



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

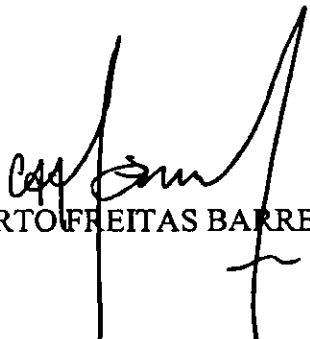
Processo nº 10120.006616/2002-51
Recurso nº 108-133.273 Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9101-00.008 – 1ª Turma
Sessão de 09 de março de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
Recorrente OPÇÃO 10 DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Ementa: MULTA QUALIFICADA - Deve ser mantida a multa qualificada quando demonstrada, por meio de declaração representativamente a menor, a intenção do sujeito passivo de impedir, ainda que parcialmente, o conhecimento da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador.

DECADÊNCIA - EVIDENTE INTUITO DE FRAUDE - Uma vez caracterizada a fraude, conta-se o prazo decadencial para constituição do crédito tributário pela regra do art. 173, inciso I, do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) por unanimidade de votos, acolher a decadência até o mês de novembro de 1996; 2) por maioria de votos, negar provimento ao recurso especial quanto a desqualificação da multa de ofício, nos termos dos relatórios e votos que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros José Carlos Passuello (Relator), José Clóvis Alves, Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Antonio Carlos Guidoni Filho e Valmir Sandri (Substituto Convocado) que deram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Adriana Gomes Rego.


CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Presidente


ADRIANA GOMES REGO

Redatora Designada

Formalizado em: 31 JUL 2009

Participaram, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Marcos Vinicius Neder de Lima, Antonio Praga, Karem Jureidini Dias, Nelson Lósso Filho e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-Presidente Substituto).



Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por OPÇÃO 10 DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., face à decisão da 8ª Câmara, consubstanciada no Acórdão nº 108-07.608.

O especial foi acolhido provisoriamente pelo Sr. Presidente da 8ª Câmara na forma do despacho nº 108-168/2005 (fls. 388 a 395). Das quatro matérias submetidas a recurso, a primeira que se refere a supostas irregularidades no MPF foi rejeitada; a segunda relativa à decadência do direito de lançar a CSLL teve seguimento; a terceira relativa ao arbitramento de lucros considerando a receita informada ao fisco estadual teve seguimento negado; e, a quarta que diz respeito à multa qualificada teve também seguimento.

Limita-se, portanto, o recurso especial, na parte que deve ser apreciado à decadência da CSLL e à multa qualificada.

Relativamente a estes dois itens, o sumário da decisão disponível no sítio eletrônico dos Conselhos indica:

Número do Recurso:	<u>133273</u>
Câmara:	OITAVA CÂMARA
Número do Processo:	10120.006616/2002-51
Tipo do Recurso:	VOLUNTÁRIO
Matéria:	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO
Recorrente:	OPÇÃO 10 DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
Recorrida/Interessado:	2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF
Data da Sessão:	06/11/2003 00:00:00
Relator:	Ivete Malaquias Pessoa Monteiro
Decisão:	Acórdão 108-07608
Resultado:	OUTROS - OUTROS
Texto da Decisão:	Pelo voto de qualidade, REJEITAR as preliminares de nulidade e decadência suscitadas e, no mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Luiz Alberto Cava Maceira, José Henrique Longo, Karem Jureidini Dias de Mello Peixoto e Mário Junqueira Franco Júnior que acolhiam a preliminar de decadência em relação ao ano de 1996.

Inteiro Teor do Acórdão



AC 108-07608 - 133273.pdf

Ementa:

(...)
PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO/COFINS - A criação dos tributos, modo de apuração e a de extinção do crédito tributário estão no campo privativo das competências cometidas aos entes tributantes, espaço reservado na Constituição Federal, que nenhuma lei complementar pode restringir ou anular. O prazo decadencial das contribuições sociais e regulado pelo artigo 45 da Lei 8212/1991. (...)

MULTA AGRAVADA – Cabível quando materializada a hipótese de incidência do parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei 8137/1990. Preliminares rejeitadas. Recurso negado.

A Fazenda Nacional apresentou contra-razões, pela manutenção da decisão recorrida.

