



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

Processo n° 44021.000019/2006-87
Recurso n° 260.465 Embargos
Acórdão n° **2403-00.682 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado ALETRES EMPREENDIMENTOS LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/06/1997 a 31/12/1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO NO ACÓRDÃO - COMPROVAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Restando comprovada a omissão no Acórdão guerreado, na forma suscitada pela Embargante, impõe-se o acolhimento dos Embargos de Declaração para suprir a omissão apontada, no caso, conferindo-se efeitos modificativos ao resultado levado a efeito por ocasião do primeiro julgamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ANULAÇÃO POR VÍCIO FORMAL - APLICAÇÃO DA REGRA DECADENCIAL DO ART. 173, II, CTN.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8 - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QUINQUÊNAL - APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º,.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n° 8, publicada em 20.06.2008, nos seguintes termos: “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5° 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

Na hipótese dos autos, aplica-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF - RICARF, com a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 07/1997 a 12/1998, o lançamento da NFLD nº 35.418.697-3, tornada nula por vício formal, foi cientificado em 19.11.2003, dessa forma, já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 10/1998, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

AÇÃO JUDICIAL - RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - MATÉRIA DIFERENCIADA - SÚMULA Nº 1 DO CARF.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício com o mesmo objeto do processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo, conforme a Súmula nº 1 do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria distinta da constante do processo judicial, conforme a Súmula nº 1 do CARF.

Embargos Acolhidos em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos Embargos de Declaração, para, sanando a omissão apontada no acórdão nº 2403-00.120, de 09.07.2010, conferir efeitos modificativos ao Acórdão guerreado para dar nova redação à decisão nos seguintes termos: “ACORDAM os membros do Colegiado, nas preliminares, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência, nos termos do art. 150, § 4º, CTN, dos créditos ora lançados até a competência 10/1998, inclusive.”

Ivacir Júlio de Souza – Presidente Substituto

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto. Ausentes o Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari e o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Com fulcro no art. 64, I c/c art. 65, § 1º, III, do Anexo II do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, o Procurador da Fazenda Nacional, opõe, tempestivamente, Embargos de Declaração, às fls. 215 a 217, contra o Acórdão nº 2403-00.120 de 09 de julho de 2010 de lavra da Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF.

Anota-se que o processo nº 44021.000019/2006-87 em questão trata de Recurso Voluntário, fls. 172 a 191, com Anexos às fls. 192 a 203, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo II, fls. 159 a 168, que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.013.014-6, fl. 01 (no valor consolidado de R\$ 4.028.982,13), referente a glosa de compensações efetuadas em desconformidade com a sentença que reconheceu à empresa o direito de compensar.

Trata-se de embargos opostos pelo Procurador da Fazenda Nacional por entender que o acórdão possui omissões ao não considerar o caráter substitutivo do lançamento formalizado nos autos eis que foi lavrado em substituição à NFLD 35.418.697-3, de 19.11.2003, de forma a que se verifique a regra decadencial com fulcro no art. 173, II, CTN.

Desta forma, em relação à presente NFLD nº 37.013.014-6, fl. 01, tem-se as seguintes considerações a seguir.

Trata-se de recurso voluntário, fls. 172 a 191, com Anexos às fls. 192 a 203, apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de São Paulo II, fls. 159 a 168, que julgou procedente a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.013.014-6, fl. 01 (no valor consolidado de R\$ 4.028.982,13), referente a glosa de compensações efetuadas em desconformidade com a sentença que reconheceu à empresa o direito de compensar.

Segundo o Relatório Fiscal, às fls. 48 a 50:

01. Este relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD de contribuições devidas à Seguridade Social no período de 07/1997 a 12/1998, em substituição à NFLD n. 35.418.697-3 de 19.11.2003, tornada nula, de acordo com o Acórdão n. 2315 de 29.09.2005 da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social, culminando com lavratura da presente NFLD Substitutiva.

