



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

Processo nº 13931.000042/2010-61
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº **2402-01.888 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria FOLHA PAGAMENTO. EXCLUSÃO SISTEMA SIMPLES
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS AZA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO EM FORO ADEQUADO.

O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário o exame dos motivos que ensejaram a emissão do ato de exclusão.

ADE. FALTA DE IMPUGNAÇÃO. EXCLUSÃO DEFINITIVA DO SIMPLES. EFEITOS.

A falta de impugnação do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples, mediante apresentação de manifestação de inconformidade, acarreta a exclusão definitiva do sistema simplificado de tributação e a exigibilidade do crédito tributário previdenciário calculado de acordo com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

DECADÊNCIA PARCIAL. ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991. INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA VINCULANTE nº 08 do STF.

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 art. 150, § 4º, ou o art. 173 e seus incisos, ambos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não, respectivamente.

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.

No caso de lançamento das contribuições sociais, em que os fatos geradores efetuou-se antecipação de pagamento, deixa de ser aplicada a regra geral do art. 173, inciso I, para a aplicação do art. 150, § 4º, ambos do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade e não cabe ao julgador, no âmbito do contencioso administrativo, afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

O sujeito passivo inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Nos termos do enunciado nº 4 de Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é cabível a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC para débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

CORREÇÃO MONETÁRIA. INOCORRÊNCIA.

Com a extinção da correção monetária, a partir do ano de 1995 que se fazia incidir sobre o crédito tributário recolhido a destempo, incorre a cumulatividade da atualização monetária do crédito lançado com juros pela taxa SELIC e com a multa de mora ou de ofício.

DILIGÊNCIA. DESNECESSÁRIA.

A autoridade julgadora deve indeferir o pedido de diligência quando considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte o recurso para, na parte conhecida, em dar provimento parcial pela aplicação do artigo 150, §4º do CTN.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Jhonatas Ribeiro da Silva.

Assinado digitalmente em 08/08/2011 por RONALDO DE LIMA MACEDO, 19/08/2011 por JULIO CESAR VIEIRA GO

MES

Autenticado digitalmente em 08/08/2011 por RONALDO DE LIMA MACEDO

Emitido em 19/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, lavrado em face da sociedade empresária Indústria e Comércio de Madeiras AZA Ltda, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, relativas às contribuições da parte patronal, incluindo as contribuições para o financiamento das prestações concedidas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/GILRAT), para as competências 01/2005 a 12/2005.

A empresa foi excluída do sistema “SIMPLES” pelo Ato Declaratório Executivo nº 31, de 03/10/2008, da Delegacia da Receita Federal em Ponta Grossa (cópia a fl. 208), com efeitos a partir de 01/01/2004, passando a ser exigíveis as contribuições previdenciárias patronais previstas nos dispositivos legais da Lei nº 8.212/1991, acima mencionados.

A exclusão deu-se pelo motivo de a empresa ter ultrapassado o limite da receita bruta permitido por lei para permanência no sistema simplificado de tributação, conforme o art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/1996.

A impugnação informa que a empresa autuada teve ciência do ato declaratório executivo nº 31 em 22/10/2008. Não consta ter ela adentrado com manifestação de inconformidade contra referido ato.

O Relatório Fiscal (fls. 18/22) informa que os fatos geradores apurados no presente lançamento fiscal não foram declarados em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) e são decorrentes das remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 18/02/2010, mediante correspondência postal com Aviso de Recebimento - AR (fls. 01 e 108).

A Notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 113/158) – acompanhada de anexos de fls. 159/222 –, alegando, em síntese, que:

1. a empresa caracteriza-se por ser pequena expressão no cenário nacional, tendo optado pela tributação favorecida do SIMPLES, dado a incluir-se como Empresa de Pequeno Porte, analisado seu faturamento efetivo que, em anos sob a égide da Lei 9.841/1999 era inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). Em 18/02/2010, veio a receber auto de infração da Secretaria da Receita Federal do Brasil embasado no disposto pelo art. 2º e 3º da Lei 11.457/2007, ditando que a empresa intimada havia sido, pelo excesso de faturamento (este pretensamente representado por auditoria dos depósitos bancários), excluída da opção Simples de Pessoas Jurídicas, apesar de a mesma ser Empresa de Pequeno Porte, restando ofendido a Lei 9.841/1999, suas seqüenciais e ainda a Lei Complementar