A ciência do lançamento que se resume à CSLL foi formalizada ao contribuinte em 09.08.2002 (fls. 219), abrangendo os fatos geradores de 30.11.96 a 31.10.96, sendo o tributo apenado com multa de ofício (75%) nos fatos geradores de 11.96 e 12.96, e qualificada (150%) nos fatos geradores de 03.97, 06.97, 09.97 e 12.97. As bases tributadas foram mensais em 1996 e trimestrais em 1997.

A qualificação da multa se deu na forma descrita na folha de continuação do auto de infração (fls. 220):

"O Contribuinte prestou informações inexatas em relação ao seu faturamento na DIRPJ/1998, de modo reiterado e continuado durante todos os meses do ano-calendário de 1997, fls. 155 a 157, declarando faturamento a menor que os valores escriturados na coluna de saídas de mercadorias do livro fiscal de Registro de Apuração de ICMS, às fls. 172 a 195; somados aos valores de outras receitas informados pelo próprio contribuinte nas planilhas de fls. 34 a 36. O Contribuinte não apresentou DCTF para o ano-calendário de 1997, nem para os demais, mesmo após ser intimado a fazê-lo conforme fls. 110/111.

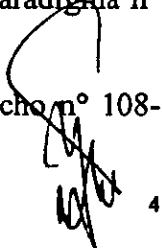
Assim, ao se efetivar a comparação entre os valores escriturados e os declarados, conforme Demonstrativo de Diferença na Receita Total às fls. 55, pode-se observar que os valores declarados são, em média, 30% dos escriturados, evidenciando-se o intuito de fraude contra a ordem tributária.

Estes procedimentos demonstram a consciência da conduta do contribuinte, visando eximir-se do pagamento de parte dos tributos pela omissão de declaração sobre grande parcela do faturamento da empresa, procedimento este que vai refletir diretamente na apuração da CSLL, constituindo, desta forma, em tese, crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1980. Por este motivo, a Multa de Ofício foi qualificada para 150%.

A Multa de Ofício para o ano-calendário de 1996 não foi qualificada tendo em vista que neste período os valores declarados pelo Contribuinte não foram inferiores aos escriturados no livro fiscal de Registro de Apuração de ICMS."

A divergência se caracterizou, quanto à decadência, diante da discussão acerca do elemento temporal que a mede, entendendo a decisão recorrida ser de 10 anos na forma do artigo 45 da Lei nº 8.212/91 e a recorrente, com arrimo no Acórdão paradigma nº CSRF/01-04.719, de cinco anos.

Já com relação à multa qualificada, como explicitado no despacho nº 108-162/2005 (fls. 393):



"Quarta matéria: multa qualificada.

No caso, o lançamento refere-se apenas ao ano-calendário de 1997.

Entendeu a fiscalização que o fato de o contribuinte declarar ao fisco federal apenas 30% do que declarava ao fisco estadual justifica a aplicação da multa agravada de 150%, por evidente intuito de fraude contra a ordem tributária.

Tal entendimento restou confirmado pelo acórdão recorrido que considerou (f. 339): A prática adotada pelo sujeito passivo demonstra, inequivocadamente, seu erro consciente e até sinaliza para a possibilidade de ocorrência de crime contra a ordem tributária, estando sintetizado a ementa que novamente se reproduz:

MULTA AGRAVADA – Cabível quando materializada a hipótese de incidência do parágrafo primeiro do artigo 1º da Lei 8137/1990.

A decisão da Terceira Câmara, acórdão 103-21835, ao revés, sustenta (f. 383):

DECLARAÇÃO INEXATA – DISCREPÂNCIA DO MOVIMENTO TRIBUTÁVEL APURADO A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE O REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E AS DCTFS – Tratando-se de lançamento com base em declaração inexata, que implicou em recolhimento a menor da exação, o lançamento é procedente para a exigência do pertinente diferencial.

PENALIDADE – MULTA AGRAVADA – A formulação de declaração inexata enseja o lançamento do ofício, mas não autoriza o agravamento da penalidade. Publicado no D.O.U nº 45 de 08/03/05

Do confronto dos julgados, constata-se que a divergência é cristalina.

É que ambos os acórdãos igualmente versaram sobre a hipótese de agravamento da multa em lançamento com base em inexatidão apurada pelo confronto das informações prestadas ao fisco federal e ao fisco estadual, porém com entendimentos antagônicos no que se refere à graduação do percentual da multa: o acórdão recorrido sustenta a multa de 150%, o acórdão paradigma, ao revés, sustenta a multa de 75%.