03. A empresa ajuizou ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária de números 96.0015026-5 e 96.0032053-5 contra o INSS objetivando obter declaração de inexistência de relação

jurídica entre as partes que obrigasse a autora a recolher contribuição incidente sobre os honorários pagos a autônomos e o pró-labore pago aos administradores e reconhecer o direito da autora à restituição dos valores cobrados indevidamente, mediante compensação, corrigidos monetariamente desde os pagamentos indevidos.

04. Em sentença proferida pela mm Juíza da 14ª vara da Justiça Federal condena o INSS ao reconhecimento do direito da autora à compensação das quantias indevidamente pagas a título da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração de autônomos e administradores, nos termos do art. 66 da Lei 8383/91, com prestações relativas à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, sem as restrições ao exercício desse direito contempladas na Ordem de Serviço Conjunta n. 17, de 29.03.93, e sem as limitações percentuais impostas pelas Leis 9032/95 e 9129195 e consoante a documentação juntada aos autos, créditos esses monetariamente corrigidos desde o pagamento indevido, segundo índice oficial vigente à época, inclusive com a aplicação do IPC referente ao mês de maio de 1990 e correção consoante ao INPC no período de março a dezembro de 1991 e com incidência de juros moratórios, tão somente a partir de 1º de janeiro de 1996, nos termos do art. 30 parágrafo 40 da Lei 9250/95.

07. Os parâmetros utilizados pelo contribuinte estão em flagrante conflito com os utilizados pela fiscalização e em desconformidade com os determinados na sentença proferida pela 14 Vara da Justiça Federal.

08. O direito de compensar-se de valores indevidamente pagos esgotou-se em 06/1997 e em parte de 07/1997, estando glosados todos os valores compensados a partir da competência 08/1997 e em parte de 07/1997.

Desta forma, há que se destacar que a presente NFLD nº 37.013.014-6, foi lavrada em substituição à NFLD n. 35.418.697-3 de 19.11.2003, tornada nula, de acordo com o Acórdão n. 2315 de 29.09.2005 da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social.

Ainda assim, o Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda. **ajuizou ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária de números 96.0015026-5 e 96.0032053-5 contra o INSS** objetivando obter declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes que obrigasse a autora a recolher contribuição incidente sobre os honorários pagos a autônomos e o pró-labore pago aos administradores e reconhecer o direito da autora à restituição dos valores cobrados indevidamente, mediante compensação, corrigidos monetariamente desde os pagamentos indevidos.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, foi de 06/1997 a 12/1998, fls. 42.

O período do débito, conforme o Relatório de Lançamentos – RL às fls. 09 a 10, é de 07/1997 a 12/1998.

O **Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda.** teve **ciência no dia 19.11.2003 da NFLD nº 35.418.697-3**, tornada nula, de acordo com o Acórdão n. 2315 de 29.09.2005 da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme Relatório Fiscal às fls. 48.

O **Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda.** teve **ciência da presente NFLD nº 37.013.014-6**, no dia **28/11/2006**, conforme fls. 01.

Em 14/12/2006, fls. 55 a 75, com Anexos às fls. 76 135, o **Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda.** apresentou impugnação.

Às fls. 138 a 145, apresenta-se a Decisão-Notificação nº 21.401.4/0269/2004 que considerou procedente a **NFLD nº 35.418.697-3, tornada nula posteriormente pela decisão do CRPS.**

Às fls. 146 a 151, apresenta-se o Acórdão da **Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social que julgou nula por vício formal a NFLD nº 35.418.697-3.**

Às fls. 152, tem-se a movimentação processual no STJ do Recurso Especial – Resp 270733/SP relativo ao contribuinte SELETO S/A Indústria de Café.

Às fls. 153 a 155, há a solicitação de informação fiscal para se determinar se o contribuinte SELETO S/A Indústria de Café **teve a razão social alterada para Aletres Empreendimentos Ltda e também de os cálculos da glosa de compensação foram confirmados.**

Houve Informação Fiscal, às fls. 157 a 158, na qual se ratificou os cálculos realizados pela Fiscalização bem como a alteração da razão social de SeLETO S/A Indústria de Café para Aletres Empreendimentos Ltda.

A recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, fls. 159 a 168.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 172 a 191, com Anexos às fls. 192 a 203, onde alega, em síntese que:

Preliminarmente, pela possibilidade de recebimento e processamento do recurso sem o depósito prévio.

Preliminarmente, seja reconhecida a decadência do crédito tributário em função da inconstitucionalidade do artigo 45, da Lei 8.212/1991 em face do dispositivo do CTN acerca da decadência.

No mérito, alega, em apertada síntese, que:

Em relação à glosa de compensação. A Fiscalização glosou as compensações efetuadas a partir de 07/1997 a 12/1998, sob a alegação de que a RECORRENTE não cumpriu a determinação da sentença, o que não é verdade, desconhecendo que não cabe mais recurso ao Erário Público (INSS).

O lançamento do débito objeto da presente, é manifestamente improcedente, notadamente, porque os débitos lançados se referem a compensações feitas de acordo e com base em DECISÕES JUDICIAIS, cujas cópias se anexam à presente Impugnação.

Em relação aos acréscimos de atualização e juros procedidos pelo INSS. O referido importe não pode prosperar em razão de incorreções no tocante à composição dos acréscimos de atualização e juros procedidos pelo INSS estar em desacordo com a legislação que rege a matéria, bem como em face dos r. julgados proferidos nos autos do Processo nº 96.0032053-5 da 144 Vara da Seção Judiciária de São Paulo, cujos créditos por recolhimentos indevidos são aqueles pertinentes ao período que vai de setembro de 1989 a dezembro de 1995, resultando, por conseqüência, incorretas as glosas consideradas pelo INSS quanto às contribuições para o período de setembro de 1997 a dezembro de 1998.

Em relação à apresentação de planilhas de compensação. Incorretas em decorrência das incorreções acima noticiadas, posto que nestas planilhas promove o INSS a efetiva atualização monetária dos valores originários adotando procedimento contrário à decisão do STJ.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 206.

Esta Egrégia 3ª Turma, no Acórdão 2403-00.120, de 09.07.2010, decidiu-se por, nas preliminares, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso reconhecendo a decadência total do crédito tributário por quaisquer dos critérios do CTN.

E a Ementa do Acórdão 2403-00.120 embargado:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/06/1997 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - GLOSA DE COMPENSAÇÃO - PERÍODO ATINGIDO PELA DECADÊNCIA QÜINQÜENAL - SÚMULA VINCULANTE STF Nº. 8.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n º 8.212/1991. Após, editou a Súmula Vinculante n º 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

Processo nº 44021.000019/2006-87
Acórdão n.º 2403-00.682

S2-C4T3
Fl. 225

No presente caso, o fato gerador ocorreu entre as competências 06/1997 a 12/1998, o lançamento tendo sido cientificado em 28.11.2006, 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 lançamento, independente de se tratar de lançamento por homologação ou de ofício.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 223.

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.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Devemos verificar a ocorrência, ou não, da **decadência** em relação à **presente NFLD nº 37.013.014-6, bem como em relação à NFLD nº 35.418.697-3 tornada nula por vício formal.**

(i) Da Decadência da presente NFLD nº 37.013.014-6.

De plano **a presente NFLD nº 37.013.014-6, foi lavrada em substituição à NFLD n. 35.418.697-3, de 19.11.2003, tornada nula, de acordo com o Acórdão n. 2315 de 29.09.2005 da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social.**

Desta forma, exsurge a aplicação do art. 173, II, CTN a fim de se verificar a decadência em relação a esta NFLD Substitutiva:

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.

O **Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda.** teve **ciência da presente NFLD nº 37.013.014-6**, no dia **28/11/2006**, conforme fls. 01.

A **NFLD nº 35.418.697-3** foi tornada nula, por vício formal, de acordo com o Acórdão n. 2315 de **29.09.2005** da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme Relatório Fiscal às fls. 48.

Então, **a ciência da presente NFLD nº 37.013.014-6, em 28.11.2006, ocorreu em lapso de tempo inferior a 5 (cinco) anos a contar da data da anulação por vício formal da NFLD nº 35.418.697-3, em 29.09.2005, pela Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social.**

Desta forma, **não ocorreu a decadência, nos termos do art. 173, II, CTN,** em relação ao lançamento da presente **NFLD nº 37.013.014-6.**

(i) Da Decadência da NFLD nº 35.418.697-3 tornada nula por vício formal.