123/2006, mais nosso corolário quanto à retroatividade da lei mais benéfica, quando assim ordenaram. Ressalvado o prazo para pagamento ou apresentação de defesa, a empresa autuada permite-se utilizar as prerrogativas constitucionais que lhe são asseguradas, apresentando sua impugnação administrativa ao lançamento fiscal, dado a entender o mesmo desprovido de razões de direito e ainda, afastado de nosso direito constitucional tributário e até de nossos acordos internacionais, não ocorrida que foi a atualização dos valores de faturamento das empresas componentes do simples. Pelo direito vigente que, alterou as normas de definição do que seria RECEITA BRUTA, entendendo a mesma como venda de mercadorias, serviços e por conta de terceiros, além de que mesmo assim, seu faturamento foi inferior ao preconizado, entende eivada de nulidade a notificação fiscal;

2. assim, a empresa veio a ser notificada, pretendendo a notificação que, analisado o comunicado 1160/2008, emitido aos 17/10/2008 e recebido aos 22/10/2008 e que, excluindo a empresa do SIMPLES, pretendem que tal exclusão contar-se-ia a partir de 01/01/2004, retroagindo pelo simples prazo de 58 (cinquenta e oito meses) o que se distancia de nosso Direito e ainda, de nosso Jurisprudencial. O auto de infração efetua um demonstrativo, entendendo ser devido um valor principal, juros de moras e ainda MULTA DE MORA, assim exposto: *“(...) O principal, se entendido como exigível montaria a R\$ 148.549,21 (...), somou-se mais R\$ 129.500,83 (...) de multas e R\$ 83.312,71 (...) de juros de mora, evidenciando que os acessórios são mais bem tratados que os principais”;*
3. a Nulidade da Exclusão do Simples. A empresa durante 2004 faturou R\$627.648,99 e pelo comunicado nº 1160/2008, datado de 17/10/2008 e recebido aos 22/10/2008 foi simplesmente excluída da tributação beneficiada das empresas optantes pelo Simples, e a exclusão foi comunicada pelo ofício 1.160/2008, recebido aos 22/10/2008, retroagindo seus efeitos a 01/01/2004, tais sejam 4 anos e 10 meses, ou sejam, há 58 (meses), entendendo a notificada já estar sendo excluída em prazo prescrito, pois o início da fiscalização efetivou-se aos finais de 2009, tais sejam após cinco anos e dez meses do marco inicial da exclusão. Afinal, é de nosso Direito Tributário: (segue reprodução dos art. 173 e 110 do CTN). Estando fora dos prazos concedidos para a exigência tributária aqui efetuada, esta e as demais notificações devem e precisam ser consideradas como efetuadas em tempo prescrito, decretando-se a sua nulidade, devendo tal solução ser dado a presente impugnação administrativa;
4. irretroatividade tributária. No referente a presente notificação, o comunicado foi recebido aos 22/10/2008, pretendendo retroagir seus efeitos excludentes desde 01/01/2004, o que ofende o legislado em relação às empresas optantes e ainda, ao nosso Direito Tributário e ainda, ao nosso Direito Constitucional e até há tratados assinados por nossa amada pátria, restando como dever do administrado público e sendo assim legislado. A solução administrativa, aos finais de 2008, retroage ao longínquo ano de 2004, não ocorrendo qualquer razoabilidade, visto a verdadeira máquina arrecadatória, pessoal e

equipamentos, que estavam a serviço do administrador. Tendo em conta que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL, art. 5º da Constituição), se a exclusão poderia ser solicitada pelo próprio optante, ou advir de ofício expedido pela autoridade tributante, se não solicitada, deveria ocorrer em prazo restrito, visto o caudal de instrumentos de que dispõe as autoridades fazendárias em nosso país e jamais se premiar a lerteza efetuando a exclusão anos após o acontecimento;

5. a exclusão da notificada do Simples teria tomado como base definições legais de receita bruta que no transcorrer da legislação foram se alterando e definindo de maneira mais precisa o seu conceito, que hoje, segundo a Lei Complementar 123/2006, não tem nenhum liame com o volume total de receitas registradas pela contabilidade da empresa, que inclui outros ingressos, como venda de equipamentos, recebimento de dividendos, ajustes do lucro líquido e mais uma série de acontecimentos;
6. diversas e diferentes MULTAS foram adicionadas aos valores entendidos como devidos, já acima amostrados em valores e incidências, sendo certo que as mesmas situam-se longe de nossos estipêndios legais. Em face da retroatividade benigna prevista no art. 106 do Código Tributário Nacional, deveria ser aplicado ao caso o art. 18 da Lei nº 11.488, de 2007, que determinou que o lançamento previsto no art. 90 da MP 2.158-35, de 2001, limitar-se-ia à imposição de multa isolada nos casos em que tenha ficado caracterizada a existência de falsidade e naqueles em que a compensação for considerada não declarada, nos termos do parágrafo 12, II, do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, acrescido pelo art. 4º da Lei 11.051, de 2004, o que não ocorreu no caso em análise. Assim, as multas alocadas em esta notificação, bem como nas demais, deve e precisa amoldar-se aos contornos da Lei 9.430/96, analisado ser a Receita Federal do Brasil, em agora, a responsável pelos recolhimentos, fiscalização e notificação de verbas correspondentes à Previdência social, restando aplicável a legislação tributária emanada da SRF da PGFN e do Ministério da Fazenda;
7. cumulatividade de correção monetária com juros e multa. O auto de Infração salienta que os valores originais estão corrigidos, e adicionou a eles juros de mora e ainda, multa de mora, deixando de aplicar a legislação brasileira. Quer a SELIC, quer a multa, quer os emolumentos legais, devem ser calculados sobre o valor original da dívida, observada a legislação concernente;
8. requer a nulidade do lançamento fiscal, dado a confrontar-se com o direito vigente e ainda, exigindo valores não devidos, aplicando multas despidas de legalidade e revigorando leis já reformadas, chocando-se com a jurisprudência iterativa de nossos Tribunais. Alternativamente, requer realização de perícia em forma de diligência afim de conferirem-se os valores apontados como devidos pelo auto

de infração, as multas exigidas distantes da lei, inaplicação da Lei 9.430/1996 e aplicação de legislação já reformada e enfrentando a jurisprudência mais moderna de nossos tribunais, em um e ou outro caso.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Curitiba-PR – por meio do Acórdão 06-27.210 da 5ª Turma da DRJ/CTA (fls. 230/235) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

A Notificada apresentou recurso (fls. 239/304 - Volume II), manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto de infração e no mais efetua repetição das alegações de impugnação.

A Seção de Controle e Acompanhamento Tributário (SACAT) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ponta Grossa-PR informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para processamento e julgamento (fls. 312 e 313).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

O recurso é tempestivo (fls. 312 e 313) e não há óbice ao seu conhecimento.

No presente lançamento fiscal ora analisado, constam as contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais (honorários ao contador e pró-labore ao sócio administrador), relativas à parcela patronal, inclusive as contribuições destinadas ao SAT/GILRAT, para as competências de 01/2005 a 12/2005.

Esclarecemos que, antes da lavratura do presente lançamento fiscal, a empresa foi excluída do sistema de tratamento tributário diferenciado “SIMPLES”, por meio de processo próprio (protocolo 12571.000101/2008-51), no qual foi expedido o Ato Declaratório Executivo (ADE) nº 31, de 03 de outubro de 2008, pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ponta Grossa (fls. 204/208). A Recorrente teve ciência do ato cancelatório em 22/10/2008 e, nos autos, não consta notícias de que houve uma eventual impugnação ou manifestação de inconformidade da exclusão da empresa do sistema “SIMPLES”.

Ao deixar de apresentar a devida manifestação no processo próprio, ficou caracterizada que o ato de exclusão do sistema “SIMPLES” tornou-se definitivo, consoante orientação contida nos art. 2º e 3º do Ato Declaratório Executivo (fl. 208):

Art. 2º É facultado ao contribuinte, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência deste, apresentar Manifestação de Inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, de acordo com a legislação que rege o Processo Administrativo.

Art. 3º Não havendo manifestação no prazo, a exclusão tornar-se-á definitiva.