Não há dúvida, a divergência efetivamente existe.

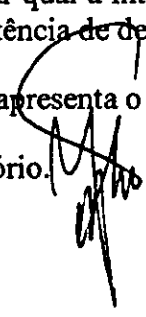
Em face do exposto, dou seguimento ao recurso especial no que tange à multa qualificada de 150% (cento e cinquenta por cento)."

Com relação ao item cujo seguimento foi acolhido provisoriamente, o recurso trouxe razões alegando que não consta do processo qualquer comprovação de dolo ou fraude. Alega a recorrente que forneceu em disquete todas as informações utilizadas no lançamento

auxiliando a fiscalização em trabalho que a ela competia, e que a fiscalização em nenhum momento examinou notas fiscais ou outros documentos, limitando-se a adotar o faturamento informado nos livros fiscais. Sustenta que procedeu na forma de interpretação aceita nos meios jurídicos, porém sem indicar qual a interpretação que o orientou e que a única constatação que se pode fazer é sobre a existência de declaração inexata.

Assim se apresenta o processo para julgamento.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro JOSÉ CARLOS PASSUELLO, Relator

O recurso foi adequadamente interposto, porquanto a divergência está caracterizada com relação ambos os itens, e deve ser conhecido.

A preliminar de decadência deveria ser apreciada anteriormente, por sua condição de prejudicial, porém, considerando que a permanência da multa qualificada implica em determinar diferente alcance de seu conceito, estarei encaminhando o julgamento do mérito da qualificação da multa para depois, definido o prazo inicial da contagem do prazo decadencial, apreciar a preliminar.

O período fiscalizado compreende dois anos, 1996 e 1997, sendo que, como relatado pela fiscalização a matéria tributada relativa ao ano de 1996 deixou de ser apenada com multa qualificada uma vez que, no dizer da fiscalização *"tendo em vista que neste período os valores declarados pelo Contribuinte são compatíveis com os escriturados no livro fiscal Registro de Apuração de ICMS"*.

Porém, com relação a 1997, a empresa teria tributado nos quatro trimestres valores *"em média"* 30% dos valores escriturados no livro fiscal, de modo continuado e reiterado.

Inexiste no processo qualquer confirmação sobre o uso de procedimentos fraudulentos ou situações objetivas que possam demonstrar o dolo necessário à qualificação da multa, sendo que tal qualificação se deu diante da presunção da ocorrência de que *"Estes procedimentos demonstram a consciência da conduta do Contribuinte, visando eximir-se do pagamento de parte dos tributos pela omissão de declaração sobre grande parcela do faturamento da empresa ..."*.

A questão a ser apreciada se prende exclusivamente ao entendimento do fisco de que a conduta reiterada de declarar valores inferiores àqueles apurados, reduzindo o tributo devido, caracteriza fraude e deve provocar a qualificação da multa aplicável (150%).

Aparentemente simples na sua dicção, a matéria é complexa e merece aprofundado estudo.

É cediço que a fraude deve ser comprovada e que a aplicação de penalidade exacerbada, no caso qualificada, deve apresentar precisa descrição dos fatos, tipificação da conduta e preciso enquadramento legal.

No presente caso a conduta descrita foi a apresentação de DIPJ com valores significativamente inferiores aos contidos nos livros fiscais do ICMS, durante parte do período fiscalizado, ou 1997. Em 1996 também houve a mesma reiteração, mas a fiscalização entendeu as divergências compatíveis com os valores declarados.

Alguns aspectos merecem exame a partir dessas constatações.



Sem dúvida se a diferença verificada pela fiscalização ocorresse em apenas um período, a fiscalização a trataria como simples informação inexata com a aplicação da multa de 75%.

Mesmo tendo ocorrido em diversos períodos a fiscalização afirmou que "*O contribuinte prestou informações inexatas em relação ao seu faturamento*", o que permite concluir que o agravamento se deu exclusivamente em função da reiteração dos procedimentos da recorrente.

Ficou constatado que as informações inexatas foram constatadas em 30.11.96, 31.12.96, 31.03.97, 30.06.97, 30.09.97 e 31.12.97, mas a penalidade qualificada somente foi aplicada nos períodos de 1997 e não nos de 1996, constando a informação de que nesses períodos os valores constatados eram compatíveis com os declarados.

