



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

Processo n° 10830.007025/2007-08
Recurso n° 254.246
Acórdão n° **2301-01.810 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de fevereiro de 2011
Matéria Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT
Recorrente CARLOS SIMÕES ADVOCACIA E CONSULTORIA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/01/2001; 01/12/2002 a 31/05/2005.

CERCEAMENTO DE DEFESA. Não constitui cerceamento ao direito de defesa a abertura de novo prazo ao contribuinte para apresentação de defesa não precedida de MPF.

DECADÊNCIA. PRAZO PREVISTO NO CTN. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 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.

Somente se aplica o art. 150, §4° do CTN quando 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.

RECURSO GENÉRICO. PRECLUSÃO PROCESSUAL. Reputa-se não impugnada a matéria relacionada ao lançamento que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, o que impede o pronunciamento do julgador administrativo em relação ao conteúdo do feito fiscal com esta matéria relacionado, restando, pois, definitivamente constituído o lançamento na parte em que não foi contestado. Houve, assim, a preclusão processual, uma vez que não houve insurgência da Recorrente quanto à parte da pretensão externada no lançamento.

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à aplicação da regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até 12/1999, anteriores a 01/2000, nos termos do voto do Relator; e II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, para, no mérito, determinar que seja aplicada a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou pela manutenção da multa.

Marcelo Oliveira - Presidente

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator

Participaram da Sessão de julgamento os conselheiros Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva e Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Trata-se de Notificação de Lançamento de Débito, lavrada em 09/03/2005, em desfavor de Carlos Simões Advocacia e Consultoria, face à cobrança de valores devidos a título de contribuições previdenciárias correspondentes à parte da empresa e do empregado, bem como ao SAT e às contribuições destinadas a terceiros, compreendendo o período de 08/1997 a 01/2001 e 12/2002 a 01/2005.

No Relatório Fiscal às fls. 67/69, afirmou-se que foi procedida à matrícula ex-officio no CEI do profissional liberal Carlos Jorge Martins Simões, porquanto este possuía e ainda possui empregados a seu serviço, sem que tenha providenciado a referida matrícula e o recolhimento das contribuições correspondentes.

Ressalte-se que os valores cobrados na presente notificação foram calculados através de aferição indireta, vez que o contribuinte não apresentou os documentos necessários ao cálculo da quantia exata devida, quando do recebimento do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos em 01/02/2005.

Inconformada, a ora Recorrente apresentou Defesa Administrativa de fls. 75/92, tendo a Autoridade Julgadora determinado à fl. 237 a complementação do Relatório Fiscal, pedido este atendido às fls. 238/242, através da apresentação de Relatório Fiscal Aditivo.

Diante dos dados acrescentados à descrição da notificação, a empresa interpôs nova Defesa constante às fls. 236/266, tendo o Acórdão de fls. 270/282 julgado procedente o lançamento, consoante se pode observar da ementa a seguir transcrita:

*PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUSTEIO. SEGURADOS OBRIGATÓRIOS.
EMPREGADO. DOCUMENTOS. APRESENTAÇÃO DEFICIENTE.
REMUNERAÇÃO. AFERIÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.
ACRÉSCIMOS LEGAIS.*

A apresentação deficiente dos documentos autoriza a fiscalização, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Sobre as remunerações aferidas incidem contribuições previdenciárias, as quais ficam sujeitas aos juros e multa de mora.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

em síntese: Irresignada, a empresa interpôs Recurso Voluntário de fls. 287/299 alegando

- a) Ter sido a retificação do Relatório Fiscal mera tentativa de dar legalidade aos vícios insanáveis do presente lançamento;
- b) Ter sido dada à empresa oportunidade de apresentação de nova defesa, sem, contudo, emitir-se MPF para esta finalidade contrariando as normas insertas na Portaria 520 de 19 de maio de 2004;
- c) Ser o vício insanável impassível de correção, não devendo a autoridade julgadora determinar o suprimento da falta, quando a decretação da nulidade beneficiar o sujeito passivo;
- d) Encontrar-se estabelecido, no endereço apontado no termo de constituição do crédito em vergaste, escritório de advocacia tendo como advogado o Dr. Carlos Jorge Martins Simões, devendo somente o referido profissional ser considerado sujeito passivo da obrigação entelada, e não a suposta empresa Carlos Simões Advocacia e Consultoria, esta inexistente no mundo jurídico;
- e) Constar na Relação de Co-responsáveis do sujeito passivo uma única pessoa, corroborando o entendimento já externado de que inexistente a pessoa jurídica contra quem fora lavrada a presente notificação;
- f) O cerceamento do direito de defesa face à afirmação obscura e confusa do ente autuante de que a Notificada deixou de recolher valores devidos à Previdência Social, sem demonstrar a natureza da contribuição;
- g) Constatar-se, na presente notificação, ofensa ao princípio da legalidade, por não ter a Auditoria Fiscal descrito de forma clara e precisa a infração cometida e sua fundamentação, impossibilitando o exercício da ampla defesa;
- h) Constar no inciso 4 do Relatório Fiscal que a aferição indireta tem a mesma base de cálculo para o CNPJ 04.295.339/0001-13 que refere-se à

empresa Carlos Jorge Martins Simões – EPP, sem qualquer relação com a presente exigência de crédito previdenciário;

Sem Contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo tempestivo, conhecimento do Recurso e passo ao seu exame.

Da inocorrência do cerceamento de defesa

De início, alega a Recorrente que houve cerceamento de defesa, uma vez que o a retificação do lançamento não foi precedida de novo Mandado de Procedimento Fiscal.

Ocorre que não é necessária a expedição de novo MPF para retificação de lançamento, uma vez ter sido esta determinada pela própria autoridade fiscal, além de ser um procedimento meramente esclarecedor e corretivo do lançamento realizado anteriormente, este sim decorrente de fiscalização na qual foi expedido o devido MPF.

Além do mais, a própria Recorrente afirma que lhe foi dada oportunidade de se manifestar sobre o lançamento retificador, de modo que não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Da Decadência

Ainda que não tenha sido argüida, em via recursal, a decadência dos débitos compreendidos no presente lançamento, constata-se que parcela deles foi atingida pelo inegável decurso do prazo decadencial previsto em lei para a cobrança de valores relativos às contribuições previdenciárias.

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 acatarem 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, dispendo 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 inoocorre, 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 não pagou as contribuições previdenciárias referentes ao período do lançamento, pois não recolhia nos moldes do regime jurídico a que se encontrava submetido.

Veja-se que o lançamento decorreu exatamente da ausência de constituição de uma matrícula CEI para o estabelecimento prestador de serviços e do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pela empresa e pelo empregado, já que não observou o regime jurídico previsto para a sua condição de equiparado à empresa (art. 15, Parágrafo único, da Lei nº 8.212/1991).

Assim, fica evidente que não houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, o que enseja o afastamento do art. 150, §4º do CTN e, conseqüentemente, a aplicação do seu art. 173, I.

Deste modo, considerando que o crédito previdenciário foi constituído em 09/03/2005, envolvendo as competências de 08/1997 a 01/2001 e 12/2002 a 01/2005, encontram-se decaídos os períodos de 08/1997 a 12/1999, porquanto este último poderia ter sido lançado a partir de 01/2000, findando-se o prazo decadencial em 12/2004.

Da não ofensa ao Princípio da Legalidade

Pleiteia, ainda, a Recorrente, a nulidade da presente notificação, ao argumento de que o procedimento fiscal fora fundamentado em meros indícios, conclusões arbitrárias e injustificadas, ofendendo, assim, o Princípio da Motivação e Legalidade que regem a Administração Pública.

Pois bem. Os princípios são normas, e, como tal, dotados de positividade, que determinam condutas obrigatórias e impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

No âmbito administrativo, incidem diversos princípios, alguns expressamente previstos no texto Constitucional de 1988 (arts. 5º e 37), especificamente direcionados para a atuação da Administração Pública, outros implícitos e com eles compatíveis.

Assim, a Administração Pública só pode agir de acordo e de conformidade com aquilo expressamente ou tacitamente previsto em Lei (Princípio da Legalidade).

Já o princípio da Finalidade, consiste na obrigação que tem a autoridade administrativa de sempre praticar o ato administrativo com vistas à realização da finalidade perseguida pela lei.

Logo, um ato administrativo praticado desvirtuado do interesse público a que sempre deve perseguir, será um ato nulo por desvio de finalidade ou excesso de poder.

Tal princípio decorre da idéia de que a atividade administrativa tem que estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares da autoridade administrativa, sempre de maneira impessoal.

A motivação, por sua vez, consiste na explanação dos motivos e razões que levaram o agente administrativo a prática do ato, propiciando ao administrado a possibilidade de conhecer das razões, para, querendo, impugná-las.