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.)

Uma corrente doutrinária também aponta que no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento, se aplica uma regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN em detrimento da aplicação da regra geral do art. 173, I, CTN. No entanto, nos casos de dolo, fraude ou simulação, de modo a que se configure a comprovada má-fé do sujeito passivo, não corre o prazo do art. 150, § 4º, CTN mas sim a decadência tributária se rege pela disposição genérica do art. 173, I, CTN.

Nesta corrente doutrinária pode-se citar, dentre outros, Ricardo Lobo Torres¹, Eduardo Sabbag², Mauro Luís Rocha Lopes³ e Leandro Paulsen⁴.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

² SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 723.

³ LOPES, Mauro Luis Rocha. Direito tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 248.

Há vozes discordantes na doutrina que defendem que a decadência opera com base na regra geral de decadência esposta no art. 173 do CTN, haja ou não pagamento antecipado no caso de lançamento por homologação, de forma a não se aplicar o art. 150, § 4º, CTN.

O meu posicionamento se identifica com o direcionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ e com a primeira corrente doutrinária exposta no sentido de no caso de tributo lançado por homologação, desde que haja a antecipação de pagamento e não se configure os casos de dolo, fraude ou simulação, se aplica a regra especial disposta no art. 150, § 4º, CTN, conforme se depreende do REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF.

Outrossim, na presente hipótese de lançamento de glosa de compensação referente à presente NFLD nº 37.013.014-6, **nas competências 10/1989 a 12/1995 há valores recolhidos a homologar**, conforme se depreende do Anexo I do Relatório Fiscal, às fls. 15 a 17, enquanto que **nas competências 03/1996 a 12/1998 houve a compensação**, conforme Anexo II do Relatório Fiscal, às fls. 18.

Então, aplicando-se o entendimento do STJ no REsp 973.733/SC nos termos do art. 62-A, Anexo II, Regimento Interno do CARF – RICARF, exsurge a regra de decadência insculpida no art. 150, § 4º, CTN posto que houve recolhimentos antecipados a homologar pelo contribuinte.

Verifica-se, da análise dos autos, que:

O **Contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda.** teve **ciência no dia 19.11.2003 da NFLD nº 35.418.697-3**, tornada nula, de acordo com o Acórdão n. 2315 de 29.09.2005 da Quarta CAJ do Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme Relatório Fiscal às fls. 48.

O período do débito, conforme o Relatório de Lançamentos – RL às fls. 09 a 10, é de 07/1997 a 12/1998.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados até a competência 10/1998, inclusive, nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

DO MÉRITO.

Anota-se que o contribuinte Aletres Empreendimentos Ltda. **ajuizou ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária de números 96.0015026-5 e 96.0032053-5 contra o INSS** objetivando obter declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes que obrigasse a autora a recolher contribuição incidente sobre os honorários pagos a autônomos e o *pró-labore* pago aos administradores e reconhecer o direito da autora à

⁴ PAULSEN, Leandro. Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11.

restituição dos valores cobrados indevidamente, mediante compensação, corrigidos monetariamente desde os pagamentos indevidos.

Desta forma, em razão da Súmula nº 1 do CARF, só é cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial, qual seja, a que não envolva a discussão acerca de compensação.

Súmula nº 1 do CARF - Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Portanto, em função da Súmula nº 1 do CARF não será analisado o Mérito posto que a matéria veiculada tem o mesmo objeto do processo judicial supracitado.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto VOTO no sentido de conhecer dos Embargos de Declaração, para, sanando a omissão apontada no acórdão nº 2403-00.120, de 09.07.2010, conferir efeitos modificativos ao Acórdão guerreado para, **NAS PRELIMINARES**, declarar a decadência, nos termos do art. 150, § 4º, CTN, dos créditos ora lançados até a competência 10/1998, inclusive.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro