



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

Processo nº 15504.018257/2009-61
Recurso nº 947.298 Voluntário
Acórdão nº **2301-003.093 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 20 de setembro de 2012
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente BANCO BMG S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2005

DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer as disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito a prescrição e decadência.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Não havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

DOCUMENTOS SOLICITADOS PELA FISCALIZAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. AUTUAÇÃO PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA DE MORA. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA.

O fato de a empresa não possuir em seus controles a relação discriminada dos beneficiários e dos valores pagos a título de premiação, torna-se elemento determinante do procedimento adotado pela fiscalização, qual seja a aferição indireta.

Não apresentar documentos solicitados pela fiscalização, em momento oportuno, justifica a lavratura de auto de infração.

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, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao Recurso, no que tange à decadência, devido a aplicação da regra expressa no I, Art. 173 do CTN, nos termos do voto do Redator(a) Designado. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, até 11/2008, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redatora: Bernadete de Oliveira Barros.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros - Redator designado.

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

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo Banco BMG S.A. em face da decisão que julgou improcedente a impugnação apresentada e que manteve o crédito tributário referente ao período de 01/06/2004 a 31/12/2005.

2. Conforme consta no relatório fiscal ff. 122/128, o auto de infração 37.238.267-3 foi lavrado por descumprimento de obrigação principal, tendo em vista que a empresa deixou de recolher a contribuição social previdenciária incidente sobre os prêmios pagos aos empregados segurados, nas competências de 06/2004 a 12/2005, correspondente à parte da empresa. Transcrevo abaixo parte do referido relatório:

“1- Este Relatório é integrante do Auto de Infração - AI - DEBCAD N° 37.238.267-3 de contribuições devidas a Seguridade Social, pela empresa autuada, na qualidade de sujeito passivo da contribuição social prevista no artigo 195, inciso I da Constituição Federal, correspondente à parte da empresa, inclusive o RAT (Riscos Ambientais de Trabalho) incidente sobre valor de premiação paga a empregados.

1.1- A empresa tem como objetivo social a prática de todas as operações ativas, passivas e acessórias permitidas nas normas legais e regulamentares para o funcionamento dos bancos comerciais, dos bancos de investimento, inclusive câmbio, das sociedades de crédito, financiamento e investimento, das sociedades de arrendamento mercantil e das sociedades de crédito imobiliário (5a Região) através das respectivas carteiras.”

3. A empresa, após ter sido devidamente intimada (f. 140), impugnou o lançamento tempestivamente às ff. 135/155. Ao analisar os argumentos trazidos na peça impugnatória, a primeira instância administrativa, à f. 225, remeteu os autos ao auditor fiscal responsável pelo lançamento a fim de que emitisse Relatório Fiscal Complementar, com a respectiva reabertura do prazo para a defesa, uma vez que não houve a citação da Lei 8.212, de 1991, artigo 33, parágrafos 3º e 6º, fundamento legal que autoriza o arbitramento.

4. Dessa feita, a complementação do relatório foi oferecida pelo agente fazendário (ff. 227 e 228), oportunidade em que apresentou o respaldo legal necessário para o lançamento, como consta no ponto 2.1 do mesmo.

5. A empresa foi novamente intimada (f. 241) e protocolizou impugnação tempestivamente às ff. 232/262. Após o exame das peças, a instância *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos da empresa e manteve em parte o crédito tributário. A decisão restou ementada às ff. 302/311, nos seguintes termos:

**“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/06/2004 a 31/12/2005

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DECADÊNCIA.
SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. CARTÕES DE
PREMIAÇÃO. PARCELA DE INCIDÊNCIA DE
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA.
RETROATIVIDADE BENIGNA. MOMENTO DO CÁLCULO.*

A regra da decadência é a prevista no Código Tributário Nacional.

Entende-se por salário de contribuição a remuneração auferida, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades.

A verga paga pela empresa aos segurados por meio de programa de incentivo, administrado por intermédio de empresas de premiação, é fato gerador de contribuição previdenciária.