Diante disso, concluo que o critério de reiteração não foi o elemento fundamental para a qualificação da multa, pois nessa hipótese a qualificação da multa ocorreria em todos os períodos em que se constatou a informação de valores menores do que os constatados.

A ressalva da fiscalização de que as diferenças de 1996 correspondiam a valores compatíveis com os declarados indica a aplicação de outro critério, a meu ver absolutamente subjetivo, uma vez que em 1996 as diferenças devem ter se apresentado em pequenos percentuais de diferença e em 1997, diante de elevados percentuais de diferença a penalidade foi qualificada.

Visível que a qualificação não se deu pela reiteração no procedimento de informar valores diferentes dos constatados, mas sim por informar valores consideravelmente discrepantes dos constatados.

Não consta dos autos, porém, qual o parâmetro objetivo de percentual que induz à qualificação da multa, o que quebra inteiramente o critério que a fiscalização declara ter adotado.

É que, se houve a divergência em todos os períodos, porque não houve a qualificação em todos os períodos? Se em alguns períodos essa qualificação não se deu é porque o critério foi outro, já que não é razoável aceitar que estando todos os valores em um mesmo demonstrativo (fls. 223) não tenham recebido o mesmo tratamento.

Sem dúvida essa subjetividade é inaceitável como elemento caracterizador da qualificação da multa, que somente poderia ocorrer diante de objetiva condição objetiva, própria dos tipos que permitem o exasperamento da penalidade.

Ademais, a irregularidade apontada pela fiscalização tem por base informação prestada em obrigação assessoria sem que tenha a recorrente provocado qualquer alteração ou ocultação do fato gerador, tanto que os valores adotados foram levantados perante as informações prestadas pela empresa, tanto que, por falta de apresentação dos livros comerciais, a fiscalização procedeu ao arbitramento dos resultados, cujo procedimento está relatado em sua fase final a fls. 222, com base nas informações prestadas pelo recorrente e os registrados no Livro de Apuração do ICMS.

Entendo incabível a aplicação da multa qualificada sem objetiva constatação da ocorrência de fraude, ainda mais quando no mesmo período fiscalizado o mesmo comportamento da recorrente foi apenado de duas formas distintas, uma simples (75%) e outra qualificada (150%), demonstrando a inadequação do critério adotado.

Ademais aceitar que a graduação da diferença percentual seja adotada na graduação da penalidade, inclusive sua qualificação, representa a tentativa de instalar avaliação subjetiva que a lei não permite, até porque, para que pudesse prevalecer, deveria ela corresponder um parâmetro medido objetivamente, por exemplo: mais de x%, dobro, etc.

Assim, meu voto é no sentido de desqualificar a multa de ofício, devendo ser reduzida para 75%.

Definida a inexistência da condicionante excludente do final do artigo 150 do CTN, já que a CSLL é tributo submetido à sua sistemática, cuja natureza tributária já foi reconhecida pelo STJ, passo à apreciação da preliminar.

O auto de infração, como mencionado no relatório foi cientificado à recorrente em 09.08.2002 (fls. 219) e a exação alcançou os fatos geradores mensais de novembro e dezembro de 1996 e trimestrais de 1997. Deu-se, portanto o lançamento depois de decorridos cinco anos da ocorrência dos fatos geradores de 1996 e dos dois primeiros trimestres de 1997.

A discussão sobre a contagem do prazo decadencial relativamente às contribuições sociais vem se travando há longo tempo e estava centrada na hierarquia das leis.

Questionava-se a aplicação do artigo 45 da Lei nº 8.212/91¹, em especial o seu inciso I, em cotejo com o artigo 150, par 4º, do CTN, perante o artigo 146, III, da Constituição Federal².

Era predominante neste Colegiado a posição que entendia que, sendo a Lei nº 8.212/91 norma ordinária, não lhe competia regular matéria relativa à decadência, que recebia pelo texto do artigo 146, III, da Carta Magna, definição pela necessidade de tratamento por lei complementar, a cujo "status" estava guindado o CTN.

Assim, aceitava-se que o prazo decadencial era aquele estatuído no par 4º, do artigo 150, do CTN, de cinco anos contados a partir da ocorrência do fato gerador.

¹ ART.45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:
I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído;

(...)

² Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

(...)"

O judiciário também estava indeciso, apesar da predominância pela aplicação do CTN em prejuízo da lei ordinária (Lei nº 8.212/91).

A Corte Especial do STJ, na competência definida no artigo 97 da Constituição Federal³, na sessão de 15.08.2007, em AI no REsp 616348/MG, apreciando arguição de inconstitucionalidade, assim decidiu:

Processo

AI no REsp 616348 / MG ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO RECURSO ESPECIAL 2003/0229004-0

Relator(a)

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador

CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento

15/08/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 15.10.2007 p. 210 RDDT vol. 149 p. 129 RET vol. 59 p. 51

Ementa

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. DO ARTIGO 45 DA LEI 8.212, DE 1991. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO.

1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e **decadência** tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Consequentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de **decadência** para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, conhecer, por maioria, da arguição de inconstitucionalidade, vencido o Sr. Ministro José Delgado, e, no mérito, após o voto-vista do Sr. Ministro José Delgado e os votos dos Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Na preliminar os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Fernando

³ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

No mérito os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Hamilton Carvalhido, João Otávio de Noronha e Arnaldo Esteves Lima.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Carlos Alberto

Menezes Direito.

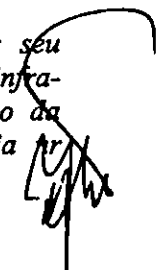
Nesse processo, o Ministério Público já se manifestou pelo Parecer do Dr. Benedito Izidro da Silva, Subprocurador-Geral da República, no referido REsp nº 161348/MG, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei Ordinária nº 8.212/91, adotando nas conclusões o seguinte teor, reproduzido abaixo:

"Utilizando-se a hermenêutica constitucional, a solução da antinomia jurídica configurada entre o CTN e a lei ordinária da previdência social deve ocorrer pelo critério da hierarquia, que faz prevalecer a norma cuja a Constituição Federal de 1988 situou em grau hierárquico superior; in casu, o Código Tributário Nacional que foi recepcionado pela ordem constitucional como lei complementar.

Conclui-se, destarte, por meio das diversas conclusões parciais que se concatenam, no seguinte sentido: 1) a contribuição social como tributo deve observância as normas gerais de Direito Tributário; 2) A decadência como norma geral deve ser veiculada pelo instrumento normativo da lei complementar por expressa previsão constitucional (art. 146, III, b da CF) e a mesma se submete as contribuições sociais; 3) reconhecido o status de lei complementar do CTN quando dispõe de normas gerais em matéria de legislação tributária, 4) disposição expressa no CTN fixando o prazo quinquenal; 5) lei ordinária adotando prazo diverso; 6) prazo determinado que não elide seu conteúdo de norma geral; 7) regras de hermenêutica constitucional, critério da hierarquia das normas e princípio do paralelismo das normas; 8) inconstitucionalidade da lei ordinária que adentra competência reservada à lei complementar em matéria de direito tributário.

No sentido da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se pronunciou no AI nº 200070010041785 – 2/PR em julgamento proferido na data de 22 agosto de 2001.

Pelo exposto, opina o Ministério Público Federal por seu representante, o Subprocurador-Geral da República infra-assinado, pelo cabimento do incidente com a declaração da inconstitucionalidade formal do art. 45 da Lei ordinária nº 8.212/9"



Finalmente, encerrando a discussão, o STF, na sessão de 11 de junho de 2008, decidiu que somente a lei complementar pode dispor sobre normas gerais como a prescrição e a decadência, ao apreciar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, todos por unanimidade.

Seguiu-se a aprovação da Súmula vinculante nº 8, assim formalizada:

"Súmula Vinculante nº 8

Após ouvir a opinião favorável do vice-procurador-geral da República, Roberto Monteiro Gurgel, os ministros aprovaram a Súmula Vinculante número 8, sobre o tema julgado, que passa a vigorar com a seguinte redação: "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".

A primeira questão a apreciar diz respeito ao alcance e aplicabilidade das súmulas vinculantes.

A súmula vinculante aprovada por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal tem o mesmo efeito de uma decisão proferida em sede de ADIn ou Adecon (Art. 103-A da Constituição Federal⁴) e, na forma do art. 4º da Lei nº 11.417/2006, comporta modulação.

Após a publicação da súmula vinculante nº 08, com a ressalva dos efeitos de sua modulação, nenhuma autoridade judiciária ou administrativa tributária poderá aplicar os prazos decadenciais e prescricionais em desacordo com aqueles previstos no Código Tributário Nacional, já que, na forma do artigo 146, III, b), da Constituição Federal, a matéria está sob reserva de lei complementar.

⁴ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 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."

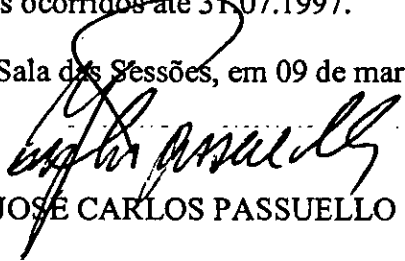
Além disso, o Decreto nº 2.194/97 determina em seu artigo 3º, ao se referir a matéria tratada em texto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que os créditos tributários pendentes de julgamento devem subtrair a aplicação da lei, na forma de seu texto.

Dessa forma, além de me basear na jurisprudência administrativa forjada neste Colegiado, decido diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 declarada formalmente tanto pelo STJ quanto pelo STF, esse último se expressando definitivamente pela Súmula Vinculante nº 8.

O pleito da recorrente foi o acolhimento da preliminar de decadência para os fatos geradores encerrados até 31.07.1999.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso especial interposto pelo contribuinte e, no mérito dar-lhe provimento, mediante a desqualificação da multa de ofício e acolhimento da preliminar de decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos até 31.07.1997.

Sala das Sessões, em 09 de março de 2009.



JOSE CARLOS PASSUELLO

Voto Vencedor

Conselheira ADRIANA GOMES REGO, Redatora Designada

Ouso divergir do ilustre relator porque entendo que a aplicação da multa qualificada enseja a subsunção dos fatos a uma das hipóteses de que trata a Lei nº 4.502, de 1964, nos artigos 71 a 73, *verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

No caso em apreço, de acordo com o informado pela Fiscalização, o contribuinte informou na DIPJ relativa ao ano-calendário de 1997, 30% do que escriturou no livro de Registro de Apuração do ICMS, e não apresentou DCTF, mesmo após ter sido intimado. A Fiscalização ainda informa que, autuou 1996, porém, como os valores estavam compatíveis com aqueles escriturados no livro fiscal do ICMS, a multa não foi qualificada.

Além disso, não constam dos autos qualquer informação no sentido de que o contribuinte entendia que determinada receita, pela sua natureza, não era tributável, de modo a suscitar que havia alguma divergência de entendimento por parte do sujeito passivo quanto à base de cálculo a declarar.

Logo, se declarou a menor relativamente a quatro trimestres do ano-calendário e, no ano anterior havia declarado correto, além do fato dos valores serem expressivamente abaixo do seu faturamento, resta evidenciado que o sujeito passivo tentou impedir, ainda que parcialmente, o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador.

Ora, quem declara ao Fisco, de forma reiterada, valores que, pelo volume, sabe não ser o seu faturamento, o faz porque conhece e deseja o conseqüente, qual seja, pagar menos tributo.

Por conseguinte, não se trata sequer de presunção de ocorrência de fraude pois esta, *lato sensu*, já está materializada na declaração a menor sobretudo quando, ao tempo dos fatos geradores, a DIPJ era confissão de dívida, alimentando os sistemas de cobrança. 

Ademais, em se caracterizando a fraude *lato sensu*, tem-se que a regra da contagem do prazo decadencial desloca-se do art. 150, § 4º, do CTN para o art. 173, inciso I, ou seja, conta-se do *primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*.

Assim, como em 1996 o fato gerador da CSLL era mensal, em relação à exigência lançada relativa ao mês de novembro de 1996, há de se reconhecer decorrido o prazo decadencial para o Fisco proceder ao lançamento porque, em somente em relação a este mês, o lançamento poderia ter ocorrido ainda em dezembro de 1996, de forma que o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado é, então, 1º de janeiro de 1997, e o prazo para lançamento se findou em 31 de dezembro de 2001.

Logo, como o lançamento só ocorreu em agosto de 2002, em relação a novembro de 1996, ocorreu a decadência.

Já para dezembro de 1996, o lançamento só poderia ocorrer em 1997; o primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 1998 e o prazo se finda em dezembro de 2002.

Em face do exposto, manifesto-me pelo DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial do contribuinte, tão-somente para acatar a preliminar de nulidade do lançamento relativo ao mês de novembro de 1996.

Sala das Sessões, em 09 de março de 2009.


ADRIANA GOMES REGO

