



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

Processo nº 36202.002488/2006-84
Recurso nº 245.924 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **2301-02.238 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 29 de julho de 2011
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Salários
Recorrentes ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S.A - ESCELSA
FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/08/1997 a 30/04/2005

PEDIDO DE DESISTÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO CONTRIBUINTE. - ACOLHIMENTO.

O pedido de desistência formulado pelo contribuinte é direito potestativo, contra o qual não cabe oposição pelo julgador, sobretudo quando é condição imposta pela Lei 1.941/2009 para adesão ao parcelamento dos créditos tributários.

A renúncia à utilização da via administrativa para discussão da pretensão ou por desistência é razão para não conhecimento do recurso interposto.

DECADÊNCIA. PAGAMENTO 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. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN.

Aplica-se o art. 150, §4º do CTN se verificado que o lançamento refere-se a descumprimento de obrigação tributária principal, houve pagamento parcial das contribuições previdenciárias no período fiscalizado e inexistente fraude, dolo ou simulação.

DEPOSITO DE 30% DO VALOR DO DEBITO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. REVOGAÇÃO DO ART. 126, §1º DA LEI Nº 8.213/1991.

Os valores depositados pelo recorrente, nos termos do ora revogado art. 126, §1º da Lei nº 8.213/1991, correspondentes a 30% do valor do debito, devem ser devolvidos ao contribuinte, eis que a sua exigência como condição para o conhecimento de recurso voluntário foi declarada inconstitucional pelo

Supremo Tribunal Federal, tendo sido, posteriormente, revogado o dispositivo que previa tal o referido depósito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em não conhecer do recurso voluntário, devido a pedido de desistência da recorrente, nos termos do voto da Redatora designada. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Wilson Antônio de Souza Corrêa, que votaram em conhecer do recurso; e II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator. Redatora designada: Bernadete de Oliveira Barros.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator.

Bernadete de Oliveira Barros – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Wilson Antonio De Souza Correa, Bernadete De Oliveira Barros, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, lavrada em 16/12/2005, em desfavor de ESPIRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA, face à cobrança de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte do empregado, parte da empresa, bem como SAT e as destinadas a Terceiros (INCRA e SEBRAE), consoante se depreende do Relatório Fiscal (fls. 53/61).

Foram considerados como fatos geradores das contribuições previdenciárias os valores pagos aos segurados empregados a título de Participação nos Resultados referentes ao período de 08/1997 a 04/2005.

Inconformada, a ora Recorrente apresentou Defesa de fls. 360/380, tendo a Decisão de fls. 585/595 julgado procedente a autuação, consoante se pode observar da ementa a seguir transcrita:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIARIA. PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA. JUROS SELIC.

Pagamento efetuado a empregados a título de participação nos resultados, em desacordo com a MP no 794/94, reeditada sucessivamente e com numeração variada até a MP nº 1982-77/00, convertida posteriormente na Lei nº 10.101/2000, integra o salário de contribuição.

Não há cerceamento de defesa quando estão discriminados na Notificação, no Relatório Fiscal e seus anexos, os fatos geradores das contribuições lançadas e os dispositivos legais que amparam o lançamento do crédito previdenciário.

O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, art. 45 da Lei 8.212/91.

Aplicam-se ao débito os acréscimos legais previstos na Lei 8.620/93 e nos artigos 34 e 35 da Lei n.º 8.212/91 com redação dada pela Lei n.º 9.528 de 10/12/97, e redação atual dada pela Lei nº 9.876/99.

Inconstitucionalidade é matéria reservada ao Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 § 1º da Constituição Federal de 1988.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Depois de exarada decisão supra, foram juntados aos autos petição de fls. 598/604, acompanhada de documentos, que reiteravam as razões da Impugnação, mas que tinha sido protocolada anteriormente à prolação do acórdão acima transcrito.

Assim, foi proferido despacho às fls. 1.050, que determinava a manifestação da Junta Fiscal sobre a análise dos documentos e petição apresentados pela empresa foram examinados durante a ação fiscal.

Destarte, em atendimento ao r. despacho a Junta Fiscal informou às fls. 1.052/1.054 que os documentos juntados e as alegações da notificada na impugnação não apresentaram fatos novos que justificassem alteração do entendimento da referida Junta.

Neste diapasão, foi prolatada nova decisão de fls. 1.056/1.067, em que foi mantido o lançamento em comento.

Irresignada, a empresa interpôs Recurso Voluntário de fls. 1.071/1.098 alegando em síntese:

- a) Que a decisão recorrida deixou de sanar as nulidades apontadas no lançamento, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/91, uma vez que anexou listagem contendo diversos dispositivos legais, mencionando-os de forma aleatória, sem especificar os dispositivos da legislação supostamente infringidos;
- b) Que a constituição definitiva do crédito previdenciário objeto da presente NFLD ocorreu em 15/12/2005, de modo que todos os supostos fatos geradores anteriores à competência de dezembro de 2000 teriam decaído, conforme determina o artigo 173 do CTN e a Súmula 108 do extinto TFR;
- c) Que os pagamentos de PPLR não podem integrar base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Diante das alegações da Recorrente, a Secretaria da Receita Previdenciária, apresentou contrarrazões de fl. 1.101, tendo o Acórdão 205-01.380 às fls. 1.106/1.113, por maioria dos votos, anulado a decisão de primeira instância referente à NFLD, uma vez que da segunda decisão de fls. 1.056/1.067 não teria tomado ciência a empresa, em flagrante cerceamento de defesa.

Diante da decisão supra, foi reaberto prazo para oferecimento de Impugnação pela a empresa, tendo a mesma sido apresentada em 16 de setembro de 2009 (fls. 1.123/1.143).

Nesse sentir, foi proferido Acórdão (fls. 1.184/1.204) concedendo parcial provimento à defesa, tendo em vista a decadência das competências de 08/1997 a 11/2000, mantendo-se em parte o crédito tributário, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1997 a 30/04/2005

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. PAGAMENTO EM DESACORDO COM A LEI DE REGÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES DOS SEGURADOS EMPREGADOS E DA EMPRESA: FPAS, GILRAT E TERCEIROS.

Entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades (art. 28, I da Lei 8.212/1991).

A participação nos lucros ou resultados da empresa paga em desacordo com a Medida Provisória 794/94 e suas reedições, convertida na lei 10.101/2000, integra o salário de contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária, na inteligência do art. 28, § 9º, "j" da Lei 8.212/1991.

Nos termos do art. 214, I do RPS, incide a contribuição prevista no art. 198 sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditas, a qualquer título, aos segurados empregados, sendo obrigação da empresa, nos termos do art. 216, I, "a" do RPS, arrecadar e recolher tal contribuição. São devidas as contribuições à Seguridade Social incidentes sobre a remuneração paga aos trabalhadores na qualidade de segurados empregados (arts. 201, I e 202, III do RPS). Nos termos do art. 201, §1º do RPS, incidem as contribuições previstas no art. 274 sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditas, a qualquer título, aos segurados empregados.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE

Diante da Súmula vinculante nº 08 do STF, o artigo 45 da lei 8.212/91 foi declarado inconstitucional. Aplica-se, portanto, o prazo decadencial quinquenal previsto no CTN.

Impugnação Procedente em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Posteriormente, foi juntada aos autos petição da empresa (fls. 1.254/1.255), requerendo a desistência parcial do recurso, exclusivamente no que se refere aos fatos geradores posteriores à competência de dezembro de 2000.

Contudo, em que pese a petição ter sido juntada posteriormente à lavratura do acórdão (15.09.2010), na verdade seu protocolo foi anterior, em 01.03.2010.

Diante do Recurso de Ofício, subiram os autos a este CARF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Do Mérito

De início, cumpre esclarecer que a petição de fls. 1.254/1.255, em que a empresa informa a desistência parcial da sua impugnação apenas no tocante aos períodos posteriores a dezembro/2000, os quais não teriam sido afetados pela decadência, foi recebida como recurso voluntário, em que pese ter sido protocolada antes mesmo da lavratura do acórdão ora recorrido.

Contudo, uma vez que não foi apreciado o pedido de desistência do contribuinte, no tocante aos períodos posteriores à competência de dezembro/2000, e os autos subiram a este Conselho em face do Recurso de Ofício, entendo cabível a apreciação neste momento da petição mencionada, em face do princípio da celeridade e da economicidade, pois a anulação da decisão *a quo* para que a instância originária se manifeste tão somente sobre o pedido de desistência tornaria o processo demasiadamente demorado, quando se sabe que, de qualquer modo, seria necessária a devolução dos autos a este Colegiado para análise do Recurso de Ofício.

Por outro lado, o pedido de desistência é direito do recorrente, contra o qual não se pode opor os julgadores, o que torna ainda mais desnecessário o retorno dos autos à instância *a quo* para que se profira decisão cuja conclusão não poderá ser outra senão o acolhimento do pedido de desistência.

No tocante à manutenção do interesse da empresa na apreciação da decadência, cumpre esclarecer que a decisão ora sob análise a apreciou expressamente, reconhecendo como decaídos os mesmos períodos indicados pelo contribuinte.

Ademais, o Recurso de Ofício devolveu a este CARF exatamente a questão acerca da decadência dos períodos declarados pela decisão recorrida, o que torna legítimo o conhecimento da petição apresentada pela empresa às fls. 1.254/1.255 nesta oportunidade, como Recurso Voluntário.

Assim, diante do pedido de desistência da empresa de impugnar os períodos posteriores a dezembro/2000, deve seu pleito ser acolhido, pois além de ser um direito potestativo do recorrente, foi posta pela Lei nº 11.941/2009 como condição para a adesão ao parcelamento nela disciplinado.

A inteligência da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 6, de 22 de julho de 2009, na Seção intitulada “Da Desistência de Parcelamentos Anteriormente Concedidos”, no seu art. 13, caput c/c § 6º, determina que:

Art. 13. Para aproveitar as condições de que trata esta Portaria, em relação aos débitos que se encontram com exigibilidade suspensa, o sujeito passivo deverá desistir, expressamente e de forma irrevogável, da impugnação ou do recurso administrativos ou da ação judicial proposta e, cumulativamente, renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os processos administrativos e as ações judiciais, até 30 (trinta) dias após o prazo final previsto para efetuar o pagamento à vista ou opção pelos parcelamentos de débitos de que trata esta Portaria.

§ 6º. Caso exista depósito vinculado à ação judicial, à impugnação ou ao recurso administrativo, o sujeito passivo deverá requerer a sua conversão em renda da União ou transformação em pagamento definitivo, na forma definida no art. 32.

Ressalto, contudo, que a Portaria Conjunta acima transcrita também condicionada o parcelamento à conversão em renda da União dos valores depositados correspondentes aos 30% do valor do débito, exigido nos termos do revogado art. 126, §1º da lei nº 8.213/1991.

Com efeito, deve ser determinada tal conversa, nos moldes legais.

No tocante à decadência reconhecida pela decisão ora recorrida, matéria devolvida através do Recurso de Ofício, cumpre destacar que aquela deve ser mantida, posto que é de 5 anos o prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional quando houver descumprimento da obrigação tributária principal de tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias em comento (art. 150, §4º).

É bem verdade que, no caso em apreço, o lançamento foi realizado enquanto vigorava os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, segundo os quais os prazos decadencial e prescricional das contribuições previdenciárias seria de 10 anos.

Ocorre que, nas sessões plenárias dos dias 11 e 12.06.2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal–STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais aqueles dispositivos legais e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A da Constituição Federal - 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.

Lei nº 11.417, de 19/12/2006 - Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

(...).

...Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

Temos que a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficaram obrigados a acatar a Súmula Vinculante.

Assim, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto, uma vez que existem duas regras, aparentemente conflitantes, dispondo sobre a decadência de créditos tributários, tomando a primeira como termo inicial o pagamento indevido (art. 150, §4º), e a segunda o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado (art. 173, I). Cumpre transcrever os referidos dispositivos legais:

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.

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.

Harmonizando os referidos dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu a aplicação do art. 173 para os casos em que o tributo sujeitar-se a lançamento por homologação:

- 1) Quando não tiver havido pagamento antecipado;
- 2) Quando tiver ocorrido dolo, fraude ou simulação;
- 3) Quando não tiver havido declaração prévia do débito.

Cumpre transcrever o acórdão prolatado em sede de Recurso Especial representativo da controvérsia:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê 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, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que 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, entre as quais figura a 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 (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. *O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo 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, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).*

5. *In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.*

6. *Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.*

7. *Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.*

(REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

No voto lavrado no referido REsp 973.733/SC, foi transcrito entendimento firmado em outro julgamento (REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 25.02.2008), que limitam a aplicação do art. 150, §4º do CTN às hipóteses que tratam de tributo sujeito a lançamento por homologação, “quando ocorrer 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”.

No caso dos autos, verifica-se que o contribuinte pagou alguma das contribuições previdenciárias, não havendo que se falar em fraude, dolo ou simulação, até porque não apontados pela fiscalização.

A comprovação da presença de tais circunstâncias seria imprescindível para o afastamento do art. 150, §4º do CTN e aplicação do seu art. 173, I, o que não se vislumbra em qualquer momento da autuação.

Desta feita, considerando que a consolidação do crédito previdenciário se deu em 15.12.2005 e que a autuação abrange fatos geradores ocorridos anteriormente a dezembro/2000, tenho como certo que essas competências foram atingidas pela decadência quinquenal.

Importa acrescentar, diante da existência de entendimentos que aplicariam o art. 173, I do CTN ao caso sob análise, segundo o qual a contagem do prazo decadencial iniciada somente no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, que para estes somente estariam decaídas as competências anteriores a dezembro/1999, entendimento este ao qual não me filio.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário, que se limita à deferir o pedido de desistência formulado pelo contribuinte quanto às competências posteriores a dezembro/2000, bem como nego provimento ao Recurso de Ofício, já que deve ser mantido o reconhecimento da decadência das competências anteriores a dezembro/2000.

Outrossim, quanto ao valor depositado pelo contribuinte, correspondente a 30% do débito, exigência prevista no revogado §1º do art. 126, da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991 como condição de admissibilidade de recurso administrativo, ressalvo que deve ser-lhe restituído.

Isto porque o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o arrolamento de bens e direitos equivalentes a 30% da exigência fiscal inserta no art. 33, §2º do Decreto nº 70.235/1972 (RE388.359), entendimento este convertido na Súmula Vinculante nº 21 daquele mesmo Tribunal, nos seguintes termos:

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

Sendo, portanto, inconstitucional a exigência do depósito prévio desde o momento em que foi efetivado, não pode tal restrição ser mantida, sob pena de manter uma situação teratológica em proveito do Fisco, ainda que o recurso do contribuinte seja julgado improvido e o débito contra ele lançado seja confirmado.

Em outras palavras, sendo incabível o depósito desde a sua efetivação, devem as quantias ser levantadas pelo contribuinte.

Da Conclusão

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para deferir o pedido de desistência formulado, determinando, por conseguinte, o levantamento do depósito de 30% do valor do débito efetivado pela empresa nos termos do revogado art. 126, §1º da Lei nº 8.213/1991, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

É como voto.

Sala das Sessões, em

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES

Voto Vencedor

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros

Permito-me divergir do entendimento do Conselheiro Relator, em relação ao conhecimento do recurso voluntário apresentado pelo contribuinte, pelas razões a seguir expostas.

O Relator acolheu o pedido de desistência formulado pelo recorrente, tratando-o como recurso voluntário, argumentando que o pedido de desistência é direito do recorrente, contra o qual não se pode opor os julgadores.

Dessa forma, conheceu do recurso, dando-lhe provimento, para deferir o pedido de desistência formulado, determinando, por conseguinte, o levantamento do depósito de 30% do valor do débito efetivado pela empresa nos termos do revogado art. 126, §1º da Lei nº 8.213/1991, e negando provimento ao Recurso de Ofício.

Porém, conforme se verifica dos autos, a empresa notificada não apresentou recurso voluntário, mas apenas protocolou pedido de desistência da parte do débito lançado em período atingido pela decadência de que trata o CTN, restando, portanto, apenas os valores lançados em competências que, contudo, foram excluídas do débito pela primeira instância administrativa, motivo do recurso de ofício.

O artigo 78, da Portaria 256/2009, que aprova o Regimento Interno do CARF, estabelece que:

Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

§ 1º A desistência será manifestada em petição ou a termo nos autos do processo.

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

§ 3º Na hipótese de acórdão passível de recurso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a desistência de recurso deverá ser precedida de renúncia do requerente ao direito sobre o qual se funda o recurso por ele anteriormente interposto

Dessa forma, a empresa notificada apresentou pedido de desistência parcial, a fim de viabilizar o parcelamento do valor devido, e não atingido pela decadência, renunciando a quaisquer alegações de fato ou de direito sobre as quais se fundamenta a parte do recurso relativa a tal período.

Entendo que a renúncia à utilização da via administrativa por desistência é motivo para o não conhecimento do recurso.

Nesse sentido, voto por não conhecer do recurso voluntário, tendo em vista a apresentação do pedido de desistência.

Processo nº 36202.002488/2006-84
Acórdão nº **2301-02.238**

S2-C3T1
Fl. 1.273

Bernadete de Oliveira Barros – Redatora.