



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

Processo nº 36202.002472/2007-52
Recurso nº 159.284 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.046 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de julho de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA
Recorrente BRASFLEX TUBOS FLEXIVEIS LTDA E OUTROS
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2001

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - GFIP - CAMPOS NÃO RELACIONADOS AOS FATOS GERADORES - PERÍODO PARCIALMENTE ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: "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".

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

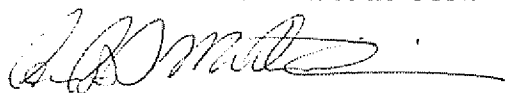
Em 13.06.2007 foi dada ciência à Recorrente do Auto de Infração de Obrigação Acessória - AI e o débito se refere a contribuições devidas à Seguridade Social nas competências 04/1999 a 05/2001.

Dessa forma, irrelevante a apreciação de qual dispositivo legal deve ser aplicado, ora o art. 150, § 4º, CTN ora o art. 173, I, CTN, o que fulmina em sua totalidade o direito do fisco de constituir o auto de infração, independente de se tratar de lançamento por homologação ou de ofício.

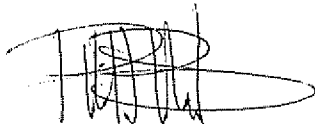
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso em face de decadência por qualquer dos critérios estabelecidos no CTN.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado), Cleusa Vieira de Souza (Convocada) e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, às fls. 453 a 457, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento do Rio de Janeiro II - RJ, fls. 436 a 439, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação acessória, Auto de Infração AI nº. 37.095.092-5, lavrado em 13.06.2007, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 3.286,61.

O Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 69, foi lavrado pela Fiscalização contra a Recorrente por ela ter apresentado Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP) com informações inexatas, incompletas ou omissas, nos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, descumprindo, assim, obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei 8.212, de 24/07/1991, art. 32, IV, e parágrafo 6º, acrescido pela Lei 9.528, de 10/12/1997, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar– MPF nº 09303403C02, foi de 01/1997 a 08/2006, fls. 28.

O período do débito, conforme o no Relatório Fiscal da Infração - RF, fls. 79 a 85, é de 04/1999 a 05/2001.

A recorrente teve ciência da NFLD no dia 13.06.2007, conforme fls. 01.

Os motivos que ensejaram a autuação estão descritos no Relatório Fiscal da Infração - RF, fls. 79 a 85, de forma que das GFIP apresentadas verificou-se o preenchimento incorreto de dados não correspondentes a fatos geradores de contribuições previdenciárias, nos seguintes campos: a) código relativo à categoria de segurados, no período de 04/1999 a 05/2001; b) alíquota relativa ao grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT, no período de 01/1999 a 05/2001.

Trata-se de diretores não sócios, que a Recorrente ao criar cargos de diretoria enquadrados-os como segurados contribuintes individuais, informando-os nas GFIP com a categoria 11. No entanto, a Recorrente deveria ter enquadrado os mesmos na qualidade de segurados empregados, cujo código correto é o da categoria 01, quais sejam:

a) Gilles Jacob de Naurois - Diretor, sem designação específica, no período de 01/05/1999 a 22/05/2001; jamais foi nomeado através do contrato social ou em ato separado; jamais foi detentor de cotas na sociedade;

b) Dominique René Marie Perreau Saussine - Diretor, sem designação específica, no período de 01/05/1999 a 22/05/2001; jamais foi nomeado através do contrato social ou em ato separado; jamais foi detentor de cotas na sociedade;

c) Flavio Barreta Junior - Diretor, sem designação específica, no período de 01/04/1999 a 22/05/2001; jamais foi nomeado através do contrato social ou em ato separado; jamais foi detentor de cotas na sociedade;

d) Georges Henri Michel - Diretor, sem designação específica, no período de 01/05/1999 a 22/05/2001; jamais foi nomeado através do contrato social ou em ato separado; jamais foi detentor de cotas na sociedade.

Neste sentido, a Auditoria-Fiscal mostra que a partir da vigência do novo Código Civil, de 10/01/2002, foi prevista a figura do administrador não sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, desde que designado em contrato social ou em ato separado, o que motivou a alteração, pelo Decreto 4.729/03, da alínea "h" do inciso V do art. 90 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, possibilitando que estes se enquadrassem como contribuinte individual.

O Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, fls. 86 a 89, não registra a existência de circunstância agravante, conforme a descrição do inciso V do art. 290, do Decreto nº 3.048/1999, tampouco registra a existência de circunstância atenuante, prevista no art. 291 do Decreto nº 3.048/1999.

Pela infração cometida foi aplicada a multa de R\$ 3.286,61 (três mil duzentos e oitenta e seis reais e sessenta e um centavos) conforme Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 86.

A multa corresponde a 5 % (cinco por cento) do valor mínimo previsto no art. 92, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, c/c o art. 283 do Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, atualizado pela Portaria MPS nº 142, de 11/04/2007, para cada ocorrência com informação incorreta na GFIP; limitada, em cada competência, em razão do número de segurados, aos valores estabelecidos no §4º do art. 32, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

Contra a autuação, a Recorrente apresentou impugnação tempestiva, de fls. 407 a 411, com Anexos às fls. 412 a 433.

Após análise, a DRJ Rio de Janeiro II - RJ emitiu o Acórdão, fls. 436 a 439, julgando procedente a autuação e mantendo a multa aplicada.

Inconformada com a decisão, a Recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 453 a 457, na qual alega em síntese que:

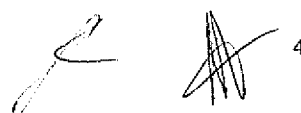
Preliminarmente, da desnecessidade do depósito prévio em função de que, primeiro, tal exigência é inconstitucional, e, depois está na espécie, respaldada pelo entendimento da própria RFB — ADI nº 16 de 21.11.2007.

No mérito, alega, em apertada síntese, que a Ação Fiscal foi baseada em descaracterização da condição de contribuintes individuais dos referidos administradores, para enquadrá-los na condição de empregados, com a conseqüente caracterização e o preenchimento de todos os requisitos estabelecidos no art. 3º da CLT.

Em sentido contrário, a Recorrente aduz que não se tratam de segurados empregados, mas sim de efetivos contribuintes individuais.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 459.

É o relatório.



4

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 459. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

DA DECADÊNCIA

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Cumprе ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.

Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (g.n.)"

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN. Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional.

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:

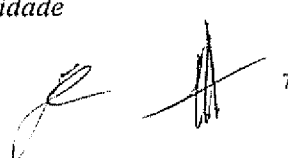
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

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. (g.n.)"

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:

"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.

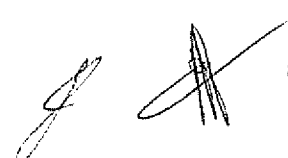
§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude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

Essas interpretações estão em sintonia com decisões do Poder Judiciário.

“Ementa: ...1. O entendimento jurisprudencial consagrado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo decadencial de que dispõe o Fisco para constituir o crédito tributário é de cinco anos, contados a partir do fato gerador. Todavia, se não houver pagamento antecipado, incide a regra do art. 173, I, do Código Tributário Nacional.” (STJ. 1ª Turma, AgRg no Ag 972.949/RS, Rel.: Min Denise Arruda., ago/08.) (g.n.)

“Ementa: ...4. 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). 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. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 5. Hipótese dos autos em que não houve pagamento antecipado, aplicando-se a regra do art. 173, I, do CTN.” (STJ. 2ª Turma, AgRg no Ag 939.714/RS, Rel.: Min. Eliana Calmon., fev/08.) (g.n.)

“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) . (g n.)

Portanto, para que possa identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o art. 173, I, do CTN ou seja o art. 150, § 4º, do CTN - deve-se identificar a ocorrência, ou não, de pagamentos parciais, pois só assim se pode declarar os efeitos da decadência no lançamento.

Entretanto, há de se salientar que a MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, trouxe nova disciplina para as punições pelo descumprimento das obrigações acessórias, ao revogar os parágrafos do art. 32 da Lei nº 8.212/91 e ao criar o art. 32-A como nova sistemática de aplicação de multas.

Ademais, o art. 32, § 11, da Lei 8.212/1991, correlaciona o arquivamento dos documentos comprobatórios das obrigações tributárias à prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

~~§ 11. Os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa durante dez anos, à disposição da fiscalização. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).~~

§ 11. Em relação aos créditos tributários, os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa até que ocorra a prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (gn)

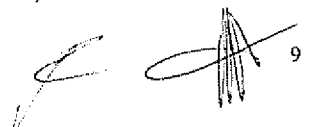
Tem-se que na atual disciplina trazida pela Lei 11.941/2009, conforme o art. 32, § 11, Lei 8.212/1991, a avaliação da decadência da penalidade pecuniária por declaração que não contempla todos os fatos geradores dar-se-ia nos autos do processo em que tivesse sido realizado o lançamento das contribuições não recolhidas.

Não obstante o ensejo de se cotejar o presente AI nº 37.095.092-5, com a correlata NFLD, verifica-se, da análise dos autos às fls. 01, que a cientificação do Auto de Infração pela recorrente se deu em 13.06.2007 e este Auto de Infração foi lavrado devido a Recorrente ter apresentado Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social (GFIP) com informações inexatas, incompletas ou omissas, nos dados não relacionados aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, do período de 04/1999 a 05/2001.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados, tanto nos termos do artigo 150, § 4º, CTN quanto nos termos do artigo 173, I, do CTN.

A título de esclarecimento, em relação à competência 05/2001:

(a) na hipótese de aplicação do art. 173, I, CTN, a cientificação da NFLD pela Recorrente deveria ocorrer até a competência 01/2007 a fim de que, aquela competência 05/2001, não fosse fulminada pelos efeitos da decadência,



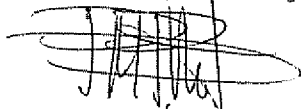
(b) na hipótese de aplicação do art. 150, § 4º, CTN, a cientificação da NFLD pela Recorrente deveria ocorrer até a competência 05/2006 a fim de que, aquela competência 05/2001, não fosse fulminada pelos efeitos da decadência.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, nas preliminares, DAR-LHE PROVIMENTO, face à aplicação da decadência quinquenal, por qualquer dos critérios estabelecidos no CTN.

É como voto.

Sala das Sessões, em 8 de julho de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator



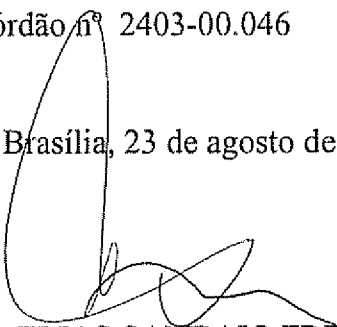
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 36202.002472/2007-52
Recurso nº: 159.284

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 2403-00.046

Brasília, 23 de agosto 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