 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 173, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN.

1. O Imposto sobre Serviços é regido pelo DL 406/68, cujo fato gerador é a prestação de serviço constante na lista anexa ao referido diploma legal, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo. 2. A lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, para fins de incidência do ISS sobre serviços bancários, é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, no afã de se enquadrar serviços idênticos aos expressamente previstos (Precedente do STF: RE 361829/RJ, publicado no DJ de 24.02.2006; Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e AgRg no Ag 577068/GO, publicado no DJ de 28.08.2006). 3. Entrementes, o exame do enquadramento das atividades desempenhadas pela instituição bancária na Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei 406/68 demanda o reexame do conteúdo fático probatório dos autos, insindicável ante a incidência da Súmula 7/STJ (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 770170/SC, publicado no DJ de 26.10.2006; e REsp 445137/MG, publicado no DJ de 01.09.2006). 4. Deveras, a verificação do preenchimento dos requisitos em Certidão de Dívida Ativa demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ). 5. Assentando a Corte Estadual que "na Certidão de Dívida Ativa consta o nome do devedor, seu endereço, o débito com seu valor originário, termo inicial, maneira de calcular juros de mora, com seu fundamento legal (Código Tributário Municipal, Lei nº 2141/94; 2517/97, 2628/98 e 2807/00) e a descrição de todos os acréscimos" e que "os demais requisitos podem ser observados nos autos de processo administrativo acostados aos autos de execução em apenso, onde se verificam: a procedência do débito (ISSQN), o exercício correspondente (01/12/1993 a 31/10/1998), data e número do Termo de Início de Ação Fiscal, bem como do Auto de Infração que originou o débito", não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o reexame dessa inferência. 6. Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à

condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC (Precedentes: AgRg no AG 623.659/RJ, publicado no DJ de 06.06.2005; e AgRg no Resp 592.430/MG, publicado no DJ de 29.11.2004). 7. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07, do STJ, e no entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário" (Súmula 389/STF). 8. O Código Tributário Nacional, ao dispor sobre a decadência, causa extintiva do crédito tributário, assim estabelece em seu artigo 173: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento." 9. A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210). 10. Nada obstante, as aludidas regras decadenciais apresentam prazo quinquenal com dies a quo diversos. 11. Assim, conta-se do "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" (artigo 173, I, do CTN), o prazo quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício), quando não prevê a lei o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, bem como inexistindo notificação de qualquer medida preparatória por parte do

Fisco. No particular, cumpre enfatizar que "o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, sendo inadmissível a aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a fim de configurar desarmado prazo decadencial decenal. 12. **Por seu turno, nos casos em que inexistir dever de pagamento antecipado (tributos sujeitos a lançamento de ofício) ou quando, existindo a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, fluindo o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN.** 13. Por outro lado, a decadência do direito de lançar do Fisco, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, nem sido notificado pelo Fisco de quaisquer medidas preparatórias, obedece a regra prevista na primeira parte do § 4º, do artigo 150, do Codex Tributário, segundo o qual, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador: "Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário. Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, conseqüentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício" (In Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, pág. 170). 14. A notificação do ilícito tributário, medida indispensável para justificar a realização do ulterior lançamento, afigura-se como dies a quo do prazo decadencial quinquenal, em havendo pagamento antecipado efetuado com fraude, dolo ou simulação, regra que configura ampliação do lapso decadencial, in casu, reiniciado. Entrementes, "transcorridos cinco anos sem que a autoridade administrativa se pronuncie, produzindo a indigitada notificação formalizadora do ilícito, operar-se-á ao mesmo tempo a decadência do direito de lançar de ofício, a decadência do direito de constituir juridicamente o dolo, fraude ou simulação para os efeitos do art. 173, parágrafo único, do CTN e a extinção do crédito tributário em razão da homologação tácita do pagamento antecipado" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in obra citada, pág. 171). 15. Por fim, o artigo 173, II, do CTN, cuida da regra de decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário quando sobrevém decisão definitiva, judicial ou administrativa, que anula o lançamento anteriormente efetuado, em virtude da verificação de vício formal. Neste caso, o marco decadencial inicia-se da data em que se tornar definitiva a aludida decisão

