



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

Processo nº 35524.000413/2004-00
Recurso nº 243.029 Voluntário
Acórdão nº **2402-001.892 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente PLANTAR PLANEJAMENTOS AGROPECUÁRIOS E ASSISTÊNCIA TÉCNICA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2003

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

EXCLUSÃO DO SIMPLES - DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA

O não conhecimento de Recurso Especial apresentado pelo contribuinte frente à Câmara Superior de Recursos fiscais representa o trânsito em julgado administrativo da decisão de exclusão deste do SIMPLES

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência até 03/1999 pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, bem como a contribuição do contribuinte individual, cuja arrecadação e recolhimento passou a ser responsabilidade da empresa após a vigência da Lei nº 10.666/2003.

O Relatório Fiscal (fls. 96/99) informa que a empresa optou pelo SIMPLES em 01/01/1997, porém, foi excluída em 03/2000. Portanto, a partir de 04/2000 foram lançadas as contribuições a cargo da empresa e as relativas a terceiros.

Compõe o presente lançamento as contribuições devidas pela caracterização de vínculo como segurados empregados de trabalhadores que prestavam serviços á notificada como contribuintes individuais e foram posteriormente contratados como empregados. Tais segurados são os Srs Marcos Rogério Almada, Bruno Pires Soares e José Alexandre Tureta.

Foram apuradas diferenças quando dos pagamentos de diversas rescisões de contrato de trabalho, relativas a verbas que não compuseram a folha de salário e de diferenças nos recibos de férias.

A empresa efetuou pagamento aos seus funcionários, a título de alimentação, sem estar devidamente cadastrada no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

Também foram apurados no livro Caixa, valores pagos ao sócio gerente e não declarados em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

Foram lançadas contribuições incidentes sobre remuneração paga pela empresa a seus empregados e contribuintes individuais devidamente declarados em GFIP, as quais não foram recolhidas em sua totalidade.

Foi efetuado levantamento relativo à diferença de valores recebidos de pagamentos extras a funcionários, prestadores de serviços, salário in natura como salário alimentação recebidos pelos segurados empregados em período em que a empresa gozava das vantagens do SIMPLES.

A notificada apresentou defesa (fls. 107/110), onde alega que o ato de exclusão do SIMPLES emitido pela Secretaria da Receita Federal foi impugnado pela mesma e se encontra em tramitação junto ao Ministério da fazenda, na Coordenação Geral de Recursos Logísticos, no órgão do Terceiro Conselho de Contribuintes. Afirma que o processo de exclusão está em grau de recurso e como sua situação ainda não está definida estaria dispensada das contribuições correspondente à parte do segurado não descontada, a parte da empresa, incluindo o SAT e os terceiros.

Argumenta que a Secretaria da Receita Federal informou indevidamente ao INSS a exclusão, pois ainda não havia decisão definitiva.

Pela Decisão-Notificação nº 07.401.0156/2004 (fls. 239/242), o lançamento foi considerado procedente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 252/285) onde alega que não restou comprovada a capacidade profissional da auditoria fiscal para o exame dos Livros Contábeis. Entende que o princípio do contraditório foi ignorado, pois não houve por parte da fiscalização a intenção de buscar a verdade fiscal. Argumenta que o fisco inverteu o ônus da prova, por desconhecimento da teoria geral da prova ou autoritarismo. Alega falta de discriminação dos fatos e base de cálculo no corpo da notificação. Afirma que ocorreu a decadência para o período anterior a 04/1999, posto que decorridos cinco anos para que o fisco realizasse o lançamento. Entende que a auditoria fiscal não é competente para verificar a existência de vínculo empregatício. Repete a alegação de que a decisão que a excluiu do SIMPLES encontra-se pendente de decisão definitiva. Alega que a penalidade foi aplicada como forma de confisco.

A então SRP – Secretaria da Receita Previdenciária apresentou contrarrazões (fls. 319) onde mantém a decisão recorrida.

Os autos foram encaminhados à 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Decisório 49/2006, converteu o julgamento em diligência para que fosse informada a decisão do Conselho de Contribuintes acerca da exclusão da empresa do SIMPLES. Foi salientado que no caso da manutenção da exclusão, deveria ser informado a partir de qual competência seria considerada.

Em resposta (fl. 333), a SRP informou que por meio de ofício, a DRF – Delegacia da Receita Federal informou que o processo permaneceria no Terceiro Conselho de contribuintes e juntou copia da decisão proferido pala DRJ no Rio de Janeiro.

Os autos foram encaminhados à Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes que pela Resolução 206.00.129 (fls. 334/337) converteu o julgamento em diligência para que os autos ficassem sobrestados na origem até o julgamento definitivo quanto à exclusão da empresa do SIMPLES.

Às folhas 339/344, foi juntada aos autos cópia do Acórdão 9101-000.807 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que não conheceu do recurso especial interposto pelo contribuinte mantendo a decisão da 2ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes que negou provimento ao recurso voluntário do contribuinte contra ato declaratório de exclusão do SIMPLES.

Após demonstrado que ocorreu o trânsito em julgado administrativo relativamente ao inconformismo da empresa quanto à sua exclusão do SIMPLES, com resultado desfavorável à mesma, os autos foram remetidos à esta Câmara para continuidade do julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta em recurso uma série de alegações não apresentadas em defesa.

Assevere-se que em sua defesa, a recorrente somente alegou que o ato de exclusão do SIMPLES havia sido impugnado pela mesma e encontrava-se no Terceiro Conselho de Contribuintes, razão pela qual não estaria definida a obrigatoriedade de recolhimento da contribuição patronal e terceiros.

A meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

“Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”

No entanto, ainda que precluso o direito à discussão de matéria não impugnada, a decadência deve ser verificada de ofício.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

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

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

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

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre 01/1999 a 12/2003 e foi efetuado em 22/04/2004, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

"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."

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

"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.*

.....

§ 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."

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EResp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, encontra-se decadente a parte do lançamento até a competência 11/1998, inclusive, por qualquer regra.

Pela regra constante no § 4º do art. 150 do CTN, havendo antecipação de pagamento, teria ocorrido a decadência até a competência 03/1999.

Ocorre que o único levantamento que contém lançamentos no interregno entre 12/1998 e 03/1999 é o levantamento GSI que compreende a contribuição dos segurados incidentes sobre valores pagos extra folha não declarados em GFIP.

Verifica-se que houve o pagamento de guias nas competências informadas, as quais foram aproveitadas em outros levantamentos.(fls. 52/55)

Assim, pode-se dizer que a recorrente efetuou antecipação de pagamento nas competências e que encontra-se decadente o lançamento até a competência **03/1999**.

A recorrente alega que o lançamento não poderia ter sido efetuado se esta estava recorrendo da decisão que a excluiu do SIMPLES.

Assevere-se que o presente lançamento não contém somente a contribuição patronal em razão da exclusão do SIMPLES, mas também contribuições dos segurados relativas a diferenças apuradas pela fiscalização, as quais são devidas inclusive pelas empresas optantes por aquele regime de tributação.

A meu ver, não há qualquer óbice à realização do lançamento, até mesmo para prevenir a decadência, uma vez que se o fisco ficasse no aguardo do trânsito em julgado administrativo da decisão que excluiu a recorrente do fisco, o lançamento em questão poderia estar completamente fulminado pela decadência.

No entanto, tomou-se o cuidado de sobrestar os autos até o trânsito em julgado administrativo do processo de exclusão do SIMPLES que ocorreu com o Acórdão nº 9101-000.807 da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF de 21/02/2011 que não conheceram o recurso apresentado pelo contribuinte contra acórdão nº 302-36.956 da 2ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes que negou provimento ao recurso interposto pelo contribuinte.

Processo nº 35524.000413/2004-00
Acórdão n.º **2402-001.892**

S2-C4T2
Fl. 354

Assim, o lançamento considerado não decadente deve prevalecer em sua totalidade.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer a decadência até a competência 03/1999.

É como voto.

Ana Maria Bandeira