Nesse aspecto, na presente autuação, basta uma análise perfunctória do Relatório Fiscal de fls. 67/69, juntamente a seu termo aditivo constante às fls. 238/242, para que se verifique a clareza com que fora emitido, constando a descrição dos fatos geradores que originou o presente lançamento, não havendo qualquer dificuldade para a Recorrente em apresentar sua defesa, tampouco houve qualquer ofensa aos princípios norteadores da Administração P

ública.

Da possibilidade de lançamento contra a Carlos Simões Advocacia e Consultoria

Alega a Recorrente que o lançamento não poderia ter sido realizado contra a Carlos Simões Advocacia e Consultoria, já que inexistente essa pessoa jurídica. Aduz que, na verdade, o advogado Carlos Jorge Martins Simões é que seria o suposto contribuinte das contribuições previdenciárias em comento, já que o endereço indicado na NFLD é onde funciona seu escritório de advocacia.

Ocorre que a fiscalização utilizou-se da denominação atribuída pelo próprio Recorrente nos seus recibos de pagamento dos empregados e contribuintes individuais ao emitir de ofício a matrícula CEI para aquele estabelecimento prestador de serviço, uma vez que não possuía aquela matrícula, o que seria necessário para se regularizar a sua condição de empregador e contribuinte para a Previdência Social.

Por outro lado, a ausência de indicação de outros co-devedores na NFLD não indica a ausência de sociedade, ao menos de fato, posto que a fiscalização pode não ter identificado os demais sócios, inclusive diante da possível falta de formalidade na sua constituição.

De qualquer modo, o lançamento em vergaste não coloca a autuada como empresa ou pessoa jurídica, mas sim como sujeito passivo da obrigação tributária em face da sua condição de empregador.

A inscrição no CEI, com a atribuição de matrícula ao prestador de serviços, é meio tão somente de viabilizar a fiscalização e exigir a contribuição previdenciária quando verificado o não recolhimento.

Assim, não há qualquer irregularidade na NFLD em comento.

Do mérito – Recurso genérico

Os lançamentos da presente NFLD referem-se a cobrança de contribuições devidas à Previdência Social não recolhidas em época própria referentes à parte da empresa e do empregado, bem como aos SAT e à contribuições destinadas a terceiros.

Ocorre que, nas razões recursais ora em apreço, a Recorrente sequer se defendeu quanto ao mérito da questão acima exposto, ou seja, apresentou uma defesa genérica, não se desincumbindo do ônus da prova em contrário.

Pois bem. A despeito de tal discussão, imperioso trazer a baila o que preconiza o art. 9º, §6º da Portaria nº 520, de 19 de maio de 2004, *in verbis*:

Art. 9º A impugnação mencionará:

(...)

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

Desta feita, conclui-se, do acima exposto, que reputa-se impugnada a matéria relacionada ao lançamento que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, o que impede o pronunciamento do julgador administrativo em relação ao conteúdo do feito fiscal com esta matéria relacionado, restando, pois, definitivamente constituído o lançamento na parte em que não foi contestado.

Nota-se, portanto, que houve a preclusão processual, uma vez que não houve insurgência da Recorrente quanto a pretensão externada no lançamento. Ademais, a despeito de tal instituto, importante citar os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, *in verbis*:

“Entende-se que a preclusão está intimamente relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar conseqüências danosas para ela. (...) a preclusão decorre do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos lícitos, conformes com o direito.

Com isso, entendo que, no caso em apreço, ocorreu a preclusão consumativa, que é a extinção da faculdade de praticar um determinado ato processual em virtude de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, ficando, portanto, o julgador impossibilitado de analisar a questão de mérito, posto que não contestada pela Recorrente.

Da multa moratória

No tocante aos acréscimos legais atribuídos ao lançamento, salientamos que os mesmos vêm determinados pela legislação previdenciária não possuindo natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991. Não recolhendo na época própria, o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

Imperioso, contudo, destacar que em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das

alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Por sua vez, o art. 61 da Lei nº 9.430/96 reza:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a permitia que a multa atingisse o patamar de 100%, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, já que mais benéfica para o contribuinte.

Da Conclusão

Ante ao exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para excluir do lançamento os períodos anteriores a 01/2000, posto que atingidos pela decadência, bem como para que seja aplicada a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Sala das Sessões, em 09 de fevereiro de 2011

Leonardo Henrique Pires Lopes

Processo nº 10830.007025/2007-08
Acórdão n.º **2301-01.810**

S2-C3T1
Fl. 548
