



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

Processo nº 18186.000160/2007-78
Recurso nº 163.696 Voluntário
Acórdão nº **2403-00.504 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de abril de 2011
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente NESTLÉ BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1998 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que 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.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acatar a preliminar de decadência total com base nos critérios estabelecidos tanto na Art. 173, I, CTN; quanto no Art. 150, § 4º, CTN. Acompanhou o julgamento a advogada da recorrente Raissa Espeschit Maia, OAB/DF 33142

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Renato Coelho Borelli (suplente). Ausentes os conselheiros Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Na forma do Relatório Fiscal de folhas 18, datado de 22 de novembro de 2006, trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.011.854-5, notificada a empresa recorrente em 22/11/2006 (fls.01), referindo-se ao lançamento compreendido entre as competências **05/1998 a 12/1998** :

“I - INTRODUÇÃO

1.1 Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), complementar, destinada a constituir as contribuições dos segurados empregados, em razão da exclusão daqueles valores do correspondente lançamento efetuado na NFLD Nº 35.787.564-8, de 17/12/2004, nos termos da Decisão Notificação Nº21.004/244/2005 de 16/11/2005.

*1.2 As contribuições objeto do presente levantamento destinam-se Seguridade Social e o período de apuração engloba as competências compreendidas entre **05/1998 e 12/1998**.*

II - FATO GERADOR

I - Dos fatos:

O lançamento ora constituído, complementar àquele efetuado na NFLD Nº 35.787.564-8, decorre do arbitramento das contribuições dos segurados empregados, cujo montante é devido pela empresa notificada em razão de caracterização de responsabilidade solidária para com o prestador de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, ex vi da art. 31 da Lei n.º 8.212/91, em sua redação original, com a alteração introduzida pela MP n.º 1.523-9, convertida pela Lei n.º 9.711/98; visto que a empresa notificada, como a seguir será demonstrado, deixou de comprovar a elisão daquela responsabilidade, nos termos dos parágrafos terceiro e quarto do art. 31 da Lei de Custeio da Previdência Social, vigente a época dos fatos.”

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação sofrida, a empresa apresentou defesa de fls. 33/82 com prejudicial de DECADÊNCIA do lançamento com, em síntese, os argumentos traduzidos e relatados pela DRP-SP-Sul às fls. 128:

“DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA TOMADORA

5. Dentro do prazo regulamentar (conforme fls. 01 e 33), a empresa tomadora impugnou o lançamento, por meio do instrumento de fls. 33/82, acompanhado dos documentos de fls.

83/89 (procuração e cópias autenticadas de certidões emitidas pela Junta Comercial), alegando, em síntese, que:

Preliminar

- Da nulidade do lançamento por falta de observância do artigo 149 do CTN . Em 12/2004, o Impugnante já havia sido fiscalizado para o período de 01/96 a 12/2001, quando foram emitidas várias NFLD. Outras fiscalizações ocorreram também para o atual período. Assim, claro está que nesta atual fiscalização ocorreu a Revisão do Lançamento por Autoridade Previdenciária;

5.2. No entanto, a ação fiscal não foi justificada, não foi indicado no MPF ou no relatório fiscal o dispositivo válido do Código Tributário Nacional que embasasse a revisão fiscal. Dessa forma, nulo é o MPF e o lançamento dele decorrente;

Mérito

5.3. No caso vertente, em nenhum momento a fiscalização demonstrou a certeza da existência de obrigação previdenciária não cumprida em relação ao prestador dos serviços.

Ante a ausência de documentos exigidos pela lei, para elisão da responsabilidade solidária, presumiu a existência de fatos geradores, o que somente poderia ocorrer ante a indicação de que as informações apresentadas pela tomadora seriam suficientes para o desenvolvimento da ação fiscal, existindo indícios da existência dos fatos geradores ocorridos na prestadora, mas não adimplido pelo contribuinte;

5.4. Dessa maneira, como a responsabilidade solidária por si só não cria o fato gerador, é importante ter a certeza da obrigação que se diga solidária. Vale dizer, no presente caso, é imprescindível a comprovação de que os serviços tenham sido prestados mediante cessão de mão-de-obra;

5.5. Os autos apenas indicam que houve a prestação de serviços tendo em vista a ocorrência de pagamento relacionado em DIRF. Porém, não constam dos autos o contrato de prestação de serviços ou quaisquer outros elementos que permitam concluir que estes serviços tenham sido prestados mediante cessão de mão-de-obra, nem quais empregados teriam executado essa mão-de-obra. Não é possível sequer, pelas informações trazidas pelo relatório fiscal, concluir acerca da configuração ou não da cessão de mão-de-obra;

5.6. O débito é insubsistente. A fiscalização não soube precisar a natureza dos pagamentos efetuados a empresas supostamente prestadoras de serviço, sendo o lançamento efetuado por mera analogia;

5.7. O débito não pode ser cobrado de quem quer que seja, sem que antes tenha sido devidamente constatado se houve pagamento do tributo pela empresa prestadora. Assim, apenas depois de constituído o crédito fiscal contra a empresa prestadora, poderia o Fisco optar pela cobrança do crédito constituído contra ela ou contra o obrigado solidário;

5.8. *A empresa prestadora não é empresa prestadora de serviços com cessão de mão-de-obra, mas empresa voltada à consultoria de marketing e vendas.*

5.9. *Requer que sejam desconsiderados os meses de competência anteriores a 5 (cinco) anos da data da presente Notificação, em razão dos artigos 146 e 149 da Constituição Federal de 1988, c/c artigo 173 do Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5.172/66;*

5.10. *O AFPS não atendeu neste procedimento ao Parecer CJ nº 2376.*

5.11. *A fiscalização não levou em consideração toda a documentação trabalhista e contábil disponibilizada pela Impugnante;*

5.12. *O lançamento do crédito foi consolidado em 16/12/2004 com a aplicação da multa no importe de 24% sobre os valores originários para as competências de 11/99 a 09/12/2003. Assim, requer a redução de 50% do valor da multa, em vista da impossibilidade de aplicação retroativa de multa prejudicial ao contribuinte;*

5.13. *Requer que seja considerada inconstitucional a utilização da Taxa Selic;*

5.14. *A responsabilidade tributária somente poderia recair sobre a própria Recorrente, mas nunca sobre os seus sócios, tendo em vista o disposto nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional.*

DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA PRESTADORA

6. *Conforme Informação do SEREC — Serviço de Orientação e Gerenciamento de Recuperação de Créditos de fls. 90, não houve apresentação de defesa por parte da empresa prestadora, apesar de regularmente cientificada para tanto.”*

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, o Serviço do Contencioso Administrativo Previdenciário da Delegacia da Receita Previdenciária - DRP- SP-Sul, emitiu a DECISÃO – NOTIFICAÇÃO n.º 21.404.4/085/2007, em 16 de fevereiro de 2007, fls. 127, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente providenciou recolhimento de depósito recursal(fls. 189) e interpôs Recurso Voluntário, fls. 151, onde reiterou as alegações que fizera em instância “ad quod”.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registros de fls.192 e 196, o recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Tomando-se como certo o entendimento de que ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado, em preliminar, cumpre observar hipótese decadencial face a edição da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a”:

SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 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”.

A súmula nº 8 passou a produzir efeitos a partir de 20 de junho de 2008, conforme ata da vigésima segunda sessão plenária do STF, do dia 12.06.2008, cuja íntegra do debate foi publicado no Diário de Justiça do dia 11.09.2008. O material está no site do tribunal.

Consolidando o sumulado, se observa a Lei complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” :

“ Lei Complementar nº128, de 19 de dezembro de 2008

(...)

Art. 13. Ficam revogados:

I – a partir da data de publicação desta Lei Complementar:

Os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 ”

A Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007 através do artigo 2º, § 4º, extinguiu a então Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social promovendo a unificação das receitas dando origem a atual Receita Federal do Brasil.

Assume grande importância saber que a partir da Lei nº 9.528/97 é que se introduziu a obrigatoriedade de os sujeitos passivos das contribuições previdenciárias apresentarem a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.

Então, somente da competência janeiro de 1999 em diante, todas as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao recolhimento do FGTS, conforme estabelece a lei nº

8.036/90 e legislação posterior, bem como às contribuições e/ou informações à Previdência Social, conforme disposto nas leis nº 8.212/91 e 8.213/91 e legislação posterior, estão obrigadas ao cumprimento desta obrigação.

Na referida GFIP, deverão ser informados os dados da empresa e dos trabalhadores, os fatos geradores de contribuições previdenciárias e valores devidos ao INSS, bem como as remunerações dos trabalhadores e valor a ser recolhido ao FGTS.

As empresas estão obrigadas à entrega da GFIP ainda que não haja recolhimento para o FGTS, caso em que esta GFIP será declaratória, contendo todas as informações cadastrais e financeiras de interesse da Previdência Social.

Desse modo, com a introdução da GFIP na legislação previdenciária, se institui para os contribuintes o dever - que não existia antes de janeiro de 1999 - de declarar, e, espontaneamente, antes de eventual ação fiscal que lhe exija, antecipar os pagamentos, os valores que entendam devidos à Previdência Social e proceder a demais obrigações acessórias.

Obrigado a isso, a legislação das contribuições previdenciárias submeteu o sujeito passivo o dever de efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, pagamento este, por analogia, também sujeito a ulterior homologação. Logo, inserido na dicção do artigo 150.

Segundo leciona Hugo Brito Machado, em Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas, Editora Saraiva, Edição exclusiva ANFIP, pg. 847:

“ Por homologação é o lançamento feito quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa no que concerne à sua determinação. Opera-se pelo ato em que a autoridade, tomando conhecimento da determinação feita pelo sujeito passivo, expressamente a homologa(CTN, art. 150), ou então, mediante homologação tácita, que se opera pelo decurso de prazo de decadência do direito de constituir o crédito tributário, pelo lançamento.(CTN, art. 150, § 4º) ”.

Nestas condições as contribuições para a Previdência Social e suas obrigações principais e acessórias se subsumem à lançamentos por homologação expressa ou tácita.

Também é relevante saber que os recolhimentos das contribuições previdenciárias, antes da atual Guia da previdência Social – GPS, eram efetuados mediante as denominadas Guias de Recolhimento da Previdência Social - GRPS, vigentes até a edição da Resolução Nº 657, de 17 de dezembro de 1998, que institui a atual GPS.

Naquelas guias denominadas GRPS, segregados em campos próprios, se informavam os pagamentos que estavam sendo recolhidos bem como a que título, se vinculados aos segurados, às empresas ou para terceiros.

Muito embora segregados, tais recolhimentos não representavam “dinheiro carimbado”, permitindo-se assim eventuais remanejamentos/retificações daquelas destinações, até porque os ingressos daqueles valores afluíam de um mesmo contribuinte para o mesmo cofre público.

Atualmente, na forma do leiaute das Guias da Previdência Social – GPS, a exceção da rubrica outras entidades, não se vislumbra, de imediato, tampouco de forma mais detida, de modo claro e efetivo, quais os fatos geradores ou quais rubricas estão sendo contemplados com tal pagamento. Eis porque a necessidade de ações e procedimentos fiscais, considerados os prazos decadenciais, para corroborar ou não, de forma expressa os auto-lançamentos e eventuais recolhimentos produzidos pelos contribuintes.

Por tudo isso, entendo que qualquer eventual recolhimento na forma difusa como é procedido atualmente, bem como no modo como o fora no passado, tem o condão de alcançar qualquer rubrica de modo integral ou parcial.

Apresentado tal contexto, inserido nele é que estarei conduzindo minha análise.

É muito relevante notar que, isto posto, de forma alguma o legislador condicionou a homologação, nos termos do artigo 150, à antecipações de pagamento até porque na dicção do artigo 160, parágrafo único, em ocorrendo antecipação de pagamento, o sujeito passivo pode ser contemplado com desconto:

“ Art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento.

Parágrafo único. A legislação tributária pode conceder desconto pela antecipação do pagamento, nas condições que estabeleça. ”

Relevante notar que:

“o objeto da homologação é a atividade de apuração, e não o pagamento do tributo. (Cf. Zuudi Sakakihara, em Código Tributário Nacional Comentado, coord. de Vladimir Passos de Freitas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p.584)”.(grifei)

Destarte, não sendo o objeto da homologação o pagamento, mas a atividade que em face de determinada situação de fato afirma existir um tributo e lhe apura o montante, ou nega a existência desse tributo a ser apurado, não é razoável concluir que a ausência do pagamento influencie a homologação.

Entendo, ainda, que a ausência de pagamento aliada ao fato de a autoridade administrativa não ter cumprido seu mister, não desnatura a condição de lançamento do por homologação, neste caso tácita.

À exceção do prazo quinquenal legal, o legislador não condicionou , e nem poderia, nenhuma outra hipótese para reconhecer a decadência tanto no que se refere às obrigações principais quanto às acessórias.

Entretanto saber se houve ou não o lançamento, é dado importante para definir se foi expressa ou tácita a homologação.

Neste sentido, é fundamental o entendimento sobre o que venha a ser o denominado lançamento posto que sendo este um ato vinculado e obrigatório da autoridade

administrativa, é a existência dele que vai determinar se foi expressa a homologação das obrigações principais e acessórias ou tácita.

Tendo a Autoridade Administrativa procedido ao lançamento expressamente, vencido o prazo quinquenal este restará homologado incluindo aí eventuais pagamentos e como consequência a decadência sobre hipotéticas diferenças não apontadas tempestivamente.

Em não existindo lançamentos e nem auto-lançamentos mediante GFIPs, bem como pagamentos e demais obrigações adimplidas, vencido prazo quinquenal, tal circunstância restará tacitamente homologada e como consequência o instituto da decadência fulmina o direito do fisco de proceder ao lançamento para garantir a cobrança do crédito tributário e quaisquer outras exigências vinculadas.

Assim, resumidamente, no que concerne às obrigações principais e acessórias, convém lembrar que tratando-se de lançamento por homologação, o que restará homologado tacitamente é a circunstância existente à época cumpridas ou não, adimplidas parcial ou integralmente e até mesmo inadimplidas as obrigações .

O contribuinte é sabedor de que deve efetuar o recolhimento em época própria , de modo espontâneo, isto é antes da presença do fisco, e eis aí a antecipação de que nos fala a dicção do artigo 150, caput, do CTN.

Partindo do entendimento que decadência não se concede mas sim se reconhece em razão de ter ocorrido a homologação tácita das circunstâncias decaídas, o legislador, em tempo algum, pretendeu reconhecer a decadência de forma menos ou mais gravosa

Se assim o fosse, o legislador estaria estimulando a que o contribuinte efetuasse um planejamento fiscal que contemplasse “antecipações” ainda que irrisórias somente com o fito de se prevalecer do benefício de uma tipificação menos severa quando do reconhecimento de eventual decadência sobre suas obrigações tributárias.

Portanto aplicando-se forma menos severa tal tratamento se constituiria em prêmio ao contribuinte inadimplente que porventura à época do termo do prazo quinquenal tivesse efetuado algum “pagamento antecipado” assegurando tal hipotético “direito” para ser compulsado em hipótese decadencial.

À decadência, se constatada, não cabe condicionamento nem mesmo renúncia. É compulsório seu reconhecimento.

Então qual a razão do legislador mencionar pagamentos antecipados no § 1º do artigo 150 do CTN ?

Para definir e caracterizar o que seria lançamento por homologação e informar que mesmo tendo sido efetuado o pagamento, espontaneamente, antes da ação do fisco, a extinção do crédito referente àquele pagamento só se daria com a condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

Pagamento antecipado não se trata pois de condição para reconhecimento de decadência

Cabe lembrar, por relevante, que no artigo 150 do CTN, legislador se refere genericamente à ulterior homologação sem taxar se expressa ou tácita.

Art. 150 CTN :

(...)

*“ § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, **sob condição resolutória** da ulterior homologação ao lançamento.”*

Ainda sobre o referido artigo 150 do CTN , a leitura atenta logo nas primeiras palavras do caput , se evidencia que o que o legislador pretendeu foi conceituar a modalidade de lançamento a que se refere o artigo, neste caso lançamento por homologação, e não condicionar direitos:

*“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**.”*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, **sob condição resolutória** da ulterior homologação ao lançamento.*

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

*§ 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.”*

Releva observar que para análise em comento, as expressões nucleares do artigo acima são:

- lançamento por homologação;
- dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa ;
- atividade;
- expressamente a homologa; (referindo-se à atividade define que o que se homologa é atividade);
- condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento;

- será ele de cinco anos; e
- considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito.

Entendo que tais expressões constituem a espinha dorsal que estrutura o texto na sua totalidade.

A leitura feita assim, de forma indutiva, do particular para o geral e depois integrando as partes e relendo de forma dedutiva, do geral para o particular, permite, sem dúvida, compreender que o que a autoridade administrativa homologa é a ATIVIDADE conforme se extrai do caput, parte final:

“...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”.

Manifestando-se sobre a decadência o legislador foi econômico e objetivo definindo na forma do artigo 150 § 4º que:

“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”.

Por outro aspecto, na forma do artigo 173, sem mencionar homologação mas sim o direito de a fazenda constituir o crédito tributário:

“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.

É de se reparar que para os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, isto é para aqueles sob lançamento por homologação, o legislador foi explícito preceituando que a decadência se observa na forma do artigo 150 § 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”

único : Ao passo que sob a ótica do artigo 173, a decadência se observa conforme o §

“ 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.”

Resumidamente, artigo 150 invoca o lançamento e sua homologação ao passo que o artigo 173 não exorta a homologação, sendo lícito, portanto, inferir que para o reconhecimento da decadência a aplicação do artigo 173 é regra geral e no que se refere aos tributos submetidos aos lançamentos por homologação é específica a aplicação do artigo 150 § 4º salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Corroborando tal entendimento, consta decisão do STJ nos embargos de Divergência nº 413.265-SC(2004/0160983-7), onde a Primeira Seção firmou entendimento preciso e atual sobre a interpretação das normas jurídicas que regem a decadência do direito do fisco no Código Tributário Nacional – CTN.

Ficou assente no julgado , por unanimidade, à luz da relatoria da Min. Denise Arruda, que a decadência do direito do fisco no CTN é tratada mediante uma REGRA GERAL e uma REGRA ESPECÍFICA. A regra geral está prevista no artigo 173, I do CTN, aplica-se a todos os tributos; já a específica consta do 150, § 4º do CTN, e aplica-se aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Sobre a decadência, registra-se ainda o contido no artigo 156, V, da Lei 5.172/66, que a decadência extingue o crédito tributário.

O artigo 107 do CTN determina que :

“ A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo”.

Logo em seguida o artigo 108 preceitua que :

“ Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada :

I - a analogia;”

Assim, na forma do artigo 107 e 108 do CTN , por analogia, resta tomar emprestado o conceito de decadência conforme a definição noutros ramos do direito.

Em obediência à máxima *“Dormientibus non succurrit jus”* que admite ser traduzida como o direito não socorre aos que dormem, decadência pode ser definida como a perda do direito ou da faculdade pela inércia de seu titular em exercê-lo.

Em direito civil, decadência é a perda de um direito potestativo pelo seu não exercício, durante o prazo fixado em lei ou eleito e fixado pelas partes. Nesse instituto extingue-se o direito potestativo de poder, condição que torna a execução contratual

dependente duma convenção que se acha subordinada à vontade ou ao arbítrio de uma ou outra das partes. Não procedem eventuais contestações. O direito é outorgado para ser exercido dentro de determinado prazo, se não exercido, extingue-se.

Na decadência o prazo não se interrompe, nem se suspende, corre indefectivamente contra todos e é fatal, peremptório, termina sempre no dia pré-estabelecido.

Destarte, a decadência :

Extingue direito potestativo;

O prazo pode ser legal ou convencional;

Supõe uma ação cuja origem seria idêntica da do direito;

Corre contra todos;

Decorrente de prazo legal pode ser julgado de ofício pelo juiz independentemente de arguição do interessado;

Resultante de prazo legal não pode ser renunciado; e

A ação tem natureza constitutiva.

No Código Penal Brasileiro – CPB, a decadência é prevista na art. 107, IV causa de extinção da punibilidade.

Nestes termos o cerne da questão é a decadência da exigência de tributo cujo lançamento é por homologação observando que esta não se resume à mera questão pecuniária, sobre se houve ou não recolhimento antecipado.

Homologa-se a, na hipótese de ocorrência tácita, modalidade do caso em comento, a perda do direito potestativo, ainda que inadimplidas as obrigações.

Claro que as condutas ilícitas, por constituírem crimes, estão excepcionadas desta análise. Entretanto, mesmo essas, em fórum próprio, têm regramento legal e são, também alcançadas pelos institutos da decadência/prescrição.

Assim, consoante a tudo que foi exposto, considerando o período da ocorrência da infração definido pelas competências 05/1998 a 12/1998 conforme Relatório Fiscal de folhas 27/34 e ainda que a empresa fora notificada em 22/11/2006, por qualquer critério previsto no Código Tributário Nacional – CTN, seja com base no artigo 150, § 4º ou com fulcro no artigo 173, I do referido Códex, o crédito lançado compreendendo todas as competências no período 05/1998 a 12/1998, encontra-se fulminado pelo instituto da decadência.

Em razão de tudo que foi apreciado, por economia processual, deixo de enfrentar as demais alegações da Recorrente.

Aduz que às fls. 189 se registra cópia do recolhimento à título de depósito recursal que deve ser tratado na forma do previsto no artigo 371 do Decreto 3048/99:

“Art. 371. Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, **após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:**

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença ou decisão lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da efetivação do depósito até o mês anterior ao de seu levantamento, e de juros de um por cento relativamente ao mês em que estiver sendo efetivada a devolução; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente crédito, quando se tratar de sentença ou decisão favorável ao Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 1º O documento contendo os dados relativos aos depósitos devolvidos ou transformados em pagamento definitivo, a ser confeccionado e preenchido pela Caixa Econômica Federal, deverá ser aprovado pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 2º O valor dos depósitos devolvidos pela Caixa Econômica Federal será debitado à Subconta da Previdência Social da Conta Única do Tesouro Nacional junto ao Banco Central do Brasil, a título de restituição, no mesmo dia em que ocorrer a devolução.

§ 3º O Banco Central do Brasil creditará, na conta de reserva bancária da Caixa Econômica Federal, no mesmo dia, os valores devolvidos.

§ 4º Os valores das devoluções, inclusive dos juros acrescidos, serão contabilizados como estorno da respectiva espécie de receita em que tiver sido contabilizado o depósito.

§ 5º No caso de transformação do depósito em pagamento definitivo, a Caixa Econômica Federal efetuará a baixa em seus controles e comunicará a ocorrência ao Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 6º A Caixa Econômica Federal manterá controle dos valores depositados, devolvidos e transformados em pagamento definitivo, por contribuinte e por processo, devendo, relativamente aos valores depositados e respectivos acréscimos de juros, tornar disponível o acesso aos registros, emitir extratos mensais e remetê-los ao Instituto Nacional do Seguro Social.

§ 7º Os extratos referidos neste artigo conterão dados que permitam identificar o depositante, o processo administrativo ou judicial, a movimentação dos depósitos durante o mês, além de outros elementos considerados indispensáveis.”

Processo nº 18186.000160/2007-78
Acórdão n.º **2403-00.504**

S2-C4T3
Fl. 204

CONCLUSÃO

Desse modo, face ao que foi exposto, voto por conhecer do recurso e em PRELIMINAR reconhecer DECADÊNCIA total dos créditos lançados na Notificação de Lançamento de Débito – NFLD nº 37.011.854-5, por qualquer critério previsto no Código Tributário Nacional – CTN , seja com base no artigo 150, § 4º ou com fulcro no artigo 173, I do referido Códex.

Ivacir Júlio de Souza