A lei aplica-se a fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

A comparação para determinação da multa mais benéfica apenas pode ser realizada por ocasião do pagamento.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte.”

6. Irresignada, a empresa interpôs tempestivamente o recurso voluntário às ff. 321/343, no qual aduz, em síntese:

Preliminarmente, :

a) pugna pela aplicação do artigo 150, § 4º do CTN para declarar decaídos os créditos tributários das competências de 06/2004 a 10/2005, tendo em vista que considera que o lançamento se deu de forma válida, apenas em 18/10/2010, com o recebimento da notificação do Relatório Fiscal Complementar;

b) alega ainda que deve-se aplicar o artigo 150, § 4º pois não houve ausência de recolhimento e somente a arrecadação a menor;

c) no mérito, sustenta que não se pode exigir crédito tributário por presunção, como o fez o auditor fiscal ao considerar a totalidade dos valores pagos à empresa SIM Incentive Markeing Ltda, sem afastar o que foi pago a título de remuneração da mesma. O fato de a Recorrente não ter em seus controles a relação discriminada dos supostos beneficiários, não enseja a possibilidade do lançamento ser auferido indiretamente;

d) o prêmio concedido não possui natureza salarial o que afasta o disposto no inciso I do artigo 22, da Lei 8.212, de 1991, para incidência da contribuição social previdenciária;

e) entende que o Fisco deveria ter diligenciado junto à empresa responsável pelo programa de incentivo (SIM incentive marketing) ao invés de ter aferido indiretamente o débito, com base nos pagamentos efetuados a empresa de marketing;

g) busca a aplicação da lei mais benéfica, artigo 79, I, da Lei 11.941, de 2009, que seria a multa de mora limitada a 20%, conforme artigos 35, da Lei 82.212, de 1991 e art. 61, da Lei 9.430, de 1996.

7. Sem contrarrazões fiscais, os autos foram encaminhados a este Conselho para exame e julgamento desta matéria em sede recursal.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA DECADÊNCIA

2. Em sede de preliminar, é importante que seja feita a análise da decadência, conforme requerido pelo contribuinte.

3. A primeira instância administrativa considerou que “não houve antecipação do pagamento do tributo lançado, pois o sujeito passivo sequer reconhecia a base de cálculo ora apurada como salário de contribuição” e assim, como regra decadencial aplicou o art. 173, inciso I do CTN.

4. Sobre essa questão, cumpre ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

“(…) 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.”

5. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *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.”

6. Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“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.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

7. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, 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 aplicar ao caso concreto.

8. Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(...) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“(...) 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 incorre, 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 impositivos 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. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

9. Compulsando os autos, depreende-se do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal (f. 16), que foram analisados os seguintes documentos: Folhas de pagamento, Guia de Recolhimento do FGTS (GFIP) e outros elementos. Reconhece-se, portanto, que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Assim, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

10. Ressalte-se que no presente caso, houve a lavratura de Relatório Fiscal Complementar em 18/10/10, assim considera-se essa a data definitiva do lançamento fiscal, fato já reconhecido pelo colegiado a quo.

11. Dessa forma, tendo em vista que a recorrente foi cientificada do Relatório Fiscal Complementar em 18/10/10, referente às contribuições do período de 01/06/2004 a 31/12/2005 ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências 06/2004 a 10/2005, restando mantidas somente as competências 11/2005 e 12/2005.

12. Na sequência, considerando a existência de débito remanescente, passo a examinar as demais questões recursais.

DO LANÇAMENTO

13. Como bem relata o relatório fiscal no item 2.1.4 (f. 196) os elementos que serviram de base para o levantamento fiscal do débito foram as notas e faturas de serviços, emitidas pela empresa SIM Incentive Marketing Ltda, apresentadas pelo próprio sujeito passivo, as quais foram confrontadas com os lançamentos contábeis do período.

14. Isso por que, apesar da fiscalização ter requerido a apresentação da “relação discriminando os valores pagos, por segurado e competência, relativos às notas fiscais emitidas pela SIM Incentive Marketing LTDA”, conforme consta no Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), ff. 13/14 a recorrente não atendeu ao solicitado e por consequência o auditor fiscal aferiu indiretamente o valor do débito, nos termos da Lei 8.212/91, artigo 33, §3º, conforme relatório fiscal complementar f. 227.

