



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

Processo nº 13888.001843/2007-11
Recurso nº 263.157 Voluntário
Acórdão nº **2402-001.871 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente LACANNA E LEITE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2001 a 31/12/2001

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

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

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DO DÉBITO - NFLD -
INDICAÇÃO DE HORA/LOCAL - AUSÊNCIA - NULIDADE -
INEXISTENTE

A ausência de indicação de hora da lavratura da NFLD não é razão de sua nulidade, uma vez que esta não se confunde com Auto de Infração e não tem os fatores hora/local como determinante para a aplicação da legislação de regência.

LIVROS CONTÁBEIS IRREGULARES - MEIO DE PROVA -
POSSIBILIDADE - NULIDADE - INEXISTENTE

Com base no princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, pode-se afirmar que não há nulidade no lançamento cujos fatos geradores foram apurados em Livro Contábil que contém irregularidades

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em acolher a decadência parcial até 11/2001 nos termos do artigo 173, I do CTN, vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues que aplicavam o artigo 150, §4º do CTN

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Igor Araújo Soares, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições destinadas à Seguridade Social incidentes sobre valores pagos aos sócios da empresa, que seriam segurados contribuintes individuais.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 26/30), os fatos geradores das contribuições são os pagamentos de valores a título de antecipação de lucros aos sócios, no exercício de 2001, em montante superior ao lucro apurado ao final do exercício. Tais valores foram considerados pró-labore.

A auditoria fiscal informa que ao verificar a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ, da empresa auditada, do ano de 2002 (Ano-Calendário 2001), constatou que o lucro apurado ao final do exercício de 2001, deduzidos os impostos e contribuições, estava em patamar bem inferior ao montante distribuído ao longo do ano.

Assim, o excesso de lucro distribuído foi considerado como pró-labore, ou seja, remuneração pelo trabalho, não pelo capital.

A notificada teve ciência do lançamento em 23/03/2007 e apresentou defesa (fls. 119/166).

Pelo Acórdão nº 03-23.659 (fls. 99/104) a 6ª Turma da DRJ/Brasília (DF), considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 109/114) onde alega que a notificação seria nula, por não cumprir os requisitos elencados no artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, uma vez que não se observa consignado o local (na repartição ou nas dependências do contribuinte) tampouco a hora da lavratura.

Dessa forma, fere-se o princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II CF) uma vez que a dicção do artigo supra citado é clara ao mencionar tais requisitos como obrigatórios.

Aduz que no relatório fiscal da notificação fiscal de lançamento de débito, foi registrado pela fiscalização que o livro caixa da empresa estava "totalmente em desacordo com as formalidades exigidas, sem encadernação, sem termos de abertura e encerramento, sem assinatura dos responsáveis pela empresa e pela contabilidade, com omissão de lançamentos de pró-labore e com lançamentos a menor de faturamento".

Entende que se o livro caixa da empresa foi considerado "imprestável" pela fiscalização, torna-se imperioso o seu afastamento como meio de prova.

Além disso, a auditoria fiscal teria considerado como prova, recibos de pagamento de distribuição de lucros sem assinatura, levando à conclusão que a fiscalização utilizou documentos que não constituem meio idôneo de prova com a finalidade específica de

Processo nº 13888.001843/2007-11
Acórdão n.º **2402-001.871**

S2-C4T2
Fl. 165

impor à empresa débito tributário de grande valor, sendo assim, não há comprovação dos fatos geradores das contribuições previdenciárias, razão pela qual a autuação é insubsistente.

Por fim, alega que ocorreu a decadência do direito de constituição do crédito

Após a apresentação do recurso, os autos foram encaminhados a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente apresenta preliminar de decadência que deve ser acolhida.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 “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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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. (g.n.)

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **06/2001 a 12/2001** e foi efetuado em **23/03/2007**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Código Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“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.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. 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), que é de cinco anos.

2. 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.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento contribuições, cujos fatos geradores não são reconhecidos como tal pela empresa, restando claro que, com relação aos mesmos, a recorrente não efetuou qualquer antecipação. Nesse sentido, aplica-se o art. 173, inciso I do

CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até **11/2001**, inclusive.

Com o reconhecimento da decadência, prevalece no lançamento apenas a competência 12/2001, cuja contagem do prazo decadencial se inicia em 01/01/2003, haja vista que o vencimento da contribuição se deu em 01/2002, e finda em 31/12/2008.

Ainda como preliminar, a recorrente argumenta que a notificação foi lavrada em desacordo com o art. 10, Inciso II, do Decreto nº 70.235/1972 que dispõe o seguinte.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente: (...)

II - o local, a data e a hora da lavratura;

Observa-se que o dispositivo se refere à lavratura de auto de infração e no presente caso o lançamento é relativo à notificação fiscal contendo contribuições não recolhidas, ou seja, obrigação principal.

O próprio Decreto nº 70.235/1972 faz distinção entre auto de infração e notificação, sendo que trata em dispositivo próprio esta última, conforme se verifica abaixo:

Art.11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I- a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.- sem grifo no original

Observa-se que para a notificação do lançamento, o Decreto nº 70.235/1972 não traz a obrigatoriedade de informação de local, data e hora, e nem poderia ser diferente porque a notificação por se documento destinado à constituição do crédito tributário decorrente do descumprimento da obrigação principal, ou seja, a contribuição e os acréscimos legais, não tem o momento de sua lavratura como essencial à sua validade.

Além disso, ainda que se tratasse de auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, a ausência de local e hora de lavratura não seria razão de nulidade da autuação, uma vez que tais elementos só seriam essenciais diante da lavratura de auto de infração em que os fatores local/hora fossem determinantes para a aplicação da legislação, como as multas de trânsito, por exemplo.

Assim, rejeito a preliminar apresentada.

A recorrente alega que não haveria provas da ocorrência do fato gerador, uma vez que a auditoria fiscal teria se utilizado de informações extraídas do Livro Caixa, o qual

teria sido considerado imprestável pela auditoria fiscal. Além disso, a notificada teria apresentado recibos do pagamento da distribuição dos lucros sem assinatura.

Não confiro razão à recorrente.

De fato, a recorrente, em razão de ser tributada pelo Lucro Presumido, optou por não manter a escrituração do Livro Diário, no entanto, estava obrigada a escriturar o Livro Caixa.

Ocorre que a recorrente não o fez da forma correta, porque conforme informa a auditoria fiscal diversas irregularidades foram observadas no referido livro, dentre as quais a sonegação de mão de obra e omissão de faturamento.

Agora vem a recorrente querer se beneficiar da própria torpeza ao alegar que as escriturações do Livro Caixa que demonstram a distribuição de lucros aos sócios no decorrer do ano de 2001 muito além do lucro efetivamente declarado à então Secretaria da Receita Federal, não serviriam como meio de prova da ocorrência do fato gerador.

A meu ver, os lançamentos verificados no Livro Caixa, ainda que apresente irregularidades, podem demonstrar a ocorrência do fato gerador e embasar o lançamento das contribuições decorrentes.

Assim sendo o lançamento deve prevalecer.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 11/2001.

É como voto.

Ana Maria Bandeira