



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

Processo n° 18108.000591/2007-67
Recurso n° 502.853 Voluntário
Acórdão n° 2402-01.362 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria Decadência
Recorrente EXEMONT ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/03/2006

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/03/2006

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/03/2006

RECOLHIMENTO EM ATRASO - MULTA DE MORA - DENÚNCIA ESPONTÂNEA - NÃO CARACTERIZADA

O pagamento de contribuições previdenciárias em atraso está sujeito à incidência de multa moratória. A denúncia espontânea tratada no art. 138 do CTN não se caracteriza pelo mero pagamento em atraso

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso, no mérito, nos termos do voto da Relatora; e b) em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento as contribuições apuradas até a competência 08/2002, anteriores a 09/2002, devido a aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto da Relatora. Os Conselheiros Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto acompanharam a votação por suas conclusões.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se do lançamento de diferenças de acréscimos legais resultante de cálculos das Guias da Previdência Social pagas pela empresa, de 02/2002 a 03/2006.

O Relatório Fiscal (fls. 124/126) informa que os cálculos estão devidamente discriminados no DAD — DISCRIMINATIVO ANALÍTICO DO DEBITO e DAL — DIFERENÇA DE ACRESCIMOS LEGAIS.

Os valores lançados na presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito foram verificados pela fiscalização pelo SAFIS- CONTA CORRENTE de acordo com os valores contidos no sistema informatizado, via as GPS recolhidas.

Durante a fiscalização, não foram apresentadas GPSs, um dos motivos do Auto de Infração DEBCAD N. 37.012.770-6.

A notificada foi intimada do lançamento em **15/09/2007**.

A notificada apresentou defesa (fls. 132/139) onde apresenta preliminar de cerceamento de defesa sob o argumento de que seria ilíquido e incerto todo o trabalho fiscal.

Argumenta que esqueceram-se os agentes fiscais previdenciários que é cediço na Jurisprudência, seja ela administrativa ou judicial, que a não é cabível multa compensatória nos recolhimentos fora do prazo legal, mas, antes de qualquer procedimento fiscal, com base no artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Aduz que recolheu o principal e juros corretamente antes de qualquer procedimento fiscal e que a única diferença apontada pelo Sr. Auditor Fiscal é em relação à multa de mora, que, inclusive, não é devida. Logo todo o arcabouço em que se embasou a exigência da diferença de multa, fixada na módica quantia de R\$10.677,22 (dez mil, seiscentos e setenta e sete reais e vinte e dois centavos) está fadada à total improcedência, não merecendo prosperar.

Alega que quando pairam dúvidas sobre a certeza da suposta infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária aplica-se o art 112 do CTN – Código Tributário Nacional.

Também considera cerceamento de defesa o fato de que do cotejo dos demonstrativos de Débito Sintético com o Analítico, não se consegue apurar com precisão quais sejam efetivamente as diferenças propugnadas pelos agentes previdenciários.

Entende que a aplicação da taxa de juros SELIC seria inconstitucional.

Pelo Acórdão nº 16-18.830 (fls. 218/230) a 12ª Turma da DRJ/São Paulo I (SP) considerou o lançamento procedente.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 238/242) onde inova na alegação de que teria havido decadência de parte do lançamento e mantém as demais alegações já apresentadas em defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ana Maria Bandeira

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência que embora tenha sido suscitada somente em sede de recurso, ou seja, após precluído o direito, deve ser verificada de ofício.

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 conseqüência, 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 **02/2002 a 03/2006** e foi efetuado em **15/09/2007**, 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 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 QUINQUÊNAL. 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 de diferenças de contribuições, logo aplica-se o art. 150, § 4º do CTN, para considerar que estão abrangidos pela decadência os créditos correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 08/2002, inclusive.

A recorrente alega que houve cerceamento de defesa.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, diferenças de acréscimos legais sobre contribuições recolhidas em atraso.

Entende a recorrente que o lançamento foi efetuado com base em presunções e que havendo dúvida quanto à existência dos fatos geradores a decisão deve ser em favor do sujeito passivo conforme dispõe o art. 112, do CTN.

A questão apresentada não se aplica ao caso, pois não há dúvida quanto à existência dos fatos geradores.

A recorrente alega que não compreendeu como a auditoria fiscal chegou aos valores lançados o que teria cerceado sua defesa.

Não há razão no argumento.

Os relatórios constantes da NFLD, incluindo o Relatório Fiscal e o Relatório Diferenças de Acréscimos Legais – DAL informam ao contribuinte a natureza do lançamento.

Toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência e os recolhimentos que foram aproveitados.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

A recorrente alega que uma vez que o recolhimento se deu espontaneamente, de acordo com o art. 138 do CTN, não é cabível multa compensatória nos recolhimentos fora do prazo legal antes de qualquer procedimento fiscal, com base no artigo 138 do Código Tributário Nacional.

Não confiro razão à recorrente.

O art. 138 do CTN dispõe que “a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.”

Como se vê o dispositivo citado pela recorrente trata da exclusão da multa no caso de descumprimento de obrigação acessória e não da multa de mora, esta prevista à época do lançamento pelo art. 35 da Lei nº 8.212/1991.

Assim, o mero pagamento de contribuições em atraso não caracteriza a denúncia espontânea tratada no art. 138 do CTN.

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 08/2002.

É como voto.

Ana Maria Bandeira - Relator