Assim, considerando que há decisão definitiva sobre a exclusão do sistema “SIMPLES”, é inoportuna a alegação posto na peça recursal no sentido de que seria nula a exclusão da empresa do sistema “SIMPLES” e, com isso, a decisão desta Corte Administrativa (CARF) vai restringir-se exclusivamente às demais questões que não dizem respeito ao âmbito da matéria da sua exclusão do sistema “SIMPLES”.

Constata-se que o motivo fático que ensejou a exclusão foi o excedente de faturamento da empresa no ano de 2004, situação em que restou desatendido o requisito previsto no art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.317/1997. Isso permitiu o lançamento das contribuições sociais devidas pela empresa em função de sua exclusão do Simples, conforme o art. 16 dessa Lei:

Art. 16. A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Assim, excluída a empresa do “SIMPLES”, os tributos que antes vinham sendo recolhidos na sistemática do programa devem ser recolhidos pela sistemática aplicável às demais empresas não incluídas no sistema, obedecendo à regra estampada no art. 15, inciso IV, da Lei 9.317/1996, *in verbis*:

Art. 15. A exclusão do SIMPLES nas condições de que tratam os arts. 13 e 14 surtirá efeito:

(...)

IV - a partir do ano-calendário subsequente àquele em que for ultrapassado o limite estabelecido, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 9º;

Diante desse quadro, faremos análise apenas das matérias que não dizem respeito da sua exclusão do sistema “SIMPLES”, que se referem, essencialmente, aos seguintes pontos: (i) decadência tributária; (ii) inconstitucionalidade/ilegalidade das taxas de juros e multa aplicadas; e (iii) pedido de realização de diligência.

Vale ressaltar, ainda, que não cabe à presente decisão apreciar matérias alegadas pela Recorrente que não dizem respeito ao lançamento ora em análise. Assim, a discussão sobre a cumulatividade de correção monetária com juros e multa é desnecessária, eis que não foi aplicada nenhuma correção monetária, conforme anexo de Fundamentos Legais do Débito - FLD (fls. 12/13).

A correção monetária prevista na redação original do art. 34 da Lei nº 8.212/1991 foi extinta para fatos geradores ocorridos a partir de Janeiro/1995, conforme Lei nº 8.981/1995.

Com isso, não se fez incidir nenhum índice de atualização monetária sobre o valor do principal, por completa inexistência de amparo legal para isto, mesmo porque a correção monetária do crédito tributário é procedimento que se encontra extinto desde 1995. Efetivamente, com amparo legal na legislação tributária vigente, fez-se incidir sobre o crédito lançado apenas a taxa SELIC, a título de juros de mora, e a multa de mora.

DA PRELIMINAR:

A Recorrente alega que seja declarada a extinção do crédito tributário, pois os supostos créditos levantados pela fiscalização foram fulminados pelo instituto jurídico da decadência. Ela afirma que sua exclusão do sistema “SIMPLES” foi comunicada pelo ofício 1.160/2008, recebido aos 22/10/2008, retroagindo seus efeitos a 01/01/2004, tais sejam 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses, em um total de 58 (cinquenta e oito meses), entendendo a notificada já estar sendo excluída em prazo prescrito, pois o início da fiscalização efetivou-se aos finais de 2009, tais sejam após cinco anos e dez meses do marco inicial da exclusão. Alega, por fim, que Estando fora dos prazos concedidos para a exigência tributária aqui efetuada, esta e as demais notificações devem e precisam ser consideradas como efetuadas em tempo prescrito, decretando-se a sua nulidade.

Tal alegação não será acatada pelos motivos a seguir delineados.

Afasto a confusão da Recorrente entre os conceitos de decadência e prescrição tributária, assim farei a análise da matéria como se fosse o instituto da decadência tributária.

Inicialmente, registramos que 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, ambos da Lei nº 8.212/1991.

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

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais o 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”.

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.

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. (g.n.)

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 Códex 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)

Verifica-se que o lançamento fiscal em tela refere-se às competências 01/2005 a 12/2005 e foi efetuado em 18/02/2010, data da intimação e ciência do sujeito passivo (fls. 01 e 108).

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições, cujos fatos geradores a Recorrente efetuou antecipação de pagamento, conforme Discriminativo do Débito - DD (fls. 05 e seguintes). Nesse sentido, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN, para considerar que somente a competência 01/2005 foi abrangida pela decadência tributária.

Com isso – como o crédito foi constituído com fundamento no direito potestativo do Fisco em lançar os valores das contribuições não recolhidas em época determinada pela legislação vigente –, a preliminar de decadência somente será acatada para a competência 01/2005, eis que o lançamento fiscal refere-se ao período de 01/2005 a 12/2005 e as competências posteriores a 01/2005 não foram abarcadas pela decadência tributária.

Diante disso, acato parcialmente a preliminar de decadência tributária, excluindo as contribuições apuradas na competência 01/2005, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Após isso, passo ao exame de mérito..

DO MÉRITO:

A Recorrente alega inconstitucionalidade da legislação previdenciária que dispõe sobre a utilização taxa de juros (taxa SELIC), frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei nº 8.212/1991.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, ou seja, declarada suspensa pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

Nesse sentido, o Regimento Interno (RI) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), transcrito a seguir:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Esclarecemos que foi correta a aplicação do índice pelo Fisco, pois o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada, e a cobrança de juros (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC) estava prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei nº 8.212/1991, transcrito abaixo:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

A propósito, convém mencionar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do

enunciado da Súmula nº 4 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança de juros, estando os valores descritos no lançamento fiscal, em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária, eis que o art. 34 da Lei nº 8.212/1991 dispunha que as contribuições sociais não recolhidas à época própria ficavam sujeitas aos juros SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Isso está em consonância com o próprio art. 161, § 1º, do CTN, pois havendo legislação específica dispondo de modo diverso, abre-se a possibilidade de que seja aplicada outra taxa e, no caso das contribuições previdenciárias pagas com atraso, a taxa utilizada é a SELIC.

LEI n° 5.172/1966 - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
(CTN).

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (g.n.)

O disposto no art. 161 do CTN não estabelece norma geral em matéria de legislação tributária. Portanto, sendo materialmente lei ordinária pode ser alterado por outra lei de igual *status*, não havendo necessidade de lei complementar.

Ainda, conforme estabelece os arts. 34 e 35 da Lei nº 8.212/1991, **a multa de mora é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias**. Além disso, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato.

O art. 35 da Lei nº 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento;

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcimento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança da multa, estando os valores descritos no lançamento fiscal, bem como os seus fundamentos legais (fls. 12/13), em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária.

A Recorrente insiste que é necessária a realização de diligência para demonstrar a veracidade dos valores apontados pela Auditoria Fiscal como devidos. Essa tese também não prospera, eis que o deferimento de diligência requerida pela Recorrente depende de demonstração das circunstâncias que a motiva. Assim, a diligência só deverá ser concedida com fundamento nas causas que justifiquem a sua imprescindibilidade, pois ela só tem sentido na busca da verdade material.

Logo, somente é justificável o deferimento de pedido de diligência quando se referir a matéria de fato, ou assunto de natureza técnica, que tenha utilidade probatória, relacionada ao objeto que cuida o processo, ou cuja comprovação não possa ser feita no corpo dos autos. Por conseguinte, revela-se prescindível diligência que não tenha nenhuma utilidade, eis que não se relacione com o processo ou sobre aspecto que pode ser facilmente esclarecido nos autos, como as matérias constantes das alegações apresentadas pela Recorrente.

Verifica-se que a diligência não foi formulada de acordo com as disposições do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, pois lhe faltam os motivos e a formulação dos quesitos desejados para sua realização. Além disso, a matéria contestada não se refere à irregularidade nos valores apurados que demandasse tal revisão e os autos foram instruídos com cópias das folhas de pagamento e recibos de pagamentos, em que se poderiam extrair eventuais equívocos em que pudesse ter incidido o procedimento de auditoria fiscal.

Esse fato evidencia que a diligência seja de pronto indeferida e considerada como não formulada. Assim reza o artigo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação

profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993).

Trata-se de solicitação não necessária para a deslinde do caso analisado no momento. Nesse sentido, o art. 18, da Lei do Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/1972), estabelece que a autoridade julgadora deverá indeferi-lo.

Art.18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.

Assim, indefere-se o pedido de diligência, por considerá-lo prescindível e meramente protelatório.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer que sejam excluídos, em decorrência da decadência tributária quinquenal, os valores apurados na competência 01/2005, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.