anulatória. 16. In casu: (a) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (b) a obrigação ex lege de pagamento antecipado do ISSQN pelo contribuinte não restou adimplida, no que concerne aos fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 1993 a outubro de 1998, consoante apurado pela Fazenda Pública Municipal em sede de procedimento administrativo fiscal; (c) a notificação do sujeito passivo da lavratura do Termo de Início da Ação Fiscal, medida preparatória indispensável ao lançamento direto substitutivo, deu-se em 27.11.1998; (d) a instituição financeira não efetuou o recolhimento por considerar intributáveis, pelo ISSQN, as atividades apontadas pelo Fisco; e (e) a constituição do crédito tributário pertinente ocorreu em 01.09.1999. 17. Desta sorte, a regra decadencial aplicável ao caso concreto é a prevista no artigo 173, parágrafo único, do Codex Tributário, contando-se o prazo da data da notificação de medida preparatória indispensável ao lançamento, o que sucedeu em 27.11.1998 (antes do transcurso de cinco anos da ocorrência dos fatos impositivos apurados), donde se deduz a higidez dos créditos tributários constituídos em 01.09.1999. 18. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido. (GRIFOS NOSSOS)

Podemos extrair da referida decisão as seguintes orientações, com o intuito de balizar a aplicação do instituto da decadência quinquenal no âmbito das contribuições previdenciárias após a publicação da Súmula vinculante nº 8 do STF:

Conforme descrito no recurso descrito acima: “A decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, quais sejam: (i) regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado; (ii) regra da decadência do direito de lançar nos casos em que notificado o contribuinte de medida preparatória do lançamento, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento de ofício ou de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que incorre o pagamento antecipado; (iii) regra da decadência do direito de lançar nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em que há parcial pagamento da exação devida; (iv) regra da decadência do direito de lançar em que o pagamento antecipado se dá com fraude, dolo ou simulação, ocorrendo notificação do contribuinte acerca de medida preparatória; e (v) regra da decadência do direito de lançar perante anulação do lançamento anterior (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 163/210)

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

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

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

Art.150 - *O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

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

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

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

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Contudo, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado, seja o art. 173 ou art. 150 do CTN, devemos identificar a natureza das contribuições omitidas para que, só assim, possamos declarar da maneira devida a decadência de contribuições previdenciárias.

No caso, a aplicação do art. 150, § 4º, é possível quando realizado pagamento de contribuições, que em data posterior acabam por ser homologados expressa ou tacitamente. Contudo, antecipar o pagamento de uma contribuição significa delimitar qual o seu fato gerador e em processo contíguo realizar o seu pagamento. Deve ser possível ao fisco, efetuar de forma, simples ou mesmo eletrônica a conferência do valor que se pretendia recolher e o efetivamente recolhido. Neste caso, a inércia do fisco em buscar valores já declarados, ou mesmo continuamente pagos pelo contribuinte é que lhe tira o direito de lançar créditos pela aplicação do prazo decadencial consubstanciado no art. 150, § 4º.

Entendo que no caso de responsabilidade solidária, em não apresentando o recorrente guias específicas por tomador, não houve o reconhecimento dos fatos geradores ali ,

razão porque entendo aplicável a regra contida no art. 173 do CTN. Não se trata de mera diferença de contribuições, mas ausência de folha de pagamento e guia específica em relação aos prestadores de serviços que executaram atividades na tomadora, sendo esse o fato gerador, cujo recolhimento parcial dever-se-ia ter realizado para efeitos da aplicação do art. 150. Assim, dever-se-á considerar que houve antecipação para aplicação do § 4º do art. 150 do CTN, quando ocorreu por parte do contribuinte o reconhecimento do valor devido e o seu parcial recolhimento, sendo em todos os demais casos de não reconhecimento da rubrica aplicável o art. 173 do referido diploma.