15. Dessa forma, o fato de a empresa não possuir em seus controles a relação discriminada dos beneficiários e dos valores pagos a título de premiação, tornou-se elemento determinante do procedimento adotado pela fiscalização, qual seja a aferição indireta.

16. Ainda sobre esse aspecto a recorrente aduz em seu recurso que *“o fato de o recorrente não ter em seus controles a relação discriminada dos supostos beneficiários das parcelas pagas pela empresa contratada não enseja a possibilidade do lançamento se efetivar via aferição indireta. Ora, o Recorrente não estava obrigado a manter em sua escrita fiscal os documentos solicitados pela Fiscalização, posto que não há a presença dos requisitos que compõem o alicerce normativo da incidência das contribuições previdenciárias (habitualidade e não-eventualidade)”* e sugere que o Fisco deveria ter diligenciado em face da empresa SIM Incentive Marketing, pois a contratada para fazer o pagamento e controle do recebimento do Cartão Prêmio possuía a documentação pertinente.

17. Ocorre que entendo que nesse ponto não merece guarida a alegação da recorrente, uma vez que tendo em vista que os pagamentos de fato eram feitos à empresa de marketing que apenas os repassava para aqueles que fizessem jus ao benefício, a empresa deveria sim manter esse controle de pagamentos e tê-los apresentado ao Fisco no momento oportuno.

18. Ressalto ainda que foi dada ao contribuinte a oportunidade de apresentar tais documentos tanto na apresentação da primeira impugnação, quanto na apresentação da segunda, após o relatório complementar e ainda assim a empresa sequer teve a preocupação de requerer os documentos da empresa contratada.

19. Sendo assim, apesar de entender que a incidência de contribuição previdenciária somente seria cabível se comprovado a habitualidade dos pagamentos, retirando a incidência daqueles que respeitarem o limite de dois pagamentos ao ano, por analogia à legislação de regência da Participação nos Lucros e Resultados (PLR), não vislumbro tal hipótese *in casu*, tendo em vista que a recorrente não acostou aos autos documentos hábeis que possibilitassem o meu posicionamento nesse sentido.

20. Dessa forma, não acato os argumentos colacionados pela recorrente nesse ponto.

DA MULTA APLICADA

21. Sobre a multa aplicada, cumpre ressaltar 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.

22. 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.”

23. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.”

24. 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 primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

25. 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 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

26. Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para:

a) decotar do lançamento o período abrangido pela decadência quinquenal, nos termos do artigo 150, §4º do CTN, qual seja **06/2004 a 10/2005**;

b) aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros

Permito-me divergir do entendimento do Conselheiro Relator, quanto à aplicação do prazo decadencial, pelas razões a seguir expostas.

O Relator vota por aplicar a regra contida no art. 150, § 4º, do CTN.

De fato, o STJ pacificou o entendimento de 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.

Todavia, no caso em tela, entendo que aplica-se a regra contida no art. 173, I, do CTN, , uma vez que não houve recolhimento antecipado da contribuição devida, incidentes sobre as rubricas objeto do lançamento.

O referido dispositivo legal, estabelece que:

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.

Entendo, ainda, que o prazo começa a contar a partir da cientificação do sujeito passivo do AI, e não a partir da ciência do Relatório Fiscal Complementar, como quer o Relator.

Dessa forma, considerando que a cientificação do AI pelo contribuinte se deu em 26/11/2009 (AR de fls.25) , e o débito se refere ao período de 06/2004 a 12/2005, constata-se que não se operara a decadência, pois, a partir de 12/2003, inclusive, a Fazenda Pública encontrava-se no direito de lançar o crédito tributário.

Cumprе esclarecer que, na aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN, para a competência 12/2003, o tributo poderia ter sido recolhido em 01/2004, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2005, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nesse sentido, voto por NEGAR provimento ao recurso, em relação à decadência.

É como voto.

CÓPIA