CONCLUSÃO

No lançamento em questão a lavratura da NFLD em 15/10/2004, tendo a cientificação ao sujeito passivo - tomadora dos serviços - ocorrido no dia 21/10/2004, os fatos geradores ocorreram entre as competências 07/1998 a 12/1998, contudo a autoridade julgadora já excluiu o fato geradores até 11/1998, decisão que entendo acertada, posto a aplicação do art. 173, I do CTN. Face o exposto deve ser mantido o lançamento em relação a competência 12/1998.

Quanto ao mérito do lançamento, abstenho-me de analisá-lo, considerando que resto vencida nesta 1ª turma de julgamento, quanto a aplicação da decadência pelo art. 173, I do CTN, em se tratando de responsabilidade solidária.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Voto Vencedor

Kleber Ferreira de Araújo – Redator Designado

Decadência

Em que pese a boa fundamentação apresentada pela relatora, concluo de forma diversa no que diz respeito ao critério para fixação do prazo decadencial. Passarei, de imediato, a expressar meu entendimento, posto que a legislação aplicável já foi suficientemente mencionada no voto da Conselheira Elaine Cristina Vieira.

A bem da verdade, tanto eu como ela entendemos que havendo recolhimento antecipado da contribuição, há de se contar o prazo decadencial pela norma do art. 150, § 4.º, do CTN, qual seja, cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Divergimos, todavia, quando da aplicação desta regra para os casos em que a apuração é feita no tomador dos serviços nas hipóteses de responsabilidade solidária pelo recolhimento das contribuições incidentes sobre a mão-de-obra utilizada na prestação de serviço.

Filio-me a tese adotada pela maioria dos integrantes desta Turma de Julgamento, segundo a qual verificando-se a existência de recolhimentos efetuados pela prestadora para o período apurado, independentemente das guias serem específicas para as notas fiscais decorrentes do serviço prestado, há de se considerá-las para fins de aplicação da regra concernente à aferição do prazo decadencial.

Isso porque a regra geral de contagem da decadência é o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos de lançamento por homologação, somente havendo o deslocamento para a regra do inciso I do art. 173 do mesmo diploma legal, quando constata-se fraude, dolo ou simulação ou quando não há recolhimento antecipado do tributo.

Assim, detectando-se que há recolhimentos que são compatíveis com os fatos geradores apurados, ainda que não se tenha como identificar a qual serviço específico os mesmos e referem há de se adotar a regra geral do CTN para a contagem do prazo de caducidade.

Mesmo que não haja no processo a apresentação de guias de recolhimento da prestadora, a maioria da Turma tem se utilizado do § 4.º do art. 150 do CTN, a menos que o fisco em seu relato faça referência explícita a inexistência de qualquer recolhimento para a empresa contratada. Isso porque tem se entendido que é obrigação do fisco demonstrar que para aquela situação específica a regra geral de contagem do prazo decadencial não deve ser aplicada.

A Relatora, ao contrário, conforme exposto no seu voto, somente aplica a regra no § 4.º do art. 150 do CTN, quando se vislumbra nos autos guias e folhas de pagamento específicas, as quais estejam vinculadas a determinada nota fiscal emitida contra a prestadora.

Na espécie não localizei a guia de recolhimento relativa à competência 12/1998, única mantida pelo órgão de primeira instância, porém verifico que o fisco deixou de se pronunciar conclusivamente sobre a documentação da prestadora, sugerindo inclusive que fosse verificada o possível transcurso do prazo decadencial a luz da Súmula Vinculante n.º 08 (ver fl. 267).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 08/06/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente e

m 08/06/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 13/06/2012 por ELIAS SAM

PAIO FREIRE

Impresso em 15/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Diante dessa constatação, sou forçado a divergir da Ilustre Relatora, entendendo que à espécie se aplica o inciso I do art. 173 do CTN, haja vista a inexistência de manifestação conclusiva do Fisco acerca da existência de recolhimento antecipado. Assim deve ser afastada pela decadência também a competência 12/2008.

Conclusão

Voto, então, por declarar a decadência para a totalidade das contribuições lançadas.

Kleber Ferreira